

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO

**A ATUAÇÃO JUDICIAL NA DOSIMETRIA DA PENA-BASE NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

Porto Alegre

2011

CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO

**A ATUAÇÃO JUDICIAL NA DOSIMETRIA DA PENA-BASE NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Salo de Carvalho

Porto Alegre

2011

CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO

**A ATUAÇÃO JUDICIAL NA DOSIMETRIA DA PENA-BASE NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Porto Alegre, 28 de novembro de 2011.

Conceito atribuído: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Ricardo Glockner
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof. Dra. Roberta Baggio
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof. Dr. Salo de Carvalho
Orientador
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais, que sempre me incentivaram no estudo e na busca por um diploma acadêmico, ressaltando, desde minha infância, a importância de ter-se uma profissão e nela buscar, além de realização pessoal e financeira, o bem estar daqueles que de mim dependessem no exercício da função escolhida. Ainda, por me ensinarem que é fundamental gostar do que se faz e trabalhar voltado a um fim não concreto, a um ideal em que se acredita, um ideal que, para mim, tornou-se a defesa dos acusados, processados criminalmente e detidos em razão de processo penal.

Agradeço também a minha irmã e ao Vini, sempre presentes em minha vida não apenas nos momentos de lazer, mas também nos de estudo e trabalho.

Espero que eu consiga, algum dia, após a colação do grau em direito, corresponder às expectativas e esperanças que essas pessoas que amo depositaram em mim.

Também agradeço ao meu orientador, Professor Salo de Carvalho, pela atenção e pela cobrança, sem as quais não teria sido possível realizar trabalho de qualidade.

Por fim, agradeço à equipe do escritório Rafael Canterji Advocacia Criminal, que além de me proporcionar diversos livros essenciais à concreção desse trabalho, me ajudou a alcançar a certeza sobre a profissão que pretendo seguir, bem como me deu o exemplo de uma forma ética e competente de exercê-la.

Ao meu pai, pelo exemplo de uma vida,
fonte de inspiração nos momentos de dúvida e de dor.

“Quanto a mim, meus senhores, eu sempre saúdo com entusiasmo as sentenças absolutórias. Eu não temo pela moral e pela justiça, quando dizem “inocente”, mas, pelo contrário, sinto satisfação. Mesmo quando a minha consciência me diz que, absolvendo um criminoso, os jurados cometeram um erro, mesmo então eu rejubilo-me. Julguem por si mesmos, senhores. Se os juízes e os jurados acreditam mais no “ser humano” do que nas testemunhas, nas provas materiais e nos discursos, será que essa “fé no ser humano” não está de per si acima de quaisquer considerações cotidianas?”

Tchekhov; *O relato do jardineiro-chefe; Um homem extraordinário e outras histórias.*

“- Afinal, ele é acusado de lhe ter morrido a mãe ou de matar um homem? O público riu. Mas o promotor endireitou-se outra vez, ajustou a beca e declarou que era preciso ter a ingenuidade do ilustre defensor para não sentir que entre as duas ordens de fatos havia uma relação profunda, patética, essencial.
- Sim – exclamou ele, com veemência -, acuso este homem de ter ido ao enterro da mãe com um coração de criminoso.
Essa declaração parece ter tido efeito considerável sobre o público.”

Albert Camus, *O Estrangeiro.*

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a determinação da pena-base brasileira, tanto pelas disposições legislativas penais, processuais penais e constitucionais vigentes sobre o tema, quanto pela análise da atuação judicial frente a essa legislação. Iniciando-se pela reconstrução histórica dos Códigos Penais pátrios, analisados sob os pontos de vista dos principais doutrinadores de cada época, é possível vislumbrar que aqueles seguiram um processo linear de expansão do poder judicial na determinação da sanção base. Em um segundo plano, analisa-se o momento e o modo pelo qual ocorreu a consolidação constitucional do sistema de individualização máxima da pena-base, com a valoração judicial sem restrições das oito circunstâncias previstas no artigo 59 do diploma penal vigente. Após a crítica à ausência de segurança jurídica proporcionada pela tipicidade aberta existente na legislação, o que se demonstra por farta análise doutrinária, adentra-se no último capítulo, no qual há a exposição do sistema penal dito garantista construído por Luigi Ferrajoli. Tal sistema, de tendência nitidamente liberal, propõe a redução da discricionariedade judicial e o controle da atuação dos magistrados, sob o enfoque de uma visão pessimista do poder punitivo Estatal. O sistema de Luigi Ferrajoli advoga também pela necessidade de separação entre o direito e a moral, de modo a tornar possível a refutabilidade processual dos tipos previstos na lei penal. Conclui-se a pesquisa com a exposição da postura adotada pelos magistrados brasileiros frente à lei atual, adentrando-se nos métodos de controle da atividade judicial dispostos nessa mesma lei, quais sejam, a finalidade da pena e a obrigação de motivar as decisões. Contudo, depreende-se que não há, de fato, a garantia de que tais métodos proporcionem a segurança jurídica e a limitação do poder judicial a que se propõem. Demonstra-se também a inadequação do sistema de dosimetria da pena-base vigente no Brasil ao sistema pensado por Luigi Ferrajoli, que intenta construir um modelo legítimo e ideal que sirva como parâmetro de constitucionalidade aos sistemas atuais.

Palavras-chave: Pena-base. Atuação judicial. Individualização. Garantismo. Motivação.

ABSTRACT

The present work analyzes the first phase of sentencing – prior to the consideration of aggravating and/or mitigating circumstances – in Brazil through the analysis of both the current penal, procedural and constitutional legislative provisions about the theme and the magistrates' actions under the influence of this legislation. Beginning with a historical reconstruction of the national Penal Codes over time, analyzed from the points of view of the most representative scholars of each epoch, it is possible to perceive a linear process of expansion of the judicial power in the aforementioned phase. Secondly, the moment and the way the constitutional consolidation of the system of maximum individualization of this phase occurred are analyzed, with unrestricted valuation on the part of magistrates of the eight circumstances provided in article 59 of the current criminal code. Upon the critique to the absence of juridical guarantees due to the open typicality present in the legislation, demonstrated by abundant analyses of the doctrine, the final chapter of the study explains garantism, the penal system elaborated by Luigi Ferrajoli. This system, characterized by its liberal tendencies, proposes the reduction of judicial autonomy and the control of magistrate's actions, in a pessimistic view of the state's punitive power. Luigi Ferrajoli's system advocates the distinction between law and moral, so as to make it possible to refute the crimes described in the penal code. The final chapter of the study delineates Brazilian magistrates' attitudes towards the present law, focusing on the control methods of judicial actions provided in this law, namely the purpose of the sanctions and the need to justify decisions. However, it is evident that, in fact, there is no guarantee that such methods succeed in granting juridical security or limiting judicial power. The inadequacy of the system of quantifying sanctions in the first stage of sentencing in Brazil in relation to Luigi Ferrajoli's ideas is also demonstrated.

Key-words: First phase of sentencing – Magistrate's actions – Individualization – Garantism – Reasons for judgement

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O PROCESSO DE AMPLIAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA DOSIMETRIA DA PENA-BASE OCORRIDO AO LONGO DA SUCESSÃO DOS CÓDIGOS PENAIS PÁTRIOS	14
1.1. Aplicação da pena e discricionariedade judicial.....	14
1.1.1. O Código Criminal do Império: um modelo predominantemente liberal ...	14
1.1.2. O Código Penal da República: um projeto inacabado.....	19
1.1.3. O Código Penal de 1940: as premissas do sistema aberto atual	21
2. A CONSOLIDAÇÃO DO MODELO DE AMPLA ATUAÇÃO JUDICIAL. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA COMO DIREITO CONSTITUCIONAL DO CONDENADO.....	30
2.1. A construção de um novo sistema	30
2.1.1. As mudanças introduzidas na margem de discricionariedade judicial com a Reforma Penal de 1984	30
2.1.2. A viabilidade de um modelo de ampla atuação judicial sob o viés da legislação processual: o sistema acusatório	35
2.2. A dosimetria da pena: a eleição do método trifásico.....	38
2.2.1. A primeira fase da dosimetria penal: a concessão legislativa de amplos poderes ao juiz	40
2.2.2. As circunstâncias judiciais do artigo 59: a (des)necessidade de uma conceituação doutrinária	43
2.2.2.1. Culpabilidade.....	44
2.2.2.2. Antecedentes criminais	45
2.2.2.3. Conduta social.....	47
2.2.2.4. Personalidade do agente.....	47
2.2.2.5. Motivos do delito	48
2.2.2.6. Circunstâncias do crime	48
2.2.2.7. Consequências do crime	49

2.2.2.8. Comportamento da vítima	49
2.3. A adequação constitucional do modelo atual: o princípio da individualização da pena consolidado na Carta de 1988.....	50
2.4. As lacunas existentes na legislação penal. O problema da tipicidade aberta das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.....	54
3. ANÁLISE E CRÍTICA DO MODELO ATUAL SOB O VIÉS DA DOUTRINA GARANTISTA. O CONTROLE DA ARBITRARIEDADE.....	61
3.1. A doutrina garantista pensada por Luigi Ferrajoli e o controle da arbitrariedade judicial	61
3.1.1. A necessidade de limitação do poder judicial: legalidade e jurisdicionariedade estrita	63
3.1.2. A necessária separação entre direito e moral	66
3.2. A atuação judicial frente aos problemas na determinação da pena-base no Brasil e suas formas de controle	70
3.2.1. A atuação judicial diante das lacunas legislativas na dosimetria da pena-base brasileira: a arbitrariedade e a imparcialidade possível.....	71
3.2.2. As formas de controle presentes na legislação penal brasileira.....	79
3.2.2.1. A finalidade da pena: necessidade de uma definição.....	79
3.2.2.2. O dever de motivar como única forma de controle do decisionismo judicial	82
CONSIDERAÇÕES FINAIS	88
REFERÊNCIAS.....	92

INTRODUÇÃO

O iluminista Cesare Beccaria, em sua obra *Dos delitos e das penas*, é considerado, doutrinariamente, o primeiro jurista a tratar da pena sob um viés humanista. É da referida obra que se extraem os seguintes dizeres, dos quais se pode auferir o início dos ideais de ponderação e proporcionalidade na medida da sanção penal, que deve ser limitada pelos direitos daquele a quem esta será imposta:

Se fosse possível adaptar a geometria às combinações infinitas e obscuras das ações humanas, deveria existir uma escala correspondente de penas, indo da mais forte a mais fraca: mas bastará ao sábio legislador marcar os pontos principais, sem alterar a ordem, não decretando para os delitos de primeiro grau as penas do último. Se existisse uma escala exata e universal de penas e de delitos, teríamos uma medida provável e comum dos graus de tirania e de liberdade, do fundo de humanidade ou maldade das diversas nações.¹

A discussão sobre os modelos de determinação da pena, de modo a que esta seja justa e suficiente ao caso concreto, já ilustrou diversas páginas da literatura jurídica brasileira. A dissidência se centra principalmente na parcela de poder a ser concedida pelo legislador ao juiz, de modo a que este possa individualizar a sanção, e quais as formas de controlar, *a posteriori*, o poder concedido.

É o legislador, como representante do próprio Estado, quem deve aumentar ou diminuir os poderes concedidos ao magistrado quando se trata de responsabilidades na aplicação da pena. Sobre a influência da variação da discricionariedade judicial nas oscilações da medida da pena ao longo da história, bem explicita Anabela Rodrigues:

A mutação que sofreu a determinação da medida concreta da pena fica em grande parte a dever-se à solução que encontrou a dialéctica estabelecida entre legalidade e discricionariedade, livre ou vinculada, na aplicação da pena pelo juiz. A perspectiva histórica mostrar-nos-á exactamente como no direito penal – e, mais especificamente, no

¹ BECCARIA, Cesare. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira. **Dos delitos e das penas**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 51

direito da determinação da pena – penetrou a discricionariedade. Discricionariedade que não é, no entanto, livre, centrada sobre valorações de oportunidade e de conveniência prática, mas vinculada, enquanto o juiz está limitado naquela sua actividade por critérios que o legislador lhe fornece e aos quais deve subordinar a liberdade de que faz uso.²

Por discricionariedade entende-se, segundo definição de Jorge de Figueiredo Dias utilizada em artigo de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “a concessão de uma faculdade que deve ser utilizada em direção ao fim que a própria lei teve em vista concedê-la – no caso a preservação, em último termo, dos verdadeiros interesses da comunidade e dos valores prevalentes nela”.³

Importante salientar que, quando se fala em se conceder poder ao magistrado na determinação da pena, está-se restringindo o presente estudo às penas privativas de liberdade, consolidadas como as que respeitam a dignidade da pessoa humana – ainda que minimamente – durante o Iluminismo.

Assim especifica Aníbal Bruno:

A humanização das idéias e das práticas penais trazida, na doutrina, pela corrente iluminista e cedo reinante nos espíritos, é que viria abrandar esses rigores e substituir aquela maneira bárbara de punir pela privação da liberdade, com o objetivo final do reajustamento social do condenado.⁴

O presente trabalho se propõe a avaliar, primeiramente, os caminhos trilhados pelo legislador nacional em busca da dosimetria penal justa e razoável, percorrendo as doutrinas balizadoras dos Códigos Penais brasileiros desde os tempos do Império até os dias atuais. Dá-se ênfase ao que corresponde, atualmente, à primeira fase da dosimetria que, determinando a pena-base, é a que melhor ilustra as dúvidas surgidas ao longo dos anos sobre o *quantum* de liberdade concedido ao juiz é suficiente para possibilitar a individualização da sanção, porém sem que se adentre o caminho do arbítrio.

² RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995. p. 53

³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 163-198. p. 185

⁴ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976. p. 44

Em um segundo plano, pretende-se demonstrar qual o modelo construído de que se utilizam os magistrados brasileiros hodiernamente, e estabelecer sua adequação ao sistema constitucional vigente. A partir desse quadro, poderá ser vislumbrado o problema proposto na presente monografia: o sistema de máxima individualização da pena-base, vigente atualmente, aproxima-se da determinação da sanção adequada ou beira ao arbítrio, carente de formas que possibilitem seu controle eficaz?

Na terceira parte do trabalho, serão expostas as características do sistema penal chamado garantista, pensado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, que propõe uma limitação do poder do magistrado sempre que este poder possibilitar a restrição de direitos e liberdades individuais.

Na definição de Luigi Ferrajoli, o grau de legitimidade de um sistema penal pode ser auferido pela aproximação de suas características daquelas definidas como ideais pelo sistema garantista, que figura como um horizonte não passível de ser alcançado, porém que deveria ser a meta perseguida pelos sistemas penais atuais.

Por fim, serão expostas o que se considera as duas formas de controle da atividade judicial na dosimetria da pena existentes hoje na lei penal brasileira, tornando possível que se vislumbre, a título de conclusão, a (in)existência de identificação do sistema brasileiro ao sistema de Luigi Ferrajoli.

Pretende-se, com o presente trabalho, não apenas responder perguntas, mas também propor um debate que, em que pese nos pareça já solucionado, se propõe novamente – e ainda mais veemente - com o surgimento da doutrina garantista.

1. O PROCESSO DE AMPLIAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA DOSIMETRIA DA PENA-BASE OCORRIDO AO LONGO DA SUCESSÃO DOS CÓDIGOS PENAIS PÁTRIOS.

1.1. Aplicação da pena e discricionariedade judicial

A dosimetria da pena na legislação brasileira adquiriu forma semelhante à atual somente com a edição do Código Penal de 1940, o qual ainda se encontra em vigor, em que pesem as diversas alterações efetuadas. A história da legislação penal brasileira denota um trabalho visando à ampliação do poder decisório judicial, que possibilitaria a maior adequação da sanção ao caso concreto.

Contudo, as idéias passadas assemelhavam-se ao modelo de penas tarifadas hoje tido como inadequado, que preferia a determinação legislativa da sanção cabível à concessão de poder ao juiz, engessando o magistrado em fórmulas quase prontas e excluindo, conseqüentemente, a idéia de motivação, principalmente no que esta se refere à individualização da pena.

Estudando-se os artigos que representavam, nos Códigos penais brasileiros anteriores ao atual, o momento do estabelecimento da sanção base, torna-se possível traçar uma linha evolutiva no sentido de ampliação da esfera volitiva judicial e redução do poder do legislador.

Dá-se mais ênfase, no presente estudo, à determinação da pena-base, eis que esta é a que sofre as mais variadas oscilações no que tange ao aumento de poder judicial. Frise-se que essa terminologia, qual seja, pena-base, consolidar-se-á apenas após a Reforma Penal de 1984, que será tratada no segundo capítulo desse texto, quando há a adoção expressa pelo modelo trifásico de determinação da pena.

Inicia-se o presente estudo pelo primeiro Código Penal vigente no Brasil, o chamado Código Criminal do Império.

1.1.1. O Código Criminal do Império: um modelo predominantemente liberal.

O Código Criminal do Império, que substituiu as Ordenações Filipinas em 1830, manteve o juiz atrelado a critérios de mínimo, médio e máximo, devendo a sanção ser estabelecida de acordo com os graus de culpabilidade previamente cominados para cada tipo. A função do magistrado, nas palavras de José Antônio Paganella Boschi, consistia em, identificando a hipótese narrada nos autos, promover a aplicação direta da pena correspondente à reprovabilidade da conduta do acusado:

Quer dizer, ele se limitava a constatar o fato, a identificar o grau de reprovação e a declarar a pena correspondente. Seu poder de escolha reduzia-se a zero, já que a proporcionalidade era predeterminada na lei.⁵

Importante salientar, no entanto, que esse Código não era considerado um modelo de penas fixas para sua época. Pelo contrário, o Código brasileiro era tido como um modelo de penas relativamente variáveis, diferentemente do diploma francês, por exemplo, vigente logo após a Revolução liberal.

Os poderes concedidos ao magistrado pela lei brasileira eram considerados bastantes acentuados para o período, exercendo influência nesse sentido sobre o Código Português de 1852, conforme ensinamentos de Jorge de Figueiredo Dias:

Tal como o código napoleônico, o CP português de 1852 concebia a pena como instrumento visando primariamente finalidades de prevenção geral e, na verdade, de prevenção geral de intimidação. Dele se não pode porém dizer – como se pode do seu modelo gaulês – que fosse um código de penas fixas, de intimidação geral tarifada e, por conseguinte, de todo estranho a idéias de limitação, no que toca à pena e à sua aplicação, do intervencionismo estatal. Bem pelo contrário – em virtude da influência que sobre a sua feitura exerceram o CP brasileiro de 1830 e o espanhol de 1848 -, se algumas penas fixas consagrava, a generalidade delas eram todavia “penas temporárias” ou “variáveis”, cuja medida abstracta oscilava entre um máximo e um mínimo legalmente estatuídos e onde o encontro da medida concreta da pena só poderia ser função do juiz, não do legislador.⁶

⁵ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 170

⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: parte geral: tomo 1: questões fundamentais e doutrina geral do crime**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais; Coimbra Editora, 2007. p. 68

Frise-se que os Códigos existentes nesse período, considerado moderno, ainda sofriam a influência da Escola Clássica iniciada no Iluminismo, não se podendo deixar de citar novamente como marco do movimento, na seara penal, os ensinamentos de Cesare Beccaria. Nesse sentido, advogava-se, na dosimetria da sanção, o controle total, pelo legislador, dos atos do juiz, justificando-se através da prevalência dos princípios da igualdade e, posteriormente, com Feuerbach, da legalidade, nos seguintes termos:

La relación entre las penas que contienen distintos males simultáneamente (que pertenezcan a la misma clase y género) se establece a veces por la duración y a veces por la magnitud del mal paralelo. No siendo ninguna pena en si misma completamente igual a otra, es necesario referir la determinación de esta relación a un criterio seguro.⁷

Visava-se, assim, a limitar a crueldade das penas pela sua determinação expressa na lei, sendo absolutamente vinculada a essa lei a atividade de dosá-las, o que permitiria maior controle sobre o arbítrio judicial. Sobre o assunto, bem leciona Anabela Miranda Rodrigues:

Repetidamente se tem destacado a expressão jurídico-penal das idéias do Iluminismo que supõe a obra de Beccaria. O princípio da igualdade perante a lei levava a pôr em causa a situação existente, em que diferenças sociais influíam na administração da justiça, ao mesmo tempo que se recusava a necessidade de penas atrozes e se exigia que as normas penais fossem certas e claras para poderem ser conhecidas por todos. (...) Só com Feuerbach, no entanto, o princípio da legalidade é expresso com o conhecido aforismo latino, vindo a reflectir e concretizar uma das conquistas centrais da Revolução Francesa. (...) No pensamento de Feuerbach, a defesa do princípio da legalidade aparece unida, para além de ao pressuposto liberal da divisão de poderes, à sua concepção da pena entendida como “coacção psicológica”, idéia que vem dar novos contornos à concepção preventiva-geral que já tinha surgido em Beccaria e Bentham.⁸

⁷ FEUERBACH, Anselm v. **Tratado de derecho penal**.1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. Traducido por: Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. p. 117

⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995.p. 61-63.

E conclui a referida autora, sobre a idéia que prevaleceria nas codificações sob a influência liberal consolidada pós-iluminismo com a Revolução Francesa:

Daí, pois, a exigência de uma prévia e rigorosa determinação legal dos crimes e das respectivas penas, determinação dos crimes em tipos legais de conteúdo preciso e determinação das suas penas em termos nítidos e fixos – só pela prévia determinação dos delitos se conheceria exactamente o objecto da punição e só pela prévia e nítida determinação das penas se saberia do mal que o seu cometimento provocaria.⁹

Importante salientar que tal pensamento se justificava principalmente com vistas ao período histórico anterior, marcado pelo abuso do poder Estatal e pela crueldade das penas impostas. Em relação às causas e conseqüências do pensamento Iluminista de penas fixas, ensina Aníbal Bruno:

Esse arbítrio judiciário, mais de inspiração política do que jurídica, com a especificação das medidas penais e às vezes a própria determinação dos crimes deixados à livre decisão dos julgadores, criara um regime de insegurança e descrédito que ameaçava as próprias bases da ordem de Direito. Foi esse um dos motivos mais influentes nos movimentos de reforma do sistema penal da época, que pretendiam, por fim, dentro do espírito do Iluminismo, estabelecer um regime de segurança jurídica e de respeito à pessoa do homem. (...) Essa rigorosa fixação das penas no texto legal, entretanto, não permitia o necessário ajustamento da sanção à realidade do crime nos múltiplos elementos objetivos e subjetivos que definem a sua reprovabilidade, segundo exige o princípio retributivo.¹⁰

O Código Criminal do Império do Brasil deu-se em razão, principalmente, da independência do país, pois se clamava por uma legislação própria, de acordo com a nova parcela de autonomia obtida, bem como se obedecendo às tendências liberais e às novas condições sociais, porém sem filiar-se demasiadamente a nenhuma doutrina. Aníbal Bruno define a ideologia presente no Código Imperial da seguinte forma:

⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995. p. 63.

¹⁰ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976. p. 91

Foi esse Código obra legislativa realmente honrosa para a cultura jurídica nacional, como expressão avançada do pensamento penalista no seu tempo; legislação liberal, baseada no princípio da utilidade pública, como havia de resultar naturalmente da influência de Bentham, que se exerceu sobre o novo Código, como já se fizera sentir no Código francês de 1810. Deste, aliás, e do napolitano, de 1819, é que mais se deixou influenciar o nosso Código do Império. Mas, sem ser obra que se possa dizer em verdade independente, o Código de 1830 não se filiou estritamente nem a um nem a outro, tendo sabido mostrar-se original em mais de um ponto.¹¹

Tem-se, a título de observação, que a relativa independência ideológica não ocorreu ao Código de Processo Criminal de 1832, chamado por Ada Pellegrini Grinover de “síntese dos anseios liberais da época”¹².

Voltando-se ao Código Criminal, tem-se que este tratava da aplicação da pena privativa de liberdade em seu Título II, capítulo I, o qual era denominado “da qualidade das penas, e da maneira como se hão de impor, e cumprir”. A referência à atividade judicial viria a constar no artigo 63, que dispunha de forma clara qual o limite de escolha do magistrado na determinação do tempo de duração da pena:

Art. 63. Quando este Código não impõe pena determinada, fixando sómente o máximo, e o mínimo, considerar-se-hão tres graus nos crimes, com atenção ás suas circunstancias agravantes, ou attenuantes, sendo máximo o de maior gravidade, á que se imporá o máximo da pena; o mínimo o da menor gravidade, á que se imporá a pena mínima; o médio, o que fica entre o máximo, e o mínimo, á que se imporá a pena no termo medio entre os dous extremos dados.¹³

Como se vislumbra da redação do artigo, a própria lei ditava as coordenadas, cabendo ao juiz um mero raciocínio de adequação da hipótese processual à moldura legalmente prevista, de acordo com o grau de reprovabilidade da conduta. A discricionariedade ficava, portanto, limitada, de acordo com a doutrina liberal-iluminista de estrita previsão legislativa das sanções, de forma a possibilitar maior controle sobre a atividade punitiva do Estado.

¹¹ BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 103.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2 ed. atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992. p. 41

¹³ PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 243

Sobre as espécies de penas, o Código trouxe uma grande evolução, buscando reduzir as hipóteses de pena de morte e eliminar as penas cruéis e infamantes, consolidando a pena privativa de liberdade como a autêntica sanção aplicável pelo Estado. Assim preleciona René Ariel Dotti:

A privação da liberdade passaria a ser uma autêntica e própria sanção penal para substituir as penas corporais, de largo espectro nas Ordenações. E assim ocorreu também no Código Penal português de 1852 como em tantos outros sistemas fundados na doutrina do Iluminismo.¹⁴

No que tange à finalidade das penas, esta se centrava no retributivismo, ou seja, na punição pelo mal causado. Importante que se saliente não deter a finalidade, nesse momento legislativo, toda a relevância que atualmente a ela se concede, eis que não havia de servir como guia para a determinação da pena, uma vez que esta já possuía sua medida disposta na lei.

Nesse sentido, é a partir do Código do Império que se torna possível uma análise mais aprofundada da determinação judicial da duração das sanções privativas de liberdade na legislação penal brasileira.

1.1.2. O Código Penal da República: um projeto inacabado.

Com a proclamação da República, houve urgência em promover-se nova legislação penal, o que acarretou certos descuidos em sua elaboração. Assim o define Aníbal Bruno:

O primeiro Código Penal da República foi menos feliz do que seu antecessor. A pressa com que foi concluído prejudicou-o em mais de um ponto, e nele a crítica pode assinalar, fundadamente, graves defeitos, embora muitas vezes com excesso de severidade. Não tardou a impor-se a idéia da sua reforma, e menos de três anos depois da sua entrada em vigor já aparecia o primeiro projeto de Código para substituí-lo.¹⁵

¹⁴ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 190

¹⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 104

Em que pese a evolução ocorrida na modalidade das penas, com a abolição de penas infamantes, perpétuas, de morte, de desterro, de degredo, a instituição do limite de trinta anos às sanções privativas de liberdade, a permissão do uso da detração e a instituição da prescrição como causa de extinção da punibilidade, a verdade é que, no que tange à dosimetria da pena, o novo Código, editado em 1890, deixou muito a desejar.

Segundo José Antônio Paganella Boschi, o novo Código se limitou a introduzir graus intermediários de reprovação entre o mínimo e o médio e o médio e o máximo, determinando que as agravantes mereceriam maior importância quando o tipo legal em análise contivesse apenas os parâmetros de mínimo e máximo¹⁶. Ou seja, a determinação da sanção aplicável resumia-se a uma sucessão de operações matemáticas.

Quanto à execução da pena, René Ariel Dotti destaca um princípio de individualização, ainda que não necessariamente ligado à atividade jurisdicional:

A preocupação em se individualizar a execução da pena de prisão era demonstrada na regra do art. 53, segundo a qual os condenados deveriam ter, nos estabelecimentos onde cumpriam a medida, trabalho adequado às suas habilitações ou ocupações anteriores.¹⁷

Devido à série de críticas sofridas pelo referido diploma legal, fez-se necessária a promulgação da Consolidação das Leis Penais em 1932, pouco antes da edição de um novo Código. Em matéria de dosimetria, no entanto, não houve alterações simbólicas com a referida Consolidação, sendo mantidos, inclusive, os mesmos artigos 62 e 38¹⁸ do Código Penal republicano. Cite-se o primeiro deles, eis que mais elucidativo da metodologia de dosimetria adotada:

¹⁶ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 171

¹⁷ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 195.

¹⁸ Art. 38. No concurso de circunstâncias atenuantes e agravantes prevalecem umas sobre outras, ou se compensam, observadas as seguintes regras:

§ 1º Prevalecerão as agravantes:

a) quando preponderar a perversidade do criminoso, a extensão do dano e a intensidade do alarmo causado pelo crime;

b) quando o criminoso for avesado a praticar más ações, ou desregrado de costumes.

§ 2º Prevalecerão as atenuantes:

c) quando o crime não for revestido de circunstância indicativa de maior perversidade;

Art. 62. Nos casos em que este código não impõe pena determinada e somente fixa o máximo e o mínimo, considerar-se-hão três graus na pena, sendo o grau médio compreendido entre os extremos, com atenção às circunstâncias agravantes e atenuantes, as quais serão aplicadas na conformidade do disposto no art. 38, observadas as regras seguintes:

§ 1º No concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes que se compensem, ou na ausência de umas e outras, a pena será aplicada no grau médio.

§ 2º Na preponderância das agravantes a pena será aplicada entre os graus médio e máximo, e na das atenuantes entre o médio e o mínimo.

§ 3º Sendo o crime acompanhado de uma ou mais circunstâncias agravantes sem alguma atenuante, a pena será aplicada no máximo, e no mínimo se for acompanhada de uma ou mais circunstâncias atenuantes sem nenhuma agravante.¹⁹

Novamente, pode-se notar a intenção de manter o magistrado adstrito ao método procedimentalizado disposto na legislação.

Contudo, é nessa época que os penalistas brasileiros passam a vislumbrar uma alternativa à Escola Clássica, qual seja, a Escola Positivista.

Assim, em 1935, inicia-se o projeto de reforma do desembargador Virgílio de Sá Pereira, com forte influência positivista, o qual vislumbrava um novo passo em direção ao aumento dos poderes judiciais na dosimetria da pena, visando a sua individualização, conforme descreve René Ariel Dotti:

A influência exercida pela Escola Positiva ficou bem delineada através da orientação adotada em importantes setores como a classificação dos delinquentes, a periculosidade criminal e social, a individualização e indeterminação da pena, o emprego das medidas de segurança, etc. O projeto foi considerado como uma das melhores leis penais do futuro por penalistas de renome internacional.²⁰

Tal projeto, no entanto, não veio a transformar-se em codificação.

d) quando o criminoso não estiver em condições de compreender toda a gravidade e perigo da situação a que se expõe, nem a extensão e consequências de sua responsabilidade.

§ 3º Compensam-se umas circunstâncias com outras, sendo da mesma importância ou intensidade, ou de igual número.

¹⁹ PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 279

²⁰ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 197

Destaque-se que é com vistas a Escola Positivista que a pena começa a adquirir uma nova finalidade além da retribuição, qual seja, o tratamento, dando-se maior importância a aspectos relativos à periculosidade do agente condenado.

1.1.3. O Código Penal de 1940: as premissas do sistema aberto atual.

Com a ascensão do governo getulista no Brasil, e das ditaduras nazi-fascistas na Europa, o direito penal brasileiro sofreu reformas no sentido de seu recrudescimento, visando à paz e à segurança social.

Poucos anos antes da consolidação do Estado novo, René Ariel Dotti descreve as reformas pelas quais passaram as leis penais nacionais, tendo em vista a recém editada Constituição de 1934:

Relativamente aos textos penais, a nova lei fundamental instituiu a pena de morte para além das hipóteses previstas na legislação militar para o tempo de guerra, a fim de alcançar as infrações políticas e também o homicídio de natureza comum quando praticado por motivo fútil e com extremos de perversidade (art. 122, parágrafo 13, f). Não se declarou a garantia da personalidade da pena e se estabeleceu que o uso dos direitos e garantias previstas na Constituição era limitado ao bem público, às necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como às exigências da segurança da nação e do Estado (art. 123). Criou-se um tribunal especial para julgamento dos crimes políticos e contra a economia popular.²¹

É nesse contexto que ocorre a edição do novo Código Penal, em 1940. Tal Código é o que vige até os dias atuais; porém, passadas tantas reformas, não se podem mais lhe reconhecer os traços originários com facilidade. Sobre a ideologia predominante no novo Código, prossegue Dotti:

A propósito da ideologia do novo diploma, é notória a adesão aos postulados do movimento técnico-jurídico. Manoel Pedro Pimentel, também professor da Faculdade de Direito de São Paulo, salienta que os anteprojetos que modelariam o Código Penal de 1940 foram marcados pelas linhas do tecnicismo jurídico ou pelos postulados do

²¹ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.p. 199

neo-positivismo jurídico, o qual não guardava mais qualquer semelhança com o positivismo naturalista.²²

No que tange a dosimetria da pena, tem-se que apenas em 1940, com a edição deste novo diploma penal, houve alteração substancial nos critérios de determinação penal, concedendo-se ao juiz parcela de discricionariedade nunca antes presente na legislação criminal brasileira, e possibilitando a análise do caso concreto sem parâmetros demasiadamente estanques. Nas palavras de Leonardo Massud:

Relativamente ao sistema de fixação das penas, a alteração trazida pelo Código foi bastante profunda, não se assemelhando em quase nada à forma anterior. Longe das fórmulas aritméticas, o Código Penal de 1940 ampliou extraordinariamente o arbítrio judicial, disponibilizando ao magistrado um autêntico roteiro de investigação das circunstâncias fáticas do crime e da pessoa do réu, permitindo-se, com isso, o exercício verdadeiro da tarefa de individualizar a pena, cuja fixação, agora, prendia-se tão-somente aos limites da moldura dos tipos penais, ou seja, aos marcos mínimo e máximo da reprimenda.²³

Pode-se considerar que o novo diploma legal representava a consolidação da Escola Positivista sobre a Escola Clássica, visando a tornar as sanções mais adequadas e coibir o chamado sistema de penas fixas, que não atendia mais ao ideal de justiça existente no período. Assim descreve Roberto Lyra:

A adaptação da pena ao delinqüente representa uma das mais importantes vitórias da escola positiva contra os clássicos, mais ou menos fiéis à correspondência apriorística entre a quantidade da pena e a do crime, em nome do requisito da certeza. Este conserva, através das teorias absolutas, o espírito materialista do talião ou do contrapasso dantesco. (...) O objeto da defesa social não é o fato, mas o seu autor, ou, melhor, o homem. A proporção a obter é entre o delinqüente e a pena, para neutralizar as causas do crime.²⁴

²² DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.p. 201

²³ MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal**. São Paulo: DPJ Editora, 2009. p. 139

²⁴ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Companhia editora forense, 1958. p. 176 e 177

A exposição de motivos original do novo diploma deixava clara a tendência a um sistema que se delineava no sentido de permitir uma individualização da pena, que começava a ser vista não apenas como uma consequência objetiva do fato cometido, mas também de algumas variáveis inerentes à pessoa do acusado:

Na aplicação da pena, o projeto dá ao juiz uma grande latitude de apreciação. Entre o mínimo e o máximo, ele graduará a quantidade da pena de acordo com a personalidade e os antecedentes do criminoso, os motivos determinantes, as circunstâncias e as consequências do crime. Em suma, individualizará a pena, adotando a quantidade que lhe pareça mais adequada ao caso concreto. (...) O juiz, ao fixar a pena, não deve ter em conta somente o fato criminoso, nas suas circunstâncias objetivas e consequências, mas também o delinqüente, a sua personalidade, seus antecedentes, a intensidade do dolo ou grau de culpa e os motivos determinantes (art. 42). O réu terá de ser apreciado através de todos os fatores, endógenos e exógenos, da sua individualidade moral e da maior ou menor intensidade da sua *mens rea* ou da sua maior ou menor desatenção à disciplina social.²⁵

Há, nesse diploma legal, a positivação das circunstâncias do agente. O artigo predecessor do atual artigo 59, que concede hodiernamente a maior margem de discricionariedade ao magistrado na determinação da pena, era, então, o artigo 42 do novo Código, que determinava as seguintes circunstâncias como merecedoras de valoração na dosagem inicial da pena:

Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:
I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;
II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.²⁶

Em comentários ao referido artigo, Roberto Lyra expõe o otimismo em relação ao aumento do poder judicial na dosimetria da sanção, acreditando ter-se finalmente construído um sistema capaz de tornar a pena justa e proporcional com vistas ao

²⁵ PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 407, 417 e 418.

²⁶ PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 493

caso concreto, considerando-se não só as prerrogativas do fato, mas também as de seu autor:

Com a liberdade dos juízes responsáveis, em atenção à realidade integral de cada homem e de cada fato, dentro do meio, obtém-se o máximo de equidade. Deve-se assinalar que, assim, o juiz não atua *ex informata conscientia*, mas de acordo com as normas processuais que o arbítrio judicial supõe exigentes e religiosamente obedecidas. A pena vai assumindo caráter tutelar, de modo que ainda considerando restritamente o indivíduo, no quadro de seus interesses particulares, não há que temer lesões a direitos e garantias. As sanções operam ou devem operar como benefício que o paciente só no futuro percebe. Nos processos criminas, se alguma prerrogativa pessoal está em jogo é a da vítima.²⁷

Com vistas às mudanças ocorridas, é importante salientar que o maior poder concedido ao magistrado na aplicação da pena é proporcional à nova responsabilidade por este adquirida na dupla função que exerce, qual seja: a tutela do interesse público e da segurança social, mas também a definição do destino do acusado, que não deve ser punido com sanção além da justa e necessária para a reparação do mal que causou.

Sobre a natureza das circunstâncias dispostas no artigo 42, sabe-se que estas diferem de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição da sanção; tratam-se, sim, de condições do agente e características do fato que aumentam ou diminuem seu grau de reprovabilidade perante o Direito.

Importante frisar que, conforme preleciona Aníbal Bruno, nesse primeiro momento, o aumento da discricionariedade judicial dá azo a prematuros problemas na definição conceitual e probatória da personalidade do acusado, bem como na graduação de dolo e da culpa, que constituíam os elementos mais influentes na mensuração da pena²⁸.

Em comentários ao artigo 42 do novo Código, o mesmo autor disserta sobre a possível aferição, pelo magistrado, do valor de cada circunstância na dosagem da pena:

²⁷ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Companhia editora forense, 1958. p. 183

²⁸ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976. p. 94 a 96

A regra citada começa por submeter à consideração do juiz o homem em si mesmo, na sua realidade naturalística, com as suas estruturas e as forças que determinam em geral o seu comportamento no mundo em que vive. Vem depois a consideração do homem no seu processo de consciência e vontade em referência ao crime, do homem na sua culpabilidade, no seu dolo ou na sua culpa, em relação ao fato cometido, com a concorrência dos motivos que lhe agravam ou atenuam a reprovabilidade. (...) Mas a todas essas investigações procederá o juiz na proporção em que for necessário e lhe seja possível realizá-las.²⁹

Salienta-se que é inevitável que o estudo da discricionariedade judicial se centre na questão das circunstâncias do artigo 42, posterior artigo 59, pois é nesse momento que o magistrado encontra total liberdade, não apenas na escolha das circunstâncias e valoração das provas que as caracterizam, mas também no montante de pena a ser acrescida com a valoração negativa de cada circunstância. Lembre-se que não se pode determinar fração de pena para cada uma das referidas circunstâncias, sob pena de incidir-se em prova tarifária, característica do sistema processual penal inquisitório, o qual não se encontrava em vigência no Brasil durante a época estudada - em que pese sejam-lhe, ainda atualmente, conservadas algumas características, mesmo que de forma inadmitida.

É tão destacado o estudo dessas circunstâncias também pelo fato de serem estas usadas nas fases subseqüentes da dosimetria penal, eis que auxiliam na determinação judicial da pena-base sobre a qual incidirão as frações de aumento relativas as agravantes e as causas de aumento. Assim prossegue Aníbal Bruno:

Será essa a pena a ser cumprida pelo réu ou que servirá de pena-base para a mensuração posterior quando ocorrerem circunstâncias agravantes ou atenuantes ou condições particulares de aumento ou diminuição.³⁰

Roberto Lyra refere como sendo uma das principais vantagens do novo sistema o fato de o magistrado encontrar-se sempre atualizado com dados inerentes à sociedade, não sendo necessário que se mude a legislação para que se promova a adaptação da pena a casos que trazem novas características, de acordo com as transformações econômicas e políticas ocorridas na sociedade em cada período:

²⁹ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976. p. 94 e 98

³⁰ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976. p. 98

A função judicial rompe as grades do automatismo obscuro e rotineiro que, antes dos réus, prendiam a consciência de seus julgadores. Destrói-se a velha máquina de fabricar justiça, através da igualdade iníqua de um tratamento de superfície, de aparência, de quantidade. O arbítrio judicial constituiria o melhor instrumento de comunhão entre o direito penal e a ciência penal. Incumbe ao juiz, no exercício desse arbítrio, transfundir nos textos o sangue sempre renovado da sociologia, da antropologia e da psicologia criminais.³¹

A finalidade da pena, que nesse momento começa a adquirir grande importância, uma vez que o juiz possui o espaço para tentar adimpli-la através da dosimetria, volta-se à pessoa do acusado, sendo possível vislumbrar-se uma tendência inicial ao processo de ressocialização e terapia de influência positivista, em que pese se conservem as características do retributivismo.

O texto original do diploma legal em tela não havia feito uma opção pelo método a ser utilizado no cálculo da pena, vigorando na doutrina a famosa polêmica entre Roberto Lyra e Nelson Hungria, os quais defendiam, respectivamente, a adoção do método bifásico e trifásico para a determinação da sanção. Sobre o método defendido por Lyra, bem o expõe José Antônio Paganella Boschi, em poucas palavras:

Com essa lição, o eminente professor e penalista (Roberto Lyra) recomendava que, na determinação da pena-base, o juiz deveria valorar em globo as circunstâncias judiciais (atualmente relacionadas no artigo 59) e as circunstâncias legais agravantes e atenuantes (atualmente listadas e disciplinadas nos artigos 61 a 67). Sobre essa pena, ele faria incidir os aumentos ou as diminuições correspondentes às eventuais majorantes ou minorantes, que, como prevê o nosso Código, podem ser encontradas tanto na Parte Geral, quanto na Parte Especial.³²

Já Hungria defendia o método atualmente adotado, qual seja, o trifásico, que analisa separadamente as circunstâncias do agente e do fato, dispostas no artigo 42, das atenuantes e agravantes, incidindo as causas de aumento e diminuição apenas em um terceiro momento.

³¹ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Companhia editora forense, 1958. p. 184

³² BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. rev. e atual. rto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p.174

Salienta-se que o método trifásico foi adotado pelo Código Penal Militar de 1969.

No que tange a primeira fase da dosimetria penal, o referido Código Penal Militar instituiu novas circunstâncias judiciais a serem analisadas - artigo 52³³ -, bem como tornou expressa a conceituação da pena-base como aquela a ser aplicada, ausentes motivos que a aumentem ou diminuam - artigo 63³⁴.

Sobre a importância da concessão de amplos poderes ao magistrado na adequação da sanção, refere a Exposição de Motivos do diploma legal militar, deixando clara a crença na sabedoria do juiz:

Constitui hoje tendência muito viva, e acertada, nas legislações penais, a da ampliação dos poderes discricionários do juiz na aplicação da pena, com vistas à realização de uma Justiça material e à escolha da medida adequada para que se cumpram os fins das penas, dos quais não se exclui a justa retribuição. O sistema da lei vigente, obrigando à imposição da pena de reclusão, sem alternativas, é um dos motivos determinantes das graves distorções que atualmente se verificam na aplicação das leis penais. Os juízes resistem à aplicação de penas inadequadas e injustas.³⁵

De declarada ideologia positivista, o Código Penal Militar concedia à pena uma finalidade terapêutica acentuada, instituindo, em seu artigo 64, a figura da sanção indeterminada, ou seja, que não possuía tempo de duração instituído na sentença. Tal artigo dava à pena privativa de liberdade tratamento semelhante às medidas de segurança, conforme entende Raúl Cervini:

No mesmo sentido, a pena tende a tornar-se indeterminada e se apaga a diferença em relação à medida de segurança, até quase ser suprimida. Concebida desta maneira, a pena é assimilada a uma

³³ Art. 52. Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime. (PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 547)

³⁴ Art. 63. A pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz aplicaria, se não existisse a circunstância ou causa que importa o aumento ou diminuição. (PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 549)

³⁵ PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 517

teoria e como tal – reiteramos – não é o juiz, não é um critério baseado na culpabilidade o que determina sua duração, mas um critério clínico fundado, precisamente, nas necessidades da terapia.³⁶

Sustentava-se que a pena deveria durar o tempo necessário ao tratamento do acusado. Esse tempo possuía como única limitação a duração máxima de dez anos, sem, contudo, qualquer juízo anterior ao início do cumprimento. Sobre tal procedimento, bem leciona Salo de Carvalho:

A finalidade exclusivamente medicinal da sanção negaria qualquer juízo prévio sobre o tempo de duração do tratamento. Assim, não somente deveria ser conferida ao juiz discricionariedade de cominar sentença indeterminada, mas ao legislador seria imprescindível não cotizar limites mínimos e/ou máximos, impossível saber a reação do paciente à medida curativa e o percurso temporal à reabilitação.³⁷

Informa-se, no entanto, que esse Código não chegou a vigorar no Brasil.

³⁶ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2 ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2002. p. 39

³⁷ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 136

2. A CONSOLIDAÇÃO DO MODELO DE AMPLA ATUAÇÃO JUDICIAL. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA COMO DIREITO CONSTITUCIONAL DO CONDENADO.

2.1. A construção de um novo sistema

Após a incursão histórica realizada na legislação penal brasileira a partir da independência do Brasil, fundamental para a visualização das tendências seguidas pelos juristas nacionais visando à idéia de uma maior adequação da sanção penal ao caso concreto, necessário que adentremos no mérito a que a presente pesquisa se propõe.

Entendido o árduo, porém inquestionavelmente linear, caminho seguido nos Códigos Penais nacionais, verificamos que estes, através da diligência de seus mentores, procuravam, além de adequar-se às mudanças sociais ocorridas no país a cada momento histórico, manter-se em consonância com as ideologias vanguardistas surgidas em outros países, principalmente aqueles que adotam o mesmo sistema jurídico que o Brasil, qual seja, a *civil law*.

No presente momento, por conseguinte, torna-se viável analisar qual foi o sistema de dosimetria penal no qual culminaram todas as legislações expostas no capítulo pretérito, e como este se relaciona com a legislação processual e a Constituição nacional atualmente em vigor.

Novamente sob o viés dos poderes judiciais na determinação da pena-base, vislumbra-se como a doutrina e a legislação brasileiras tratam da questão atualmente. Após a exposição, torna-se possível que se depreenda, com vistas ao Código Penal vigente, se houve ou não sucesso no intento histórico dos penalistas brasileiros, qual seja, possibilitar ao juiz uma maior adequação da pena a cada caso

concreto e, assim, adimplir o ideal da pena justa que a todos consterna quando se trata de punir os selecionados pelo sistema penal.

2.1.1. As mudanças introduzidas na margem de discricionariedade judicial com a Reforma Penal de 1984.

A reforma da parte geral do Código Penal, feita por meio da Lei n. 7209, ocorreu em 1984, mesmo ano da instituição da Lei de Execuções penais, n. 7210, sendo ambas, inclusive, publicadas no mesmo dia, qual seja, 13 de julho de 1984.

As mudanças introduzidas, segundo René Ariel Dotti, visavam não só a adequação da legislação às transformações que tomaram parte na sociedade, que, por óbvio, já não era a mesma de 1940, quando surgiu a codificação, mas também a reprimir com mais severidade algumas formas de criminalidade, atendendo, muitas vezes, a setores da opinião pública e meios de comunicação.³⁸

Ocorria, durante a década de 80, na história nacional, o início da democratização do Estado, dando azo a um maior número de liberdades que surgiam, e necessitando-se, por conseguinte, de novas formas de controle e novas concepções de bens jurídicos a serem protegidos.

Assim definem Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Andreucci e Sérgio de Moraes Pitombo, todos integrantes da Comissão que redigiu o Anteprojeto da Reforma, o contexto jurídico e histórico brasileiro da década de 80, que viu surgir a Reforma Penal:

Era o começo da transição entre o Estado autoritário e o Estado Democrático de Direito, concebido como a confluência do Estado de Direito e da democracia política, econômica, social e cultural. (...) Em consequência de todo esse proceder histórico, relevantes questões de interesse coletivo como a paz social e a segurança pública passaram a integrar as pautas dos órgãos de comunicação, dos debates parlamentares, do discurso político, da pesquisa acadêmica, dos grupos oficiais ou particulares mobilizados na defesa dos direitos humanos, políticos, sociais, econômicos e culturais.³⁹

³⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 217

³⁹ REALE JÚNIOR, Miguel e outros. **Penas e medidas de segurança no novo código**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 24

Resta claro, então, que a sociedade necessitava de uma lei penal modernizada e abrangente, que visasse os novos interesses surgidos com as mudanças políticas, econômicas e sociais que tomavam parte.

A pena, contudo, assumia um caráter voltado ao correccionalismo e a reintegração do apenado, segundo a nova lei de execuções, em que pese perpetuasse a função retributiva na codificação penal.

Conforme salienta Francisco de Assis Toledo, a Reforma visava a proporcionar um novo caráter à sanção penal, preparando o indivíduo punido para o retorno ao convívio social. Necessitava-se, assim, de novos meios que possibilitassem à legislação adimplir essa meta:

Contudo, como é fácil de perceber, para a aplicação desses novos princípios, será imprescindível, em um direito penal democrático, apoiado no princípio da legalidade dos direitos e das penas, que a legislação penal reconstrua uma gama variada de penas criminais, dispostas em escala crescente de gravidade, a fim de que o juiz, segundo certos critérios, possa escolher a pena justa para o crime e seu agente.⁴⁰

Em matéria de dosimetria da pena, a Reforma Penal introduziu uma série de inovações, como a adoção do método trifásico de aplicação da sanção, disposto no artigo 68, e as novas circunstâncias judiciais, agora previstas no artigo 59. Importante salientar que foi a Reforma de 1984, portanto, que definiu muitos dos parâmetros ainda hoje utilizados para a mensuração da sanção penal.

Abordando o tema nuclear dessa pesquisa, é indispensável notar-se que, com as mudanças realizadas em 84 na aplicação da pena, concedeu-se um grau de autonomia ao magistrado nunca antes presente na legislação pátria. Sobre esta mudança, cite-se as palavras de Miguel Reale Júnior e outros:

A nova parte geral torna mais amplo o poder discricionário do juiz, acentuando a cada passo a tarefa de individualização da sanção penal, repetindo em diversos momentos os critérios de que deve lançar mão o magistrado na escolha da justa medida. (...) O alargamento do poder discricionário do magistrado é aliás decorrência obrigatória da criação de um leque de opções, graças às

⁴⁰ ASSIS TOLEDO, Francisco. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.p. 70

penas substitutivas, a exemplo do que ocorreu na legislação italiana com a lei de novembro de 1981, Lei n. 689, considerando o mestre Nuvolone ser “uma nota característica desta reforma a ampliação do poder discricionário do juiz”, uma discricionariedade motivada. Na nova Parte Geral, se faz menção em vários artigos à necessidade de atenção para a escolha justa da sanção aplicável, tendo por base os critérios contidos no art. 59.⁴¹

Salienta-se no texto acima transcrito, extraído de livro redigido pelos precursores da Reforma, a utilização das expressões “escolha” e “opções”, deixando-se claro o intento de tornar a dosimetria da pena uma verdadeira atividade de eleição judicial, tendo-se por base os critérios definidos no artigo 59.

Assim, é possível auferir que, para os autores referidos, a pena não só não deveria estar cominada na lei, como também não deveria ser “descoberta” pelo magistrado como a única hipótese de pena justa ao caso concreto; pelo contrario, a lei forneceria diversos meios para punir o malfeitor, podendo o magistrado escolher, dentre todos os possíveis e adequados, um meio cabível.

Corroborando o já relatado a Exposição de motivos da nova Parte Geral, que determina a necessidade da individualização da pena, assegurando ao magistrado grande espaço de autonomia e uma gama de verdadeiras opções legislativas para que proceda à adequação da sanção. Frise-se, ademais, que os novos critérios são definidos como simultaneamente mais abrangentes e mais precisos:

(...) o Projeto busca assegurar a individualização da pena sob critérios mais abrangentes e precisos. Transcende-se, assim, o sentido individualizador do Código vigente, restrito à fixação da quantidade da pena, dentro de limites estabelecidos, para oferecer ao *arbitrium iudices* variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias pode envolver o tipo da sanção a ser aplicada. (...) O projeto opta claramente pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁴²

A Reforma Penal procedeu a uma mudança considerável com a substituição do artigo 42 do Código original de 1940 pelo artigo 59 até hoje vigente, que dispõe da seguinte forma:

⁴¹ REALE JÚNIOR, Miguel e outros. **Penas e medidas de segurança no novo código**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 159

⁴² BRASIL. **Código Penal e Constituição federal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 11 e 12

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.⁴³

Destaca-se a importância da mudança referida, uma vez que o legislador implantou, devido à nova concepção de delito oriunda da teoria finalista, a circunstância “culpabilidade” no lugar das figuras de dolo e de culpa, conforme expresso na já referida Exposição de Motivos:

As diretrizes para fixação da pena estão relacionadas no art. 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo elenco de penas. Preferiu o Projeto a expressão “culpabilidade” em lugar de intensidade do dolo ou grau de culpa”, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena.⁴⁴

Referindo-se ainda à Exposição de Motivos, que muito tem a dizer sobre a Reforma efetuada, salienta-se que foi também acrescida, por meio do artigo 59, a circunstância “comportamento da vítima”, na medida em que esta poderia consistir em estímulo ou provocação à conduta criminosa, refletindo os usos e costumes da época:

Faz-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes.⁴⁵

A tendência por uma aproximação entre o julgador e o caso em análise, dando margem a um processo mais demorado e trabalhado ao determinar a sanção, possibilitaria, como expressa Miguel Reale Júnior e outros, a definição de uma sanção que refletisse a singularidade do indivíduo punido, e não apenas o delito cometido:

O agente será merecedor da maior reprovação se o fato praticado

⁴³ BRASIL. **Código Penal e Constituição federal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 61

⁴⁴ BRASIL. **Código Penal e Constituição federal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 11

⁴⁵ BRASIL. **Código Penal e Constituição federal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 11

revelar-se consequência esperada de seus antecedentes, de sua conduta social bem como de seu particular modo de ser, da sua escolha de valores e das tendências que preferiu desenvolver em detrimento de outras potencialidades positivas. (...) O homem escreve a sua própria biografia, pois todos os atos serão atos incorporados à sua história, e as incontáveis decisões somam um conjunto, que reflete a pessoa do homem, a sua singularidade.⁴⁶

Ainda, importante notar que, com o artigo 59, são expressos pela primeira vez os critérios de necessidade e suficiência como norteadores da aplicação da pena a serem seguidos pelo magistrado. A pena, portanto, deverá ser necessária e suficiente à concretização de suas finalidades de prevenção geral e especial, devendo esta medida ser realizada pelo magistrado, à luz da análise das diversas circunstâncias constantes na lei. Assim prossegue Miguel Reale Júnior e outros:

Destarte, é imprescindível que o magistrado liberte-se do fetichismo da pena mínima, para ajustar o quantum da sanção e a sua modalidade, no que entende ser necessário e suficiente a satisfazer a medida de justa reprovação que merece o réu, de acordo com seus antecedentes, conduta social, personalidade, bem como tendo em vista os motivos, circunstâncias e conseqüências do seu ato. (...) Tendo em vista o fim de prevenção geral, de política criminal, a justa medida penal apazigua os espíritos, pois enquadra-se no que é necessário e suficiente para se impor a equidade, reforçando-se a intimidação e a exemplaridade na aplicação concreta do Direito Penal.⁴⁷

Estabelecidos, portanto, os parâmetros legais introduzidos no Código Penal após a reforma de 1984, passa-se a analisar como estes se adequaram às outras fontes de direito surgidas posteriormente. Assim, será possível que se analise de que forma deu-se a utilização judicial da nova margem de poder discricionário concedida pelo legislador penal.

2.1.2. A viabilidade de um modelo de ampla atuação judicial sob o viés da legislação processual: o sistema acusatório.

⁴⁶ REALE JÚNIOR, Miguel e outros. **Penas e medidas de segurança no novo código**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 161

⁴⁷ REALE JÚNIOR, Miguel e outros. **Penas e medidas de segurança no novo código**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 165

Analisada a legislação ora vigente sobre os poderes concedidos ao juiz na determinação da pena-base, essencial que se delimite a situação do magistrado no processo penal atual, nos pontos em que este se faz necessário para possibilitar a individualização da pena.

A indisponibilidade do devido processo legal para a imposição da pena encontra-se expressa no artigo 5º, incisos LIII⁴⁸ e LIV⁴⁹, da Constituição de 1988, sendo esta, inclusive, a primeira a consagrar expressamente o princípio do *due process of law* no Brasil. Nesse sentido preleciona René Ariel Dotti:

A pena criminal somente pode ser aplicada através do devido processo legal e por uma autoridade judiciária (juiz ou tribunal) competente (CF, art. 5º, LIII e LIV). É no momento da imposição da resposta penal que o Estado atende ao interesse público de reprimir e prevenir o ilícito penal, no conjunto de suas características relativas ao fato e ao seu autor.⁵⁰

Ou seja, é o correto trâmite processual que autoriza a imposição da pena por parte do magistrado, com sua conseqüente individualização.

Importante frisar que, para a concretização do devido processo legal, é fundamental que vigore o sistema acusatório, sistema este elegido pela codificação processual penal brasileira hodierna. Contudo, na prática, ainda se podem vislumbrar algumas características e a carga ideológica típicas do sistema processual inquisitorial, o que leva alguns doutrinadores a considerarem o sistema brasileiro como misto, principalmente devido à possibilidade de iniciativas probatórias judiciais.

O sistema processual acusatório pressupõe o magistrado em uma posição eqüidistante entre defesa e acusação, de modo a que possa proferir sentença idônea e imparcial, desprovida de fatores ideológicos e crenças pessoais.

Sobre a posição do magistrado no sistema acusatório, bem explica Geraldo Prado:

Por isso, a acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador que não se apresenta meramente por se lhe negar, sem

⁴⁸ LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

⁴⁹ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

⁵⁰ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 509

qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas principalmente, por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, eqüidistante.⁵¹

Importante frisar que tal sistema, em sua perfeição teórica, é detentor de uma impossibilidade prática, eis que o juiz, pessoa humana que é, tenderá, ainda que minimamente, a dispor em sua sentença de alguma carga subjetiva. Deve-se vislumbrar, assim, o grau de imparcialidade possível.

Sobre a impossibilidade de eliminação de todos os elementos subjetivos nas decisões judiciais, bem ensina Anabela Rodrigues: *“Na verdade, tal como em outras esferas da vida, também no domínio da aplicação do direito não se pode prescindir da influência da “decisão pessoal”*”⁵².

O juiz do sistema acusatório deve, portanto, livrar-se da tendência humana à parcialidade, ainda que tal tarefa possa parecer de difícil concretização. Assim também referia a doutrina do processualista italiano Francesco Carnelutti, em sua obra *As misérias do processo penal*:

Entretanto, também ele, o juiz, é um homem e, se é um homem, é também uma parte. Esta, de ser ao mesmo tempo parte e não parte, é a contradição, na qual o conceito do juiz se agita. O fato de ser o juiz um homem, e o dever ser mais que um homem, é o seu drama.⁵³

A aproximação máxima do sistema ideal acusatório, no qual o juiz é absolutamente isento e imparcial, é o ideal a ser perseguido no sistema processual penal hodierno, tendo em vista ser essa imparcialidade fundamental para a correta dosimetria da pena, sob o viés da ampla possibilidade de individualização hoje existente.

Importante destacar-se, pois essencial à matéria estudada, que o método de instrução probatória adotado no sistema acusatório pode ser caracterizado como dispositivo, em detrimento do sistema inquisitivo de provas tarifadas vigente nos

⁵¹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 108

⁵² RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995. p. 97

⁵³ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução da edição de 1957, publicada pela Edizioni Radio Italiana. Campinas: Conan, 1995.p. 32

sistemas ditos inquisitórios. Sobre a diferença na produção da prova que vigora em cada um dos sistemas processuais penais expostos, bem leciona Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao julgador. (...) Já no sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto (o que os ingleses chamam de *judge made law*).⁵⁴

Sobre a valoração probatória, vigora no processo penal acusatório a livre apreciação da prova, conforme disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal⁵⁵. Tal pode ser vislumbrado, no que tange à dosimetria que analisa as circunstâncias dispostas no artigo 59, na valoração feita pelo magistrado dos elementos que corresponderiam, nos autos, ao preenchimento de cada circunstância, bem como no *quantum* de aumento da sanção referente a cada um desses elementos.

Exposto o sistema processual vigente e suas características teóricas, passa-se à análise do método de dosimetria adotado pela lei penal material.

2.2.A dosimetria da pena: a eleição do método trifásico.

Conforme já exposto quando se tratou do Código Penal de 1940, não havia, antes da Reforma Penal de 1984, uma definição legislativa de qual método deveria ser adotado para que se procedesse à aplicação da pena.

⁵⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 163-198. p. 166

⁵⁵ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Roberto Lyra, nome de bastante relevo no período, defendia o que veio a ser conhecido na doutrina por método bifásico, no qual o juiz deveria valorar de forma simultânea as circunstâncias judiciais do artigo 59, à época artigo 42, e, posteriormente, incidir sobre esta pena as causas de aumento e diminuição. Tal método sofreu diversas críticas, sendo considerado como complicador do controle à atividade judicial, eis que geraria uma confusão entre questões diversas atinentes ao fato, as quais mereceriam análise em momentos também distintos.

Criticando o método bifásico, bem expõe José Antônio Paganella Boschi:

Não há, efetivamente, como equiparar as causas que atuam na determinação da pena-base, que, como o próprio nome sugere, indica um ponto de partida, com as circunstâncias que, por definição prévia da lei, sendo mensuráveis, atuam como fatores de agravamento ou abrandamento da pena-base.⁵⁶

Assim, prevaleceu o método traçado por Nelson Hungria, conhecido como modelo trifásico, o qual se torna obrigatório após a Reforma Penal, vindo a consolidar-se na legislação através do artigo 68 do diploma legal vigente, que apregoa:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.⁵⁷

O modelo trifásico, que facilita o controle da atividade judicial, compõe-se das seguintes etapas: a) determinação da pena-base, com a valoração das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59; b) determinação da pena provisória, através da análise das agravantes e atenuantes presentes nos artigos 61 a 66 do Código Penal, obedecendo-se o disposto no artigo 67⁵⁸ em caso de concurso entre

⁵⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 175

⁵⁷ BRASIL. **Código Penal e Constituição federal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 63

⁵⁸ Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. (BRASIL. **Código Penal e Constituição federal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 62)

ambas as figuras e c) determinação da pena definitiva, obtida pela aplicação das majorantes e minorantes incidentes no caso em análise.

Após tal procedimento, cabe ainda ao magistrado definir o regime inicial do cumprimento da sanção e a possibilidade e pertinência da substituição de sanção corporal por pena restritiva de direitos ou multa, obedecendo às determinações constantes no atual artigo 44⁵⁹ do diploma legal vigente.

Assim, definido o método, tem-se que sua inobservância acarreta nulidade insanável na sentença condenatória. Nesse sentido prossegue José Antônio Paganella Boschi:

As atividades inerentes ao método trifásico pressupõem consideração explícita de todas as circunstâncias próprias de cada fase que possam influir na dosimetria das penas base, provisória ou definitiva. A violação do dever (inciso IX do art. 93) implica nulidade insanável da parte viciada da sentença, consoante vem decidindo os tribunais, embora entendimento de que o defeito atinge o *decisum* como um todo.⁶⁰

Importante que se destaque duas exceções a essa nulidade, quais sejam, a existência de erro material favorável ao acusado na decisão ou a cominação da pena no mínimo legal.

Portanto, uma vez estabelecido o método, centremo-nos na primeira fase da dosimetria penal, sobre a qual versa a presente monografia, e a qual acarreta, sem sombra de dúvida, o uso de maior discricionariedade por parte do magistrado.

2.2.1. A primeira fase da dosimetria penal: a concessão legislativa de amplos poderes ao juiz.

⁵⁹ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (BRASIL. **Código Penal e Constituição federal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 57)

⁶⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 178

Uma vez explicitado o método trifásico de determinação da pena adotado pelo diploma legal vigente, mister que se inicie a análise de como deverá dar-se a determinação da pena-base, sobre a qual incidirão, posteriormente, agravantes, atenuantes, causas de aumento e causas de diminuição. A pena-base, portanto, assim denomina-se pois se trata do ponto de partida, ou seja, o termo inicial na dosimetria da sanção.

Importante destacar, nesse momento, que um erro de cálculo ou de verificação de algum dos elementos citados no artigo 59 possui efeitos reflexos em todas as outras fases da dosimetria penal. Isso ocorre não apenas pelo fato de que as demais fases dar-se-ão pela aplicação de frações de aumento e diminuição incidentes sobre o montante da pena-base, mas também porque, conforme entendimento consolidado atualmente na jurisprudência, as circunstâncias valoradas negativamente na primeira fase podem servir como embasamento probatório que caracterize qual fração de aumento deverá ser aplicada no caso de existência de agravante ou majorante a ser valorada em fase posterior. Assim preleciona José Antônio Paganella Boschi:

O que o magistrado deverá fazer, isto sim, é mensurar a agravante ou atenuante no mesmo grau de culpabilidade reconhecido na fase anterior (gerador da pena-base no mínimo cominado, no ponto intermediário entre o mínimo e o termo médio ou na direção desse limite superior), para poder simplesmente resguardar o princípio de que a pena não pode ultrapassar o limite da culpabilidade, e, desse modo, continuar perseguindo a pena final necessária e suficiente (proporcional), como lhe determina o art. 59.⁶¹

Assim, reconhece-se, sem medo de errar, que a primeira fase da dosimetria penal é a mais importante na definição da pena definitiva e, constata-se, é também a que mais dá azo ao poder discricionário judicial.

Em termos quantitativos, não há qualquer determinação legislativa de número de dias, meses ou anos que devem ser acrescidos à pena mínima para cada circunstância negativamente considerada. Em que pese haja algumas fórmulas na doutrina, como a divisão aritmética do grau possível de variação da pena por oito –

⁶¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 281

número de circunstâncias -, tal não encontra guarida no ordenamento brasileiro ou na práxis jurídica, sob pena de incidir-se em prova tarifada, elemento típico do sistema inquisitivo e absolutamente vedado pelo processo penal acusatório hoje teoricamente vigente no país.

Nesse sentido preleciona Salo de Carvalho:

O equívoco do raciocínio exposto é a geração de modelo de prova tarifada, típico dos sistemas processuais inquisitivos, em total afronta ao sistema da livre apreciação delineada pela Constituição (art. 5º, LV) ao determinar a motivação das decisões e o contraditório.⁶²

Logo, como limites para a valorização quantitativa de cada circunstância, o magistrado encontra somente o mínimo e o máximo cominados no tipo legal, não podendo a sanção exceder qualquer deles.

Contudo, destaca-se que há, atualmente, uma tendência uniforme da jurisprudência em manter a sanção, após a primeira fase da dosimetria, entre o mínimo legal e o termo médio, que se auferem através da soma entre os dois parâmetros do tipo e a posterior divisão do resultado obtido por dois. Sobre a importância da regra pretoriana na aferição da pena-base, define José Antônio Paganella Boschi:

Portanto, a pena-base expressará quantitativamente a intensidade dessa valoração, devendo, então, aproximar-se do limite superior possível denominado “termo médio”. Essa expressão (“termo médio”) não está prevista em lei. Ela é criação da jurisprudência e vem mencionada em muitos precedentes. (...) Melhor lançar-se mão de categoria jurídica abandonada pelo legislador do que simplesmente se deixar ao juiz a tarefa de estabelecer a pena-base sem referências objetivas que permitam o controle pelas partes, na quantidade que considerar a mais “prudente”, conhecidas as dificuldades para saber-se, enfim, o que é prudência ou quem é ou pode ser um homem prudente.⁶³

Outro dado relevante é que, nos casos em que não há qualquer prova nos autos da qual se possa retirar elementos que caracterizem as circunstâncias

⁶² CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 159

⁶³ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 218

previstas no artigo 59, a sanção deve ser mantida no mínimo legal. Assim prelecionam Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Correa Junior:

Uma última hipótese pode ocorrer. Ela só acontecerá se não existirem dados que sirvam de parâmetro para avaliação global (...) Se isso ocorrer, dada a impossibilidade de se prejudicar o agente do delito, que não pode sofrer pela ineficiência do Estado, a pena-base deverá ser fixada em seu mínimo.⁶⁴

Quanto aos elementos teóricos e probatórios que devem existir nos autos para que se caracterize cada circunstância, encontram-se divergências alarmantes na doutrina e na jurisprudência nacionais hodiernas.

Para possibilitar a compreensão do problema da atuação judicial na determinação da pena-base existente atualmente, expor-se-á a questão sobre o enfoque doutrinário, através da conceituação breve de cada uma das circunstâncias, salientando-se a diversidade de pensamentos que subsistem nessa seara, principalmente no que se refere às circunstâncias subjetivas.

2.2.2. As circunstâncias judiciais do artigo 59: a (des)necessidade de uma conceituação doutrinária.

Antes de definirem-se cada circunstância judicial, deve-se atentar que as circunstâncias presentes no artigo 59 não se confundem com aquelas elementares do tipo penal, indispensáveis à ocorrência do próprio delito. Cezar Roberto Bitencourt diferencia as circunstâncias elementares daquelas que configuram apenas o aumento da pena:

Circunstâncias, na verdade, são dados, fatos, elementos ou peculiaridades que apenas *circundam* o fato principal. Não integram a figura típica, podendo, contudo, contribuir para aumentar ou diminuir a sua gravidade. Para se distinguir uma elementar do tipo penal de uma simples circunstância do crime basta excluí-la, hipoteticamente; se tal raciocínio levar à descaracterização do fato

⁶⁴ CORREA JR., Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição: aspectos relevantes para sua determinação e execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 180.

como crime ou fizer surgir outro tipo de crime, estar-se-á diante de uma elementar.⁶⁵

Ainda, importante referir que as circunstâncias se dividem em subjetivas – referentes ao agente – e objetivas – referentes ao fato. As subjetivas são a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade e os motivos do delito, enquanto as objetivas são as circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima.

Quando se trata de conceituar as circunstâncias judiciais não se está afirmando que tal tarefa é possível, uma vez que os termos jurídicos ali previstos podem conter uma série de significações, bem como corresponder a diversos elementos probatórios dentro do processo.

A conceituação trazida das referidas circunstâncias na presente monografia, feita com base na doutrina pátria, não detém segurança jurídica, eis que não se encontra prevista em lei, também não havendo qualquer determinação legislativa no sentido da necessidade de que se estabeleça um significado padrão para cada circunstância.

Assim, passa-se a analisar, de forma breve, como são conceituadas na doutrina brasileira as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal vigente.

2.2.2.1. Culpabilidade

A mais controversa, mas também a mais influente das circunstâncias judiciais, é a culpabilidade, eis que esta é sempre considerada como a limitadora para a aplicação da pena, que nunca deve exceder a culpabilidade do agente.

A figura prevista no artigo 59 do Código Penal não pode, no entanto, ser confundida com a culpabilidade como elemento do delito, que se constitui pela imputabilidade do agente, pelo conhecimento da proibição e pela possibilidade de agir-se de modo diverso. Esta, juntamente com a tipicidade e a ilicitude, é elemento essencial para a condenação, eis que sem ela não há delito. O que deve ser

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, volume 1**. 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 575

considerado nessa etapa é, portanto, o grau de censurabilidade de cada elemento da culpabilidade. Tal pensamento é o predominante na doutrina brasileira.

Contudo, para Cezar Roberto Bitencourt, o dolo do agente também é avaliado nessa etapa:

O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal – na verdade em um dos elementos do tipo, qual seja, a ação – pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a censura.⁶⁶

Para Miguel Reale Júnior e outros, a culpabilidade é uma forma criada para que se valore, além do fato, as características do próprio autor, de forma que este seja reprovado mais severamente se o delito em análise decorrer de seu modo de vida e de suas escolhas⁶⁷.

Assim, depreende-se que a culpabilidade seria uma espécie de grau de reprovação, para alguns autores compreendendo também a intensidade do dolo, ligado à pessoa do agente, não necessariamente levando-se em conta o nexo causal com o fato cometido.

2.2.2.2. Antecedentes criminais

Os antecedentes criminais agravam a pena pela prova de que a prática delituosa é conduta habitual por parte do acusado. Necessita-se, no entanto, que estes sejam diferenciados da reincidência, descrita no artigo 64 do Código Penal⁶⁸, e valorada como agravante na segunda fase da dosimetria da pena.

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, volume 1**. 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 577

⁶⁷ REALE JÚNIOR, Miguel e outros. **Penas e medidas de segurança no novo código**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 160

⁶⁸ Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos. (BRASIL. **Código Penal e Constituição federal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 62)

O prazo de valoração dos antecedentes é admitido, por parte da doutrina, como sendo de cinco anos, usando-se a analogia *in bonam partem* em relação ao aplicado à reincidência. Nesse sentido preleciona Salo de Carvalho:

O recurso à analogia permite-nos limitar o prazo de incidência dos antecedentes no marco dos cinco anos – delimitação temporal da reincidência -, visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal. Aliás, tal posição tem sido respaldada pela doutrina e jurisprudência.⁶⁹

Para Miguel Reale Júnior e outros, os antecedentes não se resumem à folha apresentada nos registros criminais do acusado:

Os antecedentes não dizem respeito à “folha penal”, e seu conceito é bem mais amplo (...) por antecedentes deve-se entender a forma de vida em uma visão abrangente, examinando-se o seu meio de sustento, a sua dedicação a tarefas honestas, a assunção de responsabilidades familiares.⁷⁰

Contudo, ressalta-se que esse entendimento consta em obra publicada em 1987, logo após a Reforma Penal. Atualmente, o entendimento predominante destoa do acima exposto, resumindo-se os antecedentes criminais à prática, pelo acusado, de delitos já julgados de forma definitiva. Em poucas palavras, Cezar Bitencourt define: “*Por antecedentes devem-se entender os fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus. São maus antecedentes aqueles fatos que merecem a reprovação da autoridade pública (...)*”.⁷¹

Recentemente, a matéria dos antecedentes foi sumulada pelo STJ sob o número 444, ressaltando-se a impossibilidade de que se valore, nessa etapa da dosimetria penal, condenações ainda não transitadas em julgado, bem como absolvições por insuficiência de provas. Tal súmula coloca fim a um grande debate existente na doutrina nesse sentido, sendo a posição contrária defendida por alguns penalistas brasileiros, como Roberto Lyra:

⁶⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 52

⁷⁰ REALE JÚNIOR, Miguel e outros. **Penas e medidas de segurança no novo código**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 161

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, volume 1**. 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 578

Os antecedentes do réu auxiliam o prognóstico. Os precedentes penais caracterizam a reincidência (art. 46), mas os processos arquivados ou concluídos com a absolvição, sobretudo por falta de provas, os registros policiais, as infrações disciplinares e fiscais, podem ser elementos de indicição veemente. Toda a vida do réu – individual, familiar, militar, profissional, intelectual, social – deve ser dominada pelo juiz. Qualquer circunstância da conduta em exame será levada em conta, sem demasias, nem omissões.⁷²

Atualmente, tal questão encontra-se pacificada, após a edição da referida súmula.

2.2.2.3. Conduta social

A conduta social constitui-se na forma que o indivíduo tem de relacionar-se com os que o cercam, família, comunidade, amigos, etc. Para fazer tal prova em júízo, geralmente se arrolam as testemunhas chamadas abonatórias, que narram o comportamento cotidiano do acusado sem relação com o fato julgado.

No entender de José Antônio Paganella Boschi, tal circunstância significa que não se pode levar em consideração apenas o fato cometido, mas também os fatos da vida do acusado.⁷³

Tal circunstância é bastante controversa na doutrina e jurisprudência, uma vez que analisa fatos, muitas vezes, absolutamente desconexos do delito em análise, dando azo a presunções e preconceitos.

2.2.2.4. Personalidade do agente

Extremamente controversa, a circunstância personalidade leva o magistrado a proferir um verdadeiro exame psicológico do acusado, atentando se este possui personalidade voltada à delinqüência. Tal circunstância visaria a definir características intrínsecas do sujeito, dados relativos a seu caráter.

⁷² LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Companhia editora forense, 1958. p. 221

⁷³ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 202

Salienta Juarez Cirino dos Santos que a própria psicologia diverge sobre o conceito de personalidade, quais elementos esta inclui, se seria delimitada pelo ego, abrangeria o superego ou incluiria as pulsões do id, como fonte inconsciente de energia.⁷⁴

Para os magistrados, contudo, o debate se resume, na maioria das vezes, a laudo de profissional que atue na área da psicologia ou da assistência social, quando o há nos autos. Em caso de ausência do laudo, valora-se a personalidade com base em características do próprio delito ou pelos antecedentes criminais e pela conduta social do acusado, comprovada pelas referidas testemunhas abonatórias.

2.2.2.5. Motivos do delito

Os motivos seriam aqueles que levaram o indivíduo à prática do delito, não confundindo-se com as agravantes de motivo fútil ou torpe, que devem ser analisadas na segunda fase da dosimetria, quando se auferir a pena provisória. A valorização negativa dos motivos também não deve dar-se quando estes fazem parte do próprio tipo penal, como o intuito de lucro em crimes patrimoniais.

Conforme preleciona José Antônio Paganella Boschi, os motivos seriam “*qualificados axiologicamente como positivos ou negativos, nobres ou não*”.⁷⁵

A ausência de motivos ou seu desconhecimento pelo julgador levaria a uma neutralidade, qual seja, uma ausência de valoração, conforme explicitado no tópico que tratou da primeira fase da dosimetria, quando se salienta que nesta seara também vigora – ou deveria vigorar - o princípio do *in dubio pro reo*.

Salienta-se que, muitas vezes, os motivos do delito possuem estreita relação com a personalidade do réu ou suas relações sociais.

2.2.2.6. Circunstâncias do crime

⁷⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005. p. 113

⁷⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 209

As circunstâncias correspondem ao modo de execução do delito, bem como à situação em que este se deu, devendo ser excluídas aquelas que figurem como qualificadoras e agravantes, bem como as inerentes ao próprio tipo penal.

Cezar Bitencourt as define como aquelas que “*defluem do próprio fato delituoso, tais como forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meio utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes*”.⁷⁶

2.2.2.7. Consequências do crime

Por consequências se entende o resultado do delito, não se restringindo àquelas constatáveis materialmente, e excluindo-se as inerentes ao tipo, como a morte no delito de homicídio.

Bem define Juarez Cirino dos Santos:

As conseqüências do fato designam outros resultados de natureza pessoal, afetiva, moral, social, econômica ou política produzidos pelo crime, dotados de significação para o juízo de reprovação, mas inconfundíveis com o resultado do próprio tipo de crime (...).⁷⁷

Prossegue o já citado autor afirmando que as conseqüências do delito, para serem valoradas no agravamento da sanção, devem ser minimamente previsíveis pelo acusado, sob pena de contrariar-se o princípio da culpabilidade⁷⁸.

2.2.2.8. Comportamento da vítima

Essa circunstância, acrescida na Reforma Penal de 1984, é resultado de estudos de vitimologia, possuindo aplicação bastante restrita, apenas nos casos em que há uma contribuição quase determinante da vítima para a ocorrência do delito.

Bem define José Antônio Paganella Boschi:

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, volume 1**. 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 580

⁷⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005. p. 115

⁷⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005. p. 115

Estudos psiquiátricos demonstram que, em certas situações, a vítima se expõe tão deliberadamente e intensamente ao perigo, que seu gesto pode ser interpretado como desejo de superar as ansiedades que só o próprio suicídio pode aliviar. O comportamento da vítima, desse modo, quando analisado, não pode ser separado do momento em que o juiz apreciará a própria culpabilidade, pois ao instigar, provocar, desafiar o agente, a vítima, direta ou indiretamente, intencionalmente ou não, termina por enfraquecer a determinação do agente em manter-se obediente ao ordenamento jurídico.⁷⁹

Frise-se que o exemplo citado na Exposição de Motivos redigida na Reforma Penal, qual seja, o pouco recato da vítima em crimes contra os costumes, atuais crimes contra a dignidade sexual, possui pouca ou nenhuma aplicação no direito hodierno, eis que se trata de figura marcada pelo tempo de sua redação.

Definidas as circunstâncias, passa-se a analisar a adequação constitucional do modelo exposto e as formas de controle, previstas em lei, dos procedimentos judiciais adotados atualmente para defini-las, comprová-las e quantificá-las nas sanções aplicadas.

2.3.A adequação constitucional do modelo atual: o princípio da individualização da pena consolidado na Carta de 1988.

Poucos anos após a inovação na legislação penal, ocorreu a promulgação da Constituição de 1988, a qual positivou como cláusulas pétreas – uma vez que previstas no artigo 5º, que dispõe sobre os direitos e garantias individuais, os quais não são passíveis de modificação pela via de emenda constitucional, conforme artigo 60, parágrafo 4º, IV, da Carta Maior⁸⁰ - várias garantias aos presos e processados criminalmente.

O referido texto faz diversas menções às sanções penais, como a proibição das penas cruéis – artigo 5º, XLVII⁸¹ - e a necessidade de garantir-se ao apenado o

⁷⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 213

⁸⁰ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.(BRASIL. **Código Penal e Constituição federal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 49 do anexo)

⁸¹ 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;

cumprimento digno de sua sanção – artigo 5º, XLIX⁸². Importante frisar que a proibição às penas cruéis também é prevista no artigo 5º, 2, do Pacto de San José da Costa Rica, recepcionado no Brasil como norma de hierarquia supralegal. Tais previsões consolidam a aplicação do princípio da humanidade das penas, no sentido de que destas não resulte qualquer impedimento físico permanente ou ainda qualquer consequência jurídica indelével, conforme apregoam Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁸³.

No que tange à individualização da pena, esta se encontra prevista no artigo 5º, XLVI⁸⁴, da Carta Maior. Segundo o inciso citado, a garantia à individualização da pena deverá ser regulamentada por lei. Assim, torna-se norma cogente o processo de dosimetria penal, que deverá obedecer ao método trifásico disposto no Código Penal.

Vislumbra-se clara manifestação do princípio da proporcionalidade da pena em sentido estrito, eminentemente no que tange a duas de suas principais diretrizes, quais sejam: na aplicação da pena e em sua execução. Os destinatários do princípio da proporcionalidade em sentido estrito na determinação da sanção penal encontram definição na obra de Paulo Queiroz:

Divide-se em: a) proporcionalidade abstrata (ou legislativa), que ocorre quando se tem de eleger sanções (penas e medidas de segurança) mais apropriadas (seleção qualitativa), bem assim estabelecer a graduação (mínimo e máximo) dos castigos (seleção quantitativa); b) proporcionalidade concreta ou judicial (ou individualização), que deve orientar o juiz quando do julgamento da ação penal, promovendo a individualização da pena conforme a culpabilidade do réu, aferida segundo as circunstâncias jurídico-penalmente relevantes, podendo chegar em alguns casos à absolvição mesma, se se entender, por exemplo, pela aplicação do perdão judicial ou do princípio da insignificância; c) proporcionalidade executória, que corresponde à individualização da pena durante a execução penal conforme o mérito do condenado, progredindo de regime, obtendo livramento condicional, indulto ou eventualmente

d) de banimento;

e) cruéis;

(BRASIL. **Código Penal e Constituição federal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 13 do anexo)

⁸² XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (BRASIL. **Código Penal e Constituição federal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 13 do anexo)

⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Volume 1: parte geral. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 155

⁸⁴ XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (BRASIL. **Código Penal e Constituição federal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 13 do anexo)

regredindo de regime etc. O princípio tem, portanto, tríplice destinatário: o legislador, o juiz e os órgãos de execução penal.

Também se pode auferir da previsão constitucional pela individualização da pena evidente manifestação do princípio da igualdade. Sabe-se que este princípio não apregoa apenas que se dê o mesmo tratamento àqueles que estão em igual situação, mas também que se trate de maneira diversa àqueles que estão diversamente situados, na medida em que essa diferença se impõe. Nesse sentido, como valorização e respeito às diferentes circunstâncias objetivas e subjetivas do fato concreto e do sujeito, tem-se que a individualização da pena concretiza a prevalência da igualdade. Assim entende José Antônio Paganella Boschi:

É nessa perspectiva sociológica ou antropológica que o princípio da individualização da pena (inc. XLVI do art. 5º da CF) – que visa a resguardar o valor do indivíduo – precisa ser juridicamente considerado. A atitude implica reposicionamento do intérprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o que o homem tem de particular.⁸⁵

Importante salientar que a previsão de individualização da pena trazida pela Constituição de 1988, que é, por óbvio, posterior a Reforma Penal de 1984, tornaria sem validade qualquer norma prevista no Código Penal que contrariasse tal preceito. A promulgação do texto constitucional inova a ordem jurídica, devendo ser observado para a feitura das normas penais. Nesse sentido lecionam Alceu Correia Jr. e Sérgio Salomão Shecaira:

O legislador deverá observar, na elaboração da lei penal, além da técnica jurídica normalmente utilizada, todos os princípios inerentes ao Direito Penal e, ainda, aqueles que foram consagrados na Carta Política do Estado. Destarte, como já foi esclarecido no capítulo referente aos princípios constitucionais de direito penal, é a Constituição que dará validade à norma na medida que esta esteja em harmonia com aquela, lei suprema do Ordenamento Jurídico. (...) A Reforma de 1984 alterou o direito penal, mas em 5.10.88 inaugurou-se uma nova ordem jurídica, que tem como corolário a

⁸⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 47

derrogação de tudo aquilo que for contrário ao estabelecido no texto constitucional em vigor.⁸⁶

Conclui-se, portanto que, constante na Constituição a garantia à individualização da pena, no presente trabalho vista principalmente sob o viés judicial, esta se torna medida absolutamente imperativa, podendo inclusive acarretar nulidade da decisão por violação à norma constitucional.

Sobre a importância da individualização da pena quando prevista na Lei Maior, e a forma como esta deve ser interpretada no que tange aos poderes do magistrado, prosseguem os autores citados:

Questão relevante, no entanto, que deve ser objeto de reflexão preliminar, é aquela que diz respeito à individualização da pena. Como já se disse, a individualização é um princípio constitucional dos mais importantes para a sanção penal, e é previsto na primeira parte do art. 5º, XLVI da Constituição Federal de 1988. (...) Sem embargo de tal determinação e certeza quanto à espécie de pena a ser aplicada, o juiz possui um campo de atuação livre conferido por lei. É o que ocorre em varias hipóteses, como, v. g., no caso da pena privativa de liberdade, onde a lei fixa um mínimo e um máximo no *quantum* da pena. Dentro desses parâmetros, o juiz deve observar a culpabilidade, os antecedentes, as conseqüências do crime e todas as demais circunstâncias judiciais a que se refere o art. 59, *caput* do estatuto penal.⁸⁷

Assim, verifica-se que o sistema aberto de dosimetria da pena, concedendo ampla margem de discricionariedade ao magistrado, tem início com a Reforma Penal de 1984, porém consolida-se como norma imperativa após a Constituição de 1988.

No que tange à finalidade da pena como forma de controlar o processo judicial de dosimetria, nota-se, no entanto, que o presente texto constitucional negou-se a promover o debate, limitando-se a determinar que caberá ao delito a imposição da pena correspondente.

Importante que conste a referência à garantia de motivação das decisões judiciais, presente no artigo 93, inciso IX⁸⁸ do texto legal, que será tratada em toda

⁸⁶ CORREA JR., Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição: aspectos relevantes para sua determinação e execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 50

⁸⁷ CORREA JR., Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição: aspectos relevantes para sua determinação e execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 52 e 53.

⁸⁸ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder

sua amplitude na próxima parte do trabalho, quando aventar-se-ão as formas de controle da atuação judicial presentes na lei brasileira.

Portanto, erigida como garantia fundamental do cidadão processado e condenado criminalmente, a individualização da pena adquire, em 1988, *status* de norma constitucional, podendo ser exigida como fundamental ao adimplemento da principal função do Estado, qual seja, preservar a dignidade humana dos cidadãos.

Logo, o sistema de dosimetria penal criado com a Reforma Penal de 1984 não só encontrou guarida com o advento da nova Constituição, como foi por ela consolidado.

2.4.As lacunas existentes na legislação penal. O problema da tipicidade aberta das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

Demonstrada a consolidação do sistema de ampla atuação judicial para a individualização da pena-base, mister que se analisem os efeitos daí decorrentes, originados pelas lacunas presentes na própria legislação.

A primeira questão a ser suscitada concerne à chamada tipicidade aberta das circunstâncias constantes no artigo 59 do Código Penal. Tais figuras encontram margem muito ampla de significação e sentido, não havendo sequer na doutrina conceito que proporcione segurança jurídica aos aplicadores do direito e às partes do processo.

A vinculação à norma em nada representa, em termos de segurança, se a hipótese normativa prevista possui amplitude tão grande que permite ao conceito adequar-se à mentalidade do jurista aplicador, tornando o condenado suscetível a tal opinião, que preencherá a lacuna própria da norma.

Ao definir os requisitos necessários ao preenchimento do conceito segurança jurídica, Antonio-Enrique Perez Luño elenca a *lei manifesta* como uma garantia essencial à boa aplicação do direito, justificando-a nos seguintes termos:

Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL. **Código Penal e Constituição federal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 61 do anexo)

La claridad normativa requiere una tipificación unívoca de los supuestos de hecho que evite, en lo posible, el abuso de conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas. Con lo que se evita la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del Derecho.⁸⁹

Sobre a tipicidade aberta das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal como causadora de diversos problemas na jurisprudência que determina a pena-base, bem leciona Salo de Carvalho:

Na análise dos acórdãos foi possível perceber o emaranhado no qual estão inseridos os aplicadores do direito, perdidos em conceitos vagos, lacunosos, contradições legais e imprecisas fórmulas jurisprudenciais. A ausência de critérios que permita ao julgador realizar de forma razoável e proporcional a individualização da pena – como, *p. ex.*, para decifrar o significado das circunstâncias judiciais (...) – fomenta o descontrole neste momento crucial de incidência do sistema punitivo na sociedade, produzindo as inúmeras lesões nos direitos individuais expostas na análise da pesquisa empírica (...).⁹⁰

A dificuldade em estabelecer-se uma definição estanque para as referidas circunstâncias torna quase impossível sua refutação, prejudicando a defesa do acusado, uma vez que a conceituação vaga aceita qualquer argumento como idôneo a representá-la.

Das oito circunstâncias dispostas no artigo 59, muitas possuem significado tão próximo que se confundem, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Tem-se que, diversas vezes, é impossível desvinculá-las, principalmente quando se tratam de circunstâncias subjetivas, uma vez que, na maioria dos casos, não se podem separar os fatores dos dados inerentes ao caráter de um indivíduo.

Por exemplo, sabe-se que os motivos que levam ao cometimento de um determinado delito, bem como as relações sociais de um indivíduo em sua família, grupo de amigos e ambiente de trabalho, dizem respeito, possivelmente, a características de seu caráter, ou seja, à sua personalidade.

⁸⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridad Jurídica**. 2ª Ed. ver y atual. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1994. p. 33

⁹⁰ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.p. 269.

Ainda, na renomada doutrina penal brasileira, muitas vezes o jurista não consegue definir uma circunstância sem que, para tal, se utilize da nomenclatura de outra. Assim ocorre a Miguel Reale Júnior e outros, quando sustenta ser na culpabilidade nada mais que o resumo das demais circunstâncias subjetivas:

A culpabilidade é entendida em termos de *culpabilidade normativa*, ou seja, importando tanto no exame da reprovabilidade do ato como na do seu autor. (...) São, portanto, especificações do termo genérico “culpabilidade”, as indicações dos critérios: antecedentes, conduta social, personalidade, motivos.⁹¹

Na mesma questão incorre José Antônio Paganella Boschi, ao detalhar de que forma poderiam ser auferidos, a partir dos autos, os motivos de um delito:

Sobre a motivação, Freud relacionou-a à personalidade, e a psicanálise, no momento, vem procurando demonstrar que aos fatores externos que participam na formação da vontade criminosa se agregam as variáveis psíquicas, de tal modo que o comportamento criminoso pode ser a expressão objetiva do conjunto dos conflitos internos da pessoa.⁹²

No que tange à conduta social, esta se encontra definida em parte da doutrina com base nos mesmos elementos que os antecedentes criminais. Tratando-se a conduta social de valoração das relações do réu com a sociedade, estas não poderiam ser consideradas boas caso o acusado tenha no delito um hábito, do qual retira seu próprio sustento, causando danos recorrentes àqueles com quem convive, tratando-se por convivência, no presente caso, não apenas aquela que se dá no círculo social do condenado.

Esse é o entendimento do jurista Cezar Roberto Bitencourt:

No entanto, não se ignore que indivíduos com larguíssima folha de antecedentes, com dezenas de inquéritos policiais e processos criminais em curso, alguns deles inclusive prescritos, que fazem do crime um meio de vida, apresentam conduta socialmente inadequada. Inegavelmente esses aspectos podem ser valorados sob a epígrafe de conduta social, pois primariedade e bons

⁹¹ REALE JÚNIOR, Miguel e outros. **Penas e medidas de segurança no novo código**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 160

⁹² BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 210

antecedentes não podem ser invocados como alforria a quem vive do crime.⁹³

Nota-se que a imprecisão conceitual é tanta que acarreta um efeito ainda mais nocivo, conforme se depreende do parágrafo acima transcrito, que seria o uso dos mesmos elementos probatórios obtidos na instrução processual para proceder-se a valorações de diferentes circunstâncias judiciais, acarretando clara incidência de mecanismo proibido em sede de direito e processo penal, qual seja, o *bis in idem*.

Tal mecanismo, balizado em outros princípios imperativos na seara penal, encontra boa definição na obra de Paulo Queiroz:

Também em razão do princípio da proporcionalidade (e legalidade), é vedado *bis in idem*, isto é, dupla valoração do mesmo fato jurídico, de modo a recriminalizá-lo ou a agravar-lhe a pena duplamente. Semelhante princípio proíbe, portanto, a duplicidade de sanções para o mesmo sujeito, por um mesmo fato (...).⁹⁴

Cite-se, como exemplo mais claro do ocorrido, os antecedentes criminais, que muitas vezes acarretam um aumento triplo na pena-base, qual seja: nos próprios antecedentes criminais, na conduta social e na personalidade do agente. Ainda, cumpre referir que, em grande parte das ações penais, os antecedentes são desmembrados, valorizando-se também na agravante de reincidência.

A indefinição legislativa no que tange a quanto deve ser aumentada a sanção de acordo com cada circunstância judicial desfavorável trata-se de outra questão a ser debatida, eis que resulta em um poder incontrolável do magistrado em dosar tal quantia que, por regra meramente jurisprudencial, deverá ficar adstrita entre o mínimo previsto no tipo e o termo médio.

Assim, nota-se que a quantificação discricionária também leva a um problema no controle a ser realizado pelas partes, pois os parâmetros utilizados são absolutamente vagos, não passando de consensos jurisprudenciais, verdadeiras regras pretorianas não escritas, com imensa dificuldade de alegação e prova, sendo inegável o vazio legal aí existente.

⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, volume 1**. 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 579

⁹⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: parte geral**. 6 ed., rev. e ampliada, de acordo com a Lei n. 12015, de 07 de agosto de 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 58

Ademais, deve-se atentar ao problema do excesso de subjetivação nas referidas circunstâncias, dado em decorrência do objetivo de punir-se não só o fato cometido, mas também o autor, tendo em vista sua vida pregressa extra autos. Tal característica redonda em algumas circunstâncias de verdadeira impossibilidade de constatação e refutação pelas provas carreadas aos autos.

Cite-se, nessa seara, a polêmica circunstância personalidade, que exige do magistrado uma análise para a qual este não se encontra academicamente preparado. Trata-se de uma impossibilidade técnica, sabendo-se que aos próprios profissionais da saúde mental o conceito de personalidade carece de uma definição unívoca. E, tendo-se em vista a necessidade de fundamentação da pena determinada na sentença, de que irá tratar-se no último capítulo desse texto, não basta ao magistrado, com base em critérios vagos e imprecisos, fundamentar superficialmente o aumento da sanção efetuado. Pelo contrario, é necessário que o juiz cite qual método foi utilizado para proceder-se à valorização negativa da personalidade do réu, procedimento muitas vezes impossível aos próprios profissionais que trabalham com a psicologia, a assistência social e a psiquiatria de indivíduos presos e processados criminalmente. Assim conclui Salo de Carvalho:

Nota-se, dessa forma, que a noção de personalidade do acusado normalmente auferida pelos magistrados 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.⁹⁵

A impossível verificação fática e conceitual de algumas das circunstâncias elencadas no artigo 59 durante o trâmite de um processo penal resulta também no uso de significações de cunho majoritariamente moral em sua valoração, dando azo ao julgamento de condutas absolutamente desconexas ao fato que se está analisando no decorrer da instrução criminal, revelando velhos estigmas e preconceitos.

O procedimento para determinação da pena-base instituído na Reforma Penal de 1984, assumiu, segundo Miguel Reale Júnior e outros, tal característica, ou seja,

⁹⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 57

atribuir uma punição mais severa se ficar comprovado durante a instrução processual ser o réu pessoa de má índole, poucas relações sociais, etc.⁹⁶, sem necessidade, segundo o texto legal, de que se comprove se tais características influenciaram ou não na comissão do delito que gerou a instauração da ação penal.

Contudo, no entender de Salo de Carvalho, o que ocorre na realidade é a análise, pelo magistrado, da periculosidade do acusado, oculta por detrás da valoração de circunstâncias como personalidade e conduta social. Estas representariam um verdadeiro juízo sobre as atitudes futuras do réu, as quais não se podem auferir apenas analisando as provas carreadas aos autos, culminando em uma penalização pelo estigma de culpado criado com base na vida privada e social do acusado, pregressa ao fato julgado.⁹⁷ Ou seja, trata-se da punição do indivíduo pelo que é, e não pelo que fez.

Tais determinações legais, de cunho eminentemente moral, atentam frontalmente contra os princípios da secularização e da legalidade, possibilitando uma análise da vida privada e íntima do acusado, a qual não é o objetivo do processo criminal e da pena. Esta visa a retribuir, segundo o diploma penal em vigor, o mal feito pelo acusado, e não a promover um processo de higienização moral da sociedade.

Importante salientar o risco que tal procedimento de julgamento do autor em detrimento do fato acarreta em países como o Brasil, nos quais o sistema penal tem, muitas vezes, o condão de promover uma seleção social, retirando do convívio aqueles que não se adequaram às regras sociais e econômicas vigentes. Assim entende Eugênio Raúl Zaffaroni:

A perversão do discurso jurídico-penal faz com que se recuse, com horror, qualquer vinculação dos menores (especialmente os abandonados), dos doentes mentais, dos anciões e, inclusive, da própria prostituição com o discurso jurídico-penal, embora submetam-se todos esses grupos a institucionalização, aprisionamento e marcas estigmatizantes autorizadas ou prescritas

⁹⁶ REALE JÚNIOR, Miguel e outros. **Penas e medidas de segurança no novo código**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 161

⁹⁷ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 137

pela própria lei que são, num todo, semelhantes – e, frequentemente, piores do que as abrangidas pelo discurso jurídico-penal.⁹⁸

Exposto o problema na legislação, passa-se, no capítulo subsequente, a analisar o sistema construído por Luigi Ferrajoli, demonstrando se a atuação dos magistrados nacionais tornaria o sistema brasileiro legítimo sob o crivo da doutrina garantista.

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vania Romano Pedroso, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 22

3. ANÁLISE E CRÍTICA DO MODELO ATUAL SOB O VIÉS DA DOCTRINA GARANTISTA. O CONTROLE DA ARBITRARIEDADE.

3.1.A doutrina garantista pensada por Luigi Ferrajoli e o controle da arbitrariedade judicial

O sistema penal chamado garantista, pensado por Luigi Ferrajoli, concentra princípios iluministas e liberais de limitação do poder punitivo, e é instituído na idéia de que, quanto menor o controle do uso desse poder Estatal, maior será o abuso negativo que dele será feito.

O modelo, portanto, visa a assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, através da restrição do poder punitivo e da tutela do cidadão frente à arbitrariedade que provém do Estado. Os elementos que constituem a base do garantismo seriam a definição legislativa máxima, de forma a poder retirar-se o significado da norma estritamente do disposto na lei, e a comprovação jurisdicional do desvio punível, para que este possa ser empiricamente verificável, sendo possível à defesa a refutação de cada acusação formulada.⁹⁹

Para Luigi Ferrajoli, o direito penal deve ter incidência mínima na sociedade, legitimando-se como última forma de controle. Nesse sentido, delimita a escolha entre modelos de direito penal mínimo e de direito penal máximo pelo grau de certeza que cada um exige para proceder a uma condenação criminal, sendo o primeiro considerado o sistema de maior certeza e racionalidade, no qual os fatos de pressupostos incertos ou indeterminados são excluídos da tutela penal. Sobre o efeito gerado por cada modelo, apregoa o autor:

A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio *in dubio pro reo*. É o fim perseguido nos processos regulares e suas garantias. (...) A

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 30

certeza do direito penal máximo de que nenhum culpado fique impune se baseia, ao contrário oposto, mas igualmente subjetivo, do *in dúbio contra reum*. Indica uma aspiração autoritária.¹⁰⁰

A pena no direito penal mínimo garantista vem, portanto, cercada por princípios que determinam não só sua humanidade, mas também sua racionalidade, sendo esta última característica do utilitarismo reformado garantista, que renova aforismo iluminista, visando *além do máximo bem-estar possível dos não desviantes, também o mínimo mal-estar necessário dos desviantes*¹⁰¹. Assim, devendo o juiz guiar-se na adequação da sanção por tal aforismo, é possível que se vislumbre o garantismo como uma ideologia minimalista de redução das sanções penais.

Importante ressaltar um segundo sentido concedido à pena por Luigi Ferrajoli. Segundo o autor italiano, esta se justifica na medida em que se torna menos custosa ao apenado do que outras formas de sanções que ser-lhe-iam impostas pela sociedade. A pena assume então definitivamente um caráter de mal; contudo, um mal menor, analisando-se as hipóteses que tomariam parte em sua ausência. O direito penal substituiria a relação ofensor e vítima por uma relação trilateral, tendo no juiz interposto uma figura de imparcialidade e proporcionalidade. Assim explicita Salo de Carvalho:

Negando a tradição liberal anti-iluminista, o autor concebe o fim da pena não apenas como prevenção aos injustos delitos, mas principalmente como esquema normativo de prevenção da reação informal, selvagem, espontânea, arbitrária que a falta das penas poderia ensejar. Desde este ponto de vista, a pena apresentar-se-ia como guardião do direito do infrator em não ser punido senão (razoavelmente) pelo Estado, redimensionando a função do direito e do processo penal, não mais direcionado à tutela social, mas à proteção da pessoa que se encontra em situação de violência privada – momento de lesão interindividual – e/ou pública – plano institucional.¹⁰²

Logo, o direito penal e a pena garantista são antes meios de proporcionar segurança e direitos ao acusado do que de impor-lhe sofrimentos. A partir desse

¹⁰⁰FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 85

¹⁰¹FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 267 e 268

¹⁰²CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 149 e 150

pressuposto, passa-se a estudar as duas principais características do sistema garantista que dizem respeito ao tema tratado na presente monografia: a limitação do poder judicial e a necessária determinação das circunstâncias judiciais que agravam a pena, em vista da indispensável separação entre o direito e a moral.

3.1.1. A necessidade de limitação do poder judicial: legalidade e jurisdicionariedade estrita.

De tendência assumidamente liberal, a perspectiva de Luigi Ferrajoli sobre o poder é de extremo pessimismo, no sentido de que este sempre tende a manifestar-se de forma negativa. Segundo Salo de Carvalho: *“a concepção garantista heteropoiética (crítica) pressupõe o poder como ontologicamente perverso, tendente à constante violação dos direitos fundamentais”*.¹⁰³

De acordo com o autor citado, tal tendência comprova-se na prática, quando a existência de tipos penais abertos, como os constantes no artigo 59 do Código Penal, dão azo a um aumento nas sanções, demonstrando cabalmente que o controle da discricionariedade judicial é medida imperativa para que se possibilite uma pena justa, não se caracterizando como limite ou controle suficiente apenas o ato de motivação da dosimetria da pena:

Desde esta perspectiva, entende-se que a forma de diminuir punitivismo na atividade dos atores (administrativos e judiciais) do sistema punitivo passa, fundamentalmente, pelo estabelecimento de regras claras e precisas, diminuindo ao máximo os espaços de discricionariedade. No caso do estudo da aplicação da pena, possível perceber claramente como os tipos penais abertos são preenchidos pela lógica inquisitorial, motivo pelo qual a limitação da discricionariedade judicial é fundamental para a inversão do atual direcionamento hipercarcerizador.¹⁰⁴

Para Ferrajoli, a maneira de controlar a discricionariedade judicial seria o estabelecimento da legalidade e da jurisdicionariedade estrita.

¹⁰³ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.p. 112 e 113

¹⁰⁴ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 250

A primeira corresponde à técnica legislativa visando a excluir convenções penais que não se referem a fatos, mas a pessoas, pois possuem caráter constitutivo e não regulamentar, possibilitando a manifestação de pensamentos arbitrários e discriminatórios.¹⁰⁵

A segunda pressupõe a exigência de verificabilidade ou refutabilidade, bem como de comprovação empírica das hipóteses condenatórias¹⁰⁶, de modo que o juiz se mantenha adstrito às questões comprovadas na instrução processual, ou seja, que estejam corretamente documentadas nos autos.

Contudo, sabe-se haver impossibilidade prática de tornar o juiz adstrito ao disposto na legislação, eis que sempre haverá espaços de discricionariedade, tanto na interpretação da lei quanto na verificação prática da prova empírica. Tais espaços, segundo Luigi Ferrajoli, levarão o sistema à irracionalidade, devendo ser limitados ao extremo, para que vigore o sistema que preserva as garantias do réu.¹⁰⁷ Como já lecionava o precursor da teoria liberal iluminista Cesare Beccaria: *“nem mesmo a autoridade de interpretar as leis penais pode caber aos juízes criminais, pela própria razão de não serem eles legisladores”*.¹⁰⁸

O poder de disposição judicial é ilegítimo, segundo a doutrina garantista de Luigi Ferrajoli, devendo ser contido:

O poder de disposição é sempre o produto de carências ou imperfeições do sistema e como tal é patológico e está em contradição com a natureza da jurisdição. Seu exercício não pressupõe motivação cognitiva, mas apenas opções e/ou juízos de valor dos quais não é possível qualquer caracterização semântica, mas apenas caracterizações pragmáticas, ligadas à obrigação da decisão. (...) O poder judicial de disposição consiste precisamente nesta “autonomia” do juiz, chamado a integrar depois do fato o pressuposto legal com valorações ético-políticas de natureza discricionária.¹⁰⁹

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 31

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 32

¹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 33 e

34

¹⁰⁸ BECCARIA, Cesare. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira. **Dos delitos e das penas**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 45

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 134 a 137

A decisão judicial de caráter eminentemente político desnatura a sanção penal jurídica, erigindo o magistrado a uma função de defesa social e quebrando, por conseguinte, a imparcialidade possível deste. O modelo garantista busca a eliminar o caráter político da pena através do conceito de democracia substancial, que caracteriza uma tutela de direitos constitucionalmente consagrados, ainda que contrariamente à vontade da maioria e à própria lei infraconstitucional.¹¹⁰

Ao juiz garantista, pode-se concluir, corresponde o papel de, mediante estrita obediência ao disposto em lei e no processo composto por provas empiricamente comprováveis, determinar a sanção guiado pela perspectiva da pena como um mal menor, mas dosando-a tendo por base tratar-se esta, sobretudo, de um mal. Assim entende Zaffaroni, ao exemplificar as idéias do penalista italiano: “*Desta forma, o direito penal mínimo seria a lei do mais fraco. A pena seria justificada como um mal menor, devendo ser fixada sempre, a partir de um cálculo de custos: o custo do direito penal e o custo da anarquia punitiva*”.¹¹¹ Para Luigi Ferrajoli, a pena só se justifica se a medida do mal que causa for menor que a soma do mal referente ao delito e à vingança privada.

Aufere-se que o juiz de Luigi Ferrajoli não pode exercer função ligada à política e a defesa social, e sim emerge como defensor das garantias constitucionalmente consagradas ao acusado, no sentido de resguardá-las contra qualquer possibilidade de minimização, ainda que esta seja tutelada pela maioria:

En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamentos actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean – o precisamente porque son – poderes de mayoría.¹¹²

A atividade judicial, portanto, deve ser guiada por princípios de direito penal dispostos constitucionalmente visando a assegurar as garantias do réu e a tutelá-lo

¹¹⁰ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 150

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vania Romano Pedroso, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.p. 96

¹¹² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 26

contra arbitrariedades e abusos punitivos, sejam estes advindos do Estado ou da sociedade. Assim também entende Salo de Carvalho: “*Desta forma, o direito ganha potencia (instrumentalidade) na atuação contra os poderes, públicos ou privados, objetivando a tutela do pólo mais fraco*”.¹¹³

Delimitada a posição do juiz dentro do processo garantista e, principalmente, exposta sua função, passa-se a analisar o grau de irracionalidade que deve ser excluído da norma penal que dosa a sanção a ser aplicada.

3.1.2. A necessária separação entre direito e moral

No período anterior ao Iluminismo, prevalecia a ligação indissociável entre o direito penal e as crenças teológicas, associando-se o delito ao pecado e a fé como possibilidade de salvação, excluindo-se a racionalidade do processo e da imposição da pena. Sobre a fusão entre direito e moral, bem expõe Salo de Carvalho:

A fusão entre moral e direito na esfera penal, presente no modelo jusnaturalista teleológico, abriu campo para a intervenção jurídica na esfera do pensamento, criminalizando e punindo indivíduos por convicções, idéias, pensamentos e opções pessoais.¹¹⁴

É com a chamada secularização do direito penal, dada com a superveniência do antropocentrismo e do contratualismo hobbesiano, que ocorre a separação da idéia de delinquente da de pecador. São a concepção laica do direito e a idéia do homem racional que redundarão, posteriormente, na universalização dos direitos humanos.

Preleciona Raúl Cervini que, em que pese a avaliação moral possa fazer parte da base normativa da lei penal, não pode ser seu princípio legitimador único e exclusivo, como o era no período teocrático, devendo sim fundamentá-la juntamente com outros fatores do universo cultural.¹¹⁵ Com visão mais radical, refere Luigi Ferrajoli que somente por convenção jurídica como ato lesivo a terceiro algo pode

¹¹³ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 151

¹¹⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7 e 8

¹¹⁵ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2 ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2002. p. 206

ser considerado penalmente punível, e não pela sua anormalidade ou imoralidade¹¹⁶.

A separação entre o direito penal e a religião ou, genericamente, entre o direito e a moral, proíbe que o juízo recaia sobre a personalidade do acusado, e sim sobre os fatos penalmente proibidos, conforme legislação vigente; fatos estes, aliás, que são empiricamente comprováveis e que admitem a refutação defensiva.

Como característica de modelos autoritários, Luigi Ferrajoli elege as figuras que define como seguidoras do substancialismo penal:

A técnica mais difundida é a previsão de figuras de delito elásticas e indeterminadas, idôneas a conotar, em termos vagos ou valorativos, modelos globais de desvio – como a obscenidade, o desacato, a propaganda ou a associação subversiva (...) mas há ainda formas mais radicais de desvalorização do papel definidor da lei que desembocam em uma dissolução do próprio comportamento criminoso como pressuposto da pena, até identificar, além daquele, o tipo de sujeito ou de autor como delinqüente, a partir de um ponto de vista ético, naturalista ou social e, em todo caso, ontológico.¹¹⁷

O que fundamenta o referido substancialismo seria, segundo Luigi Ferrajoli, uma pretensão de verdade, com a conotação de imoralidade, e não a autoridade da lei, que passa extrair sua validade devido a um conteúdo relacionado a premissas morais e comportamentais.

As teorias modernas de defesa social e tipos do autor retomam, segundo leciona o penalista italiano, a ideologia inquisitiva, onde vigoravam os julgamentos decisionistas com predominância de conceitos morais abstratamente considerados. O direito penal garantista deverá incidir apenas quando há lesão a direitos de terceiros, e não como forma de moralizar a sociedade. Para tanto, essencial que o magistrado, ao julgar o acusado e atribuir-lhe a sanção, se atenha aos elementos constantes no processo que se relacionam com o fato cometido ao arrepio da norma tipificadora.

O procedimento de análise moral do acusado redundará em uma punibilidade do indivíduo pelo que este é, e não pelo fato cometido, o que acarreta efeitos

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 33

¹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 35 e 36

perversos em uma sociedade de prementes desigualdades sociais, como a brasileira. Ademais, as normas de cunho eminentemente morais são de impossível refutação empírica, lesando irremediavelmente o princípio da ampla defesa e do contraditório, uma vez que acabam por ser preenchidas com premissas subjetivas.

A refutabilidade processual é característica de extrema necessidade para a viabilidade de um sistema processual penal probatório que conserve os princípios do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho define a atuação eficaz das partes em juízo como inerente ao contraditório: *“É forçoso reconhecer que, por tal princípio, reflete-se um dever ser que reclama (exige) a dialética de um processo de partes, ou seja, o diálogo entre a acusação e a defesa, perante um juiz imparcial”*.¹¹⁸

Consolidando-se o que Luigi Ferrajoli chama de tipos penais do autor, o procedimento processual que foge ao método e à cientificidade dá lugar a impressões pessoais, subjetivismos, preconceitos e demais irracionalidades, afastando-se da teoria objetivista da prova penal e aproximando-se do modelo intuitivo consolidado no sistema inquisitório. Se já se considera impossível a prova de um “não-fazer”, tanto pior se torna provar um “não-ser”.

Assim preleciona Luigi Ferrajoli, sobre o modelo processual probatório que deve predominar no sistema garantista:

Daí deriva um modelo teórico e normativo do processo penal como processo de cognição ou de comprovação, onde a determinação do fato configurado na lei como delito tem caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou predominantemente, afirmações ou negações – de fato ou de direito – das quais sejam predicáveis a verdade ou a falsidade processual (...).¹¹⁹

No que tange ao artigo 59 do Código Penal, tal espécie de norma de cunho eminentemente moral pode ser vislumbrada nas circunstâncias conduta social e personalidade, que permitem a análise de elementos referentes ao agente absolutamente desconexos do fato analisado no processo, culminando em

¹¹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 163-198. p. 187

¹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 32

verdadeira “previsão sobre futuras possibilidades de reiteração delituosa”. Assim entende Salo de Carvalho:

A periculosidade, encoberta na aplicação judicial pelos termos personalidade e conduta social, representa nada além de juízo futuro e incerto sobre condutas de impossível determinação probabilística, aplicada à pessoa rotulada como perversa, com base em uma questionável avaliação sobre suas condições morais e sua vida pregressa.¹²⁰

Para fundamentar tais figuras, segundo Luigi Ferrajoli, como o juízo de periculosidade, o magistrado “*não pode deixar de fazer referência a elementos substancialistas, de caráter moral ou social, ou natural, não identificáveis em bases legais, e desta feita legítimas somente do prisma externo, ainda que em violação da garantia da estrita legalidade*”.¹²¹ Assim, a garantia da motivação das decisões, eis que a decisão é baseada em elementos subjetivos, não proporciona qualquer margem de segurança jurídica.

Ainda, admitindo-se a importância da definição da finalidade da pena para o procedimento de sua adequação judicial, vale referir que a utilização de critérios morais, segundo a teoria garantista, também não pode dar-se no que tange aos fins da sanção. Preleciona Luigi Ferrajoli: “*Assim como a previsão legal e a aplicação judiciária da pena não devem servir nem para sancionar nem para individualizar a imoralidade, também sua execução não deve tender à transformação moral do condenado*”.¹²²

Desta forma, não podem vigorar, conforme a lição garantista, o intento ressocializador da sanção, eis que interfere na íntima vontade do condenado. Tal intento transformaria o apenado em objeto, e não sujeito da sanção penal, segundo Alessandro Baratta:

El segundo orden de consideraciones está relacionado con el concepto jurídico de reintegración social del detenido. No solo no existen oportunidades de éxito sino que ni siquiera una legitimación jurídica para una obra de tratamiento, de resocialización jurídica

¹²⁰ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 137

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 174 e 174

¹²² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 179

concebida como manipulación del sujeto detenido; en una visión como ésta, el detenido no es sujeto sino objeto de la acción de instancias externas a él, a las cuales es sometido.¹²³

Assim também entende Raúl Cervini, no sentido de que a ressocialização sem a participação volitiva do condenado, ainda mais esta se dando através da prisão, meio absolutamente impróprio e ineficaz para tal fim, não encontra legitimidade:

Não é só a indeterminação do termo que se pode criticar, mas a própria idéia de ressocialização. (...) Tampouco as normas sociais podem determinar unilateralmente o processo interativo, sem contar com a vontade do indivíduo afetado por esse processo, pois as normas sociais não são algo imutável e permanente, mas o resultado de uma correlação de forças submetidas a influências que mudam.¹²⁴

Desta forma, conclui-se que, pelas idéias de Luigi Ferrajoli, a permanência de algumas das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal brasileiro, bem como o fim ressocializador elencado na lei de execuções penais como aquele a ser buscado na imposição da sanção privativa de liberdade, não se legitimariam sob o viés garantista.

Ambos acarretariam arbitrariedade judicial intolerável diante da impossibilidade de sua comprovação empírica, uma vez que se baseiam em premissas subjetivas, morais e ideológicas, facilmente preenchidas por elementos inerentes às crenças pessoais do magistrado e desvinculadas dos fatos objeto do processo penal, desrespeitando a legalidade e a jurisdicionabilidade estritas.

3.2.A atuação judicial frente aos problemas na determinação da pena-base no Brasil e suas formas de controle

Exposto o sistema de dosimetria da pena-base utilizado no Brasil atualmente e seus problemas, bem como o modelo construído por Luigi Ferrajoli que propõe a

¹²³ BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal: Compilación in memoriam**. Montevideo - Buenos Aires: B de F Ltda, 2006. p. 381

¹²⁴ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2 ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2002. p. 40

limitação da atuação dos magistrados penais, necessário que se analise qual o papel exercido pelos juízes brasileiros diante do texto legal vigente.

O consolidado modelo de individualização máxima da sanção penal, através da concessão de amplos poderes ao magistrado para que este analise as circunstâncias elencadas no artigo 59 do Código Penal, começa a apresentar resultado diverso do almejado.

Indispensável que, no presente momento, seja feita a análise crítica do modelo construído no Código Penal pátrio, no que tange à primeira fase da dosimetria penal. Pretende-se, desse modo, constatar quais são as falhas que acarretam os efeitos perversos relatados no presente trabalho, questionando-se se tais falhas podem ser repensadas sobre o viés da redução da discricionariedade judicial na determinação da pena-base.

Salienta-se que as críticas debatidas têm por base a doutrina do garantismo penal já exposta, que coloca novamente em questão o problema da amplitude dos poderes judiciais e da dificuldade de controle gerada em consequência dessa amplitude.

Analisemos as questões atinentes à atividade judicial incidente sobre a lei, finalizando com a exposição das duas formas de controle dessa atividade existentes na legislação.

3.2.1. A atuação judicial diante das lacunas legislativas na dosimetria da pena-base brasileira: a arbitrariedade e a imparcialidade possível

Em pesquisa jurisprudencial realizada no ano de 2008, o professor Salo de Carvalho traz algumas questões referentes à postura judicial adotada diante de uma legislação penal aberta, e algumas consequências nocivas decorrentes de tal atuação. Como diagnóstico preliminar, a pesquisa trouxe as seguintes dificuldades enfrentadas pelo poder judiciário no que tange à pena-base: dificuldade em definir claramente o conceito das circunstâncias, dificuldade em diferenciar seu conteúdo dos elementos do tipo, dificuldade em diferenciá-las das agravantes e atenuantes, dificuldade em diferir os argumentos próprios da condenação e o grau de reprovabilidade da conduta, dificuldade em vinculá-las às provas obtidas na

instrução processual e dificuldade em quantificar o peso de cada uma delas na dosimetria.¹²⁵

Como causa desses problemas, Salo de Carvalho aponta a disparidade temporal entre a parte geral do Código Penal, reformada em 1984, e a parte especial, que sofreu modificações parciais e disformes a contar de 1940, permanecendo grande parte ainda das disposições originais. Contudo, como uma das causas e, sabe-se, a principal, aponta o referido professor:

Como quarto problema, enfatiza-se o emprego, desde o ponto de vista legislativo, de estruturas normativas vagas, imprecisas, sem definição semântica, de difícil apreensão empírica e de tipos penais conceituais ou abertos. O emprego de circunstâncias com estas características aumenta de forma superlativa as possibilidades de equívocos interpretativos e, em última análise, a abertura dos espaços de discricionariedade judicial aproxima, quando não ultrapassa, o arbítrio.¹²⁶

Como resultado do acima exposto, conclui-se que ocorre a violação de garantias processuais e penais constantes na Constituição Federal como: violação do princípio da motivação mínima das decisões, violação do princípio do *ne bis in idem*, violação do princípio do contraditório, violação do princípio da legalidade, violação do princípio da livre apreciação da prova, violação do princípio da isonomia e violação do princípio da secularização.¹²⁷

Analisando-se a pesquisa acima citada, que perpassou as três fases da dosimetria da pena, é possível notar-se que é na pena-base que residem as maiores dificuldades judiciais, uma vez que nela se encontram a maior parte das figuras abertas, que acabam sendo preenchidas com potencialização do punitivismo Estatal.

Para possibilitar o alcance de problemas mais específicos, bem como para poder debatê-los mais claramente *a posteriori*, a pesquisa deu-se com a divisão das circunstâncias em três grupos: a) culpabilidade, b) personalidade e conduta social e c) circunstâncias, consequências e motivos do crime.

¹²⁵ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.p. 166

¹²⁶ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.p. 167

¹²⁷ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.p. 168

O primeiro problema verificado foi a violação do *ne bis in idem* em três esferas: com a duplicação do efeito das circunstâncias - utilizando os mesmos elementos dos autos para caracterizar duas circunstâncias diversas -, com a dupla valoração de um mesmo fato nos autos como circunstância e agravante ou como circunstância e majorante, e com a confusão entre circunstâncias judiciais e àquelas elementares do tipo penal¹²⁸.

O segundo problema constatado diz respeito à ausência de definição estanque para a circunstância culpabilidade, que ao longo das decisões avaliadas recebeu diversas conceituações e justificou aumentos de pena embasada em elementos distintos e dissonantes nos autos. Sobre essa questão, leia-se a conclusão de Salo de Carvalho:

A ausência de critérios precisos para valorar a categoria culpabilidade gera inúmeros vícios (lacunas, contradições, imprecisões, confusões conceituais), dentre os quais valorações de *modus operandi* do delito, *iter crime*, reprovabilidade intrínseca à conduta, coautoria, dolo, bem jurídico, fim econômico, expressividade da lesão, grau de instrução e atividade profissional, respectivamente. Na maioria dos casos há fundamentação da culpabilidade com elementos diretamente vinculados à tipicidade (elementares).¹²⁹

O terceiro problema aventado é a volatilidade dos conceitos de personalidade e conduta social que, ao contrário da culpabilidade, não possuem definição sequer doutrinária, deixando espaços abertos para que os juízes os preencham com impressões pessoais de cunho moral e ético, desvinculada da situação em análise.

Assim, da pesquisa realizada, que na presente monografia analisa-se apenas sob o viés da atuação judicial sobre a determinação pena-base - adotando-se como causa a legislação atual, na qual culminou o processo lento e gradual de redução das chamadas fórmulas fixas na dosimetria da pena -, cite-se a conclusão obtida por Salo de Carvalho, que lança mão da doutrina de Luigi Ferrajoli para medir a ilegitimidade do sistema proposto:

¹²⁸ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.p. 172

¹²⁹ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.p. 181

Os efeitos perversos produzidos pelos atores, ao desnaturalizar normas que ampliam liberdade através de interpretações punitivistas, caracterizam, em realidade, processos hermenêuticos de inversão ideológica no sentido garantista de determinados estatutos, expondo, em toda sua extensão, a *forma mentis* inquisitória, que caracteriza a postura dos operadores do direito.¹³⁰

Tendo-se em vista as questões aqui expostas, a nova problemática que se impõe requer uma forma de controle, pelas partes, da vinculação mínima que as decisões judiciais precisam possuir de modo a manter sua legitimidade.

A dúvida entre a concessão de poder discricionário ao magistrado, para que este opere a individualização da pena, ou o engessamento das sanções, sendo a margem de individualização viável realizada pelo próprio legislador, de modo a evitar-se o arbítrio, conforme já demonstrado, percorre grande parte das variações ocorridas nas leis penais brasileiras que se sucederam desde a independência do país, permanecendo hoje com a consolidação da individualização máxima.

Sergio Salomão Schecaira e Alceu Correa Junior expõem que há partidários na doutrina pátria em determinar-se que a individualização da pena ocorra tanto na fase legislativa quanto na fase judicial; contudo, esta última constituiria seu *habitat natural*, na qual o magistrado adequaria a pena abstratamente prescrita com base nas condições subjetivas do indivíduo julgado¹³¹.

É essencial para que o magistrado proceda a uma correta dosimetria que este vislumbre a pena como medida necessária e suficiente para atender às finalidades que devem se encontrar delimitadas na legislação e na política criminal vigentes. Para tanto, o magistrado deve ser também um instrumento que viabilize as práticas penais determinadas pela lei.

De tal assertiva, conclui-se que o magistrado é figura essencial ao bom desenvolvimento de políticas criminais e da justiça penal. É, por conseguinte, fator determinante para que se atinjam os objetivos propostos na aplicação da sanção que a mentalidade dos operadores e aplicadores do direito se atualize de acordo com a finalidade dos programas penais, sob pena de tornar-se impossível sua consecução.

¹³⁰ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 237

¹³¹ CORREA JR., Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição: aspectos relevantes para sua determinação e execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 53

Em tipos penais abertos, como os que constam no artigo 59, ainda mais importante que se atine à mentalidade do magistrado, eis que esta inevitavelmente se refletirá no julgado, principalmente na dosimetria da sanção, momento de inegável manifestação do poder punitivo Estatal em detrimento do cidadão. Assim entende Salo de Carvalho:

(...) qualquer proposta político-criminal, de natureza garantista ou inquisitiva, não subsiste sem a concretização dos seus postulados pelos atores judiciais. A atuação da Magistratura, na resistência ou na adesão aos discursos punitivistas, será, portanto, fundamental para diagnosticar o estado da arte político-criminal. Outrossim, dentre os inúmeros momentos de intervenção judicial que possibilitem estabelecer filtros ao punitivismo, a aplicação da pena, como etapa final da sentença penal condenatória, tem destacado papel.¹³²

Pode-se verificar, do até agora exposto, que os espaços lacunares na norma penal tendem a ser preenchidos com pensamentos punitivistas e eminentemente moralistas, prejudicando a situação do acusado e denunciando a mentalidade predominante na magistratura brasileira. Os espaços ambíguos das normas, que deveriam ser focados com conduta parcimoniosa por possuírem conceituações porosas e voláteis, são, ao contrário, momentos de maior manifestação do poder punitivo Estatal.

Tal se deve, em grande parte, pela formação atual dos juristas brasileiros, voltados a uma idéia de segurança social e tendo no magistrado um responsável por proporcionar essa segurança e esse ideal de justiça no caso concreto, o que prejudica sua imparcialidade, ferindo o âmago do sistema acusatório. Nesse sentido preleciona Geraldo Prado:

Como nas linhas antecedentes ficou registrado, a função predominante do processo inquisitório consiste na realização do direito penal material. O poder de punir do Estado (ou de quem exerça o poder concretamente) é o dado central, o objetivo primordial. No sistema inquisitório, portanto, os atos atribuídos ao juiz devem ser compatíveis com o citado objetivo. Em linguagem

¹³² CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 115

contemporânea equivale a dizer que o juiz cumpre função de segurança pública no exercício do magistério penal.¹³³

A acusação deveria, portanto, na vigência do sistema processual penal atual, restringir-se ao representante do Ministério Público, que simboliza a parte oposta ao advogado de defesa. A busca pela segurança social poderia ser função dos membros do poder executivo, da polícia ou dos integrantes do órgão da acusação; porém, jamais do magistrado que atua na esfera penal. No processo, cabe ao promotor ser parcial, ainda que de forma desinteressada, conforme bem entende o processualista italiano Piero Calamandrei:

Così nem processo penale, dove l'interesse di parte si sarebbe appagato di um avvocato solo, lo Stato há sentito la necessita, nell'interesse publico, di mettercene due; per contrapporre Allá naturale parzialità del difensore uma specie di parzialità artificiale, destinata ad alimentare disinteressatamente la polemica, di cui Il giudice ha bisogno per sentirsene al disopra.¹³⁴

Portanto, em que pese não se esteja negando a importância do processo de individualização da pena, certo é que este, tendo-se em vista a mentalidade dos operadores do direito nacionais e nos moldes como se encontra determinado pela legislação penal brasileira - que concede parcela demasiadamente acentuada de poder discricionário ao magistrado, dificultando o controle devido a pouca vinculação legislativa -, possibilita que tal poder se permute, muitas vezes, em verdadeiro arbítrio. A motivação da sentença como única forma de controle não parece suprir tal função, uma vez que não possui sequer requisitos mínimos previstos em lei.

Inegável que as normas demasiadamente abertas permitem que o magistrado as preencha, ainda que inconscientemente, com grande carga de suas próprias convicções pessoais, uma vez que as provas carreadas aos autos não são bastantes para que se verifique, por exemplo, o grau de deturpação existente na personalidade do acusado. Se tais convicções forem de condão punitivista, o prejuízo ao acusado é inestimável e, também, difícil de ser contido.

¹³³ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 105

¹³⁴ CALAMANDREI, Piero. **Elogio dei giudici scritto da um avvocato**. Firenze: Le Monnier, 1959. p. 123

A imparcialidade total não pode ser almejada, eis que se limita na inerente condição de ser humano do magistrado. Assim entende Francesco Carnelutti: “*A justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não pode senão resolver-se na sua parcialidade. Tudo aquilo que se pode fazer é buscar diminuir esta parcialidade*”.¹³⁵

Há que se pretender, portanto, na esteira dos ensinamentos do autor italiano, atingir-se o grau de imparcialidade possível, de modo a alcançar a aproximação máxima do modelo acusatório. Tal imparcialidade, contudo, não se restringe às hipóteses de impedimento e suspeição previstas no Código de processo penal, devendo ser também uma imparcialidade intelectual. Nesse sentido dispõe Geraldo Prado:

Não basta somente assegurar a aparência de isenção dos juízes que julgam as causas penais. Mais do que isso, é necessário garantir que, independentemente da integridade pessoal e intelectual do magistrado, sua apreciação não esteja em concreto comprometida em virtude de algum juízo apriorístico. (...) A confiabilidade das partes na isenção do juiz emerge como condição de validade jurídica dos atos jurisdicionais. Ausente tal requisito estaremos diante de atos absolutamente nulos.¹³⁶

No entanto, sabe-se que o controle da imparcialidade intelectual do magistrado, nos moldes da legislação nacional vigente, é absolutamente irrealizável.

Importante salientar também que se deixar para o juiz a tarefa de determinar a sanção sem qualquer vinculação à norma tratar-se-ia de clara desobediência ao princípio da legalidade. Este deve ser entendido sobre o aspecto da necessária determinação taxativa que, no entender de José Antônio Paganella Boschi, diz respeito à obrigatoriedade do legislador de estabelecer premissas tão certas e precisas quanto possível, de modo a não permitir, pelo uso de expressões ambíguas, vagas ou equívocas, que se multipliquem os entendimentos diversos e contraditórios.¹³⁷

¹³⁵ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução da edição de 1957, publicada pela Edizioni Radio Italiana. Campinas: Conan, 1995. p. 34

¹³⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 110 e 111.

¹³⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 57

Conforme entende Anabela Rodrigues, para que tal princípio seja respeitado, há que se tratar a dosimetria não como uma questão de discricionariedade livre, e sim de discricionariedade vinculada a limites presentes na legislação¹³⁸. Segundo a autora, *“na falta de disposições legais em que possa apoiar-se, só raramente a prática consegue enveredar pelo rumo acertado”*.¹³⁹

Ainda, refere a autora portuguesa que se eliminar a irracionalidade da atividade judicial é medida impossível, sem ser, contudo, absolutamente prejudicial, uma vez que tal fator se encontra presente em várias formas de manifestação do direito na sociedade que não são, por isso, ilegítimas. Conforme a autora *“só a quem seja capaz de acreditar na racionalização sem resquícios de todos os fenômenos da vida e, por aqui, no afastamento definitivo da personalidade criadora poderá isto aparecer, contudo, como um resíduo incómodo”*.¹⁴⁰

O grau da referida irracionalidade deverá ser controlado, assim, pela vinculação normativa estanque no processo de dosimetria, que deverá levar o magistrado a encontrar uma pena correta dentre as várias, e não a simplesmente escolher uma pena possível. Tal procedimento regrado, guiado pela finalidade a ser alcançada com a imposição da pena, seria o que possibilitaria o controle das referidas decisões. Assim conclui a autora:

É, assim, a própria dogmática da determinação da pena com as suas construções a pôr como condição do seu labor que o procedimento de fixação da sua medida seja atravessado por claras regras jurídicas. A vinculação à lei do juiz no âmbito da valoração é, pois, incompatível com a possibilidade de uma multiplicidade de quantidades de pena poderem ser consideradas equivalentes no caso concreto. Ela significa a existência de um complexo normativo objectivo que actua como fundamento das decisões concretas e oferece a possibilidade prática de controlo dessas mesmas decisões, dada a exclusão de arbítrio e a objetividade que lhes preside.¹⁴¹

¹³⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995. p. 74

¹³⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995. p. 80

¹⁴⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995. p. 97

¹⁴¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995. p. 95-96

A indicação das circunstâncias que foram decisivas para o aumento da pena e a possibilidade de controle da fundamentação da pena sob a via recursal, segundo a autora, também acarretariam maior possibilidade de controle e redução do arbítrio, respectivamente¹⁴².

3.2.2. As formas de controle presentes na legislação penal brasileira

Por derradeiro, analisa-se as formas de controle da atuação judicial presentes na legislação penal brasileira, ainda que se tenha deixado claro, nos parágrafos antecedentes, que estas nem sempre se tem mostrado ideais a essa função.

Conforme disposto no artigo 59 do Código Penal, a pena deverá ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, deixando-se clara a necessidade de que, em sua dosimetria, sejam alcançadas essas finalidades. Parte-se desse pressuposto para que se considere a finalidade da pena como uma forma de controle da atividade judicial, uma vez que, ao quantificar a sanção, o magistrado deve ter em vista os objetivos que esta almeja concretizar.

Em um outro viés, conforme garantia constitucional e processual penal, a motivação das decisões judiciais, de forma a tornar possível o conhecimento, pelas partes, do embasamento que condicionou o magistrado em sua sentença, é forma de controlar a legitimidade da decisão, tornando viável sua impugnação recursal.

É, portanto, nesses dois elementos que se centra, no presente trabalho, a exposição das formas de controle da atuação judicial na dosimetria da pena legalmente previstas.

3.2.2.1. A finalidade da pena: necessidade de uma definição

Essencial que o fim da pena sirva como guia na atividade de dosá-la, pois se sabe que tanto a pena insuficiente quanto a pena abusiva não permitem que o fim da sanção se concretize.

¹⁴² RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995. p. 103 a 106

Nesse sentido, tem-se que a finalidade da pena no Brasil, atualmente, divide-se em retributiva, segundo o Código Penal hodierno, e ressocializadora, conforme dispõe a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210). Importante frisar que o texto constitucional, em que pese tenha determinado objetivamente que ao delito corresponderá a pena legalmente cominada, negou-se a promover o debate sobre os motivos dessa imposição.

As duas correntes expostas na legislação brasileira, quais sejam, retributiva e ressocializadora, são, sem sombra de dúvida, as quais dividem a grande maioria dos juristas que se debruçam sobre a questão. Resumindo-se de maneira genérica a complexidade do problema ora exposto, cite-se os ensinamentos do autor português Jorge de Figueiredo Dias:

As respostas dadas ao longo de muitos séculos ao problema dos fins da pena – seja pela ciência do direito penal, seja pela teoria do Estado ou pela própria filosofia – reconduzem-se a duas (rectior, a três) teorias fundamentais: as teorias absolutas, de um lado, ligadas essencialmente às doutrinas da retribuição ou da expiação; as teorias relativas, de outro lado, que se analisam em dois grupos de doutrinas: as doutrinas da prevenção geral, de uma parte, as doutrinas da prevenção especial ou individual, de outra parte. Toda a interminável querela à roda dos fins das penas é reconduzível a uma destas posições ou a uma das múltiplas variantes através das quais se tem tentado a sua combinação.¹⁴³

Sobre a dupla função da pena, preleciona também Francesco Carnelutti:

Exatamente porque os delitos perturbam a ordem e a sociedade necessita de ordem, ao delito se deve seguir a pena, para que as pessoas se abstenham de cometer outros delitos e a mesma pessoa que o cometeu possa recuperar sua liberdade, que é o domínio de si mesmo, e com ela a capacidade de reprimir as tentações, que, infelizmente, nos espreitam continuamente ao longo do nosso caminho.¹⁴⁴

Para tanto, destaque-se que a fluidez que sempre existiu na lei brasileira sobre a definição dessa finalidade constitui outro obstáculo à correta dosimetria e a

¹⁴³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: parte geral: tomo 1: questões fundamentais e doutrina geral do crime**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais; Coimbra Editora, 2007. p. 44

¹⁴⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001. p. 17

sua possibilidade de verificação. Sobre a essencialidade da definição de finalidade da pena para que haja uma dosimetria justa, disserta Anabela Rodrigues:

E apenas a partir de meados dos anos sessenta que, em Itália, uma parte da doutrina inicia uma reflexão crítica sobre as carências da disciplina da determinação da pena contida no Código, lamentando, pela primeira vez, o silêncio do artigo 133, a propósito das finalidades da pena, ponto de partida indispensável para uma racional actividade do juiz de medição da pena, no que isso conleva de vinculação a critérios legais que previamente lhe são fornecidos.¹⁴⁵

Contudo, um ponto é indiscutível. Antes das finalidades infraconstitucionais acima expostas, importante ressaltar que, como limite absoluto da sanção, deve encontrar-se o consolidado princípio da humanidade das penas, pensado pela primeira vez na obra de Cesare Beccaria. Tal princípio é essencial para que se preservem os direitos humanos daqueles que deverão cumprir as sanções. Sobre o referido princípio, cite-se José Antônio Paganella Boschi, que propõe:

Um direito penal de humanidade é o que propõe este princípio de nítida origem iluminista, nele se expressando, simbolicamente, a máxima oposição às penas de morte e cruéis, à barbárie das fogueiras, das acusações infundadas, das provas ilegais, enfim, da caça às bruxas, embora continue sendo eloqüentemente desrespeitado nos mais diversos recantos do planeta.¹⁴⁶

Assim prossegue o já citado Jorge de Figueiredo Dias, sobre a prevalência do respeito à dignidade humana, independentemente do fim determinado para a sanção, como baliza para a definição dos métodos de aplicação da pena:

A questão da preservação da dignidade da pessoa é por isso, em definitivo, estranha à questão das finalidades da pena e deve ser resolvida independentemente dela. Problema é saber se não a pena, mas a sua aplicação não deve fazer-se em termos que respeitem aquela intocável dignidade; e aqui a resposta não pode ser senão afirmativa. Esse é porém um problema que contende já não com os fins das penas, mas com os limites que, sejam quais forem aqueles

¹⁴⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995. p. 76

¹⁴⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 51

fins, à pena têm necessariamente de ser postos pelas condições da sua aplicação.¹⁴⁷

A limitação referente à humanidade da pena, bem como aos demais princípios que devem guiar – e limitar – o magistrado na função de dosar a sanção, como a proporcionalidade, a igualdade, etc., encontram-se positivados na Constituição brasileira, que os erige, em sua maioria, à hierarquia de cláusulas pétreas. Nesse sentido preleciona Miguel Reale Júnior, ao tratar do necessário embasamento constitucional ao poder-dever punitivo do Estado:

Defluem, portanto, do texto constitucional princípios fundamentais do Direito Penal, sendo o primeiro e básico o da dignidade da pessoa humana, do que decorre a proibição de penas cruéis ou o desrespeito à integridade física e moral do preso e do condenado, as penas de caráter perpétuo, a pena de morte.¹⁴⁸

Assim, em se sabendo ser o delito uma manifestação típica do ser humano, existente em todos os períodos históricos conhecidos, como bem define José Henrique Pierangeli: “*A realidade inafastável é que o crime é um fenômeno social, que não pode ser desvinculado da sociedade*”¹⁴⁹, resta ao magistrado que atua em matéria penal encontrar uma maneira de dosar a pena guiando-se pela meta de fazê-la cumprir com suas finalidades humanitárias constitucionalmente asseguradas.

Registre-se, no entanto, que de vital importância seria ao procedimento de dosimetria se a finalidade direta da pena encontrasse definição explícita, estanque e convergente nas leis constitucionais e infraconstitucionais que versam sobre matéria penal.

3.2.2.2. O dever de motivar como única forma de controle do decisionismo judicial.

¹⁴⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: parte geral: tomo 1: questões fundamentais e doutrina geral do crime**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais; Coimbra Editora, 2007. p. 50

¹⁴⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 27

¹⁴⁹ PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 89

Após a demonstração de fragilidade doutrinária atinente às circunstâncias judiciais, sua conceituação, comprovação e graduação na dosimetria penal, indispensável que se encontre um meio na legislação vigente que possibilite um mínimo de vinculação na atividade discricionária do juiz para graduar a pena-base. Esse meio é, sem dúvida, a motivação das decisões penais.

Importante referir que, com base nos elementos do artigo 59, a atuação judicial que determina a pena também é atinente à questão probatória, eis que se necessita analisar as circunstâncias com base nos elementos presentes nos autos não definidos em lei. Nessa seara, vigora o princípio da livre apreciação da prova, disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal, o qual novamente concede grande amplitude à atuação judicial, dificultando o controle desta pelas partes. É com base nessa determinação que se afastam as provas tarifadas, como já referido, inerentes ao sistema inquisitivo, e também é nessa senda que se torna essencial a motivação das decisões que concernem às provas, nas quais se inclui a decisão que dosa a sanção. Ou seja, vigora a livre apreciação motivada. Sobre o princípio do livre convencimento, bem leciona Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

O valor das provas é atribuído livremente pelo juiz, a partir de sua convicção pessoal, porque não há como ser diferente, na estrutura atual do processo, mas todas as decisões devem ser fundamentadas: trata-se do princípio do livre conhecimento ou da convicção racional.¹⁵⁰

A motivação é essencial não apenas para se ter ciência de quais elementos levaram o magistrado ao juízo de certeza sobre a culpa do acusado, de modo a circunscrever nesse ponto o recurso defensivo. Também é com base na fundamentação da sentença que se pode auferir qualquer erro cometido pelo magistrado na definição ou valoração de um dado elemento probatório, podendo-se dele apelar especificamente. Sobre a importância da motivação para a percepção de eventual erro judicial, bem explicita o processualista italiano Piero Calamandrei:

¹⁵⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 163-198. p. 197

La motivazione delle sentenze è certamente una grande garanzia di giustizia, quando riesce a riprodurre esattamente, come in uno schizzo topográfico, l'itinerario lógico che Il giudice ha percorso per arrivare alla sua conclusione: in tal caso, se la conclusione è sbagliata, si può facilmente rintracciare, attraverso la motivazione, in quale tappa del suo cammino Il giudice ha smarrito l'orientamento.¹⁵¹

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a erigir, nacionalmente, como norma cogente a fundamentação das decisões judiciais, que vem expressa no artigo 93, IX, do qual só estão excluídos os despachos de expediente. Na forma infraconstitucional, a necessidade de motivação da sentença vem exposta no artigo 381, III¹⁵², do Código de Processo Penal.

Frise-se que, segundo entendimento doutrinário, a motivação da sentença constitui verdadeiro princípio processual penal. Assim a definem Paulo Cláudio e João Batista Marques Tovo: *“A motivação da sentença, por outro lado, é uma garantia do devido processo legal. E deve abranger todas as questões de fato e de direito emergentes do processo e que sejam objeto da decisão, ainda que não debatidas pelas partes”*.¹⁵³

A obrigatoriedade na motivação das decisões é tanto imprescindível que sua ausência acarreta nulidade absoluta da decisão proferida. Nesse sentido é a doutrina de Salo de Carvalho:

Afinal, o princípio constitucional do artigo 93, IX, da Constituição não esta traçando uma regra de caráter meramente procedimental, pois, como consequência, a falta de fundamentação, formal ou substancial, das decisões jurisdicionais acarreta nulidade.¹⁵⁴

Sobre o conteúdo mínimo necessário para o adimplemento da obrigação motivacional da decisão judicial, prelecionam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarence Fernandes:

¹⁵¹ CALAMANDREI, Piero. **Elogio dei giudici scritto da um avvocato**. Firenze: Le Monnier, 1959. p. 169

¹⁵² Art. 381. A sentença conterà: III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; (_____. Presidência da República. Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de outubro de 1941. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm> >. Acesso em 21.04.2011.)

¹⁵³ TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.93

¹⁵⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 35

A garantia da motivação, conforme acentuado, compreende, em síntese: 1) o enunciado das escolhas do juiz com relação à individualização das normas aplicáveis e às conseqüências jurídicas que delas decorrem; 2) os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados; 3) a consideração atenta dos argumentos e provas trazidas aos autos.¹⁵⁵

Dissertam os mesmos autores, no que tange à importância do ato de motivar para possibilitar o controle não só das partes, mas de toda a sociedade, sobre a atividade judicial:

A motivação surge como instrumento por meio do qual as partes e o meio social tomam conhecimento da atividade jurisdicional; as partes para, se for o caso, impugnam os fundamentos da sentença, buscando seja reformada; a sociedade, a fim de que possa formar opinião positiva ou negativa a respeito da qualidade dos serviços prestados pela Justiça.¹⁵⁶

Sobre a inerente conexão entre a motivação das decisões e o exercício da ampla defesa, sendo que a última não pode concretizar-se sem a primeira, acarretando uma das mais inquestionáveis nulidades do processo penal brasileiro, preleciona José Antônio Paganella Boschi:

Por seu turno, a Constituição Federal, no inciso IX do artigo 93 da CF, pioneiramente, condicionou a validade das decisões dos órgãos do Poder Judiciário à fundamentação, pois, de outro modo, as partes não conseguiriam exercer, pelo recurso, o direito de crítica à decisão junto às instâncias superiores. As expressões motivação e fundamentação propõem idêntico sentido, pois motivar ou fundamentar é fornecer os motivos, os fundamentos, as razões, ou seja, os alicerces, as linhas, as bases que sustentam a decisão.¹⁵⁷

No que tange a decisão que determina a pena aplicável ao réu, esta deve indubitavelmente ser corretamente fundamentada, pois tendo em vista o atual

¹⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011. p. 201

¹⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011. p. 200

¹⁵⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 410

sistema aberto, principalmente no que tange à pena-base, tem-se revelado a motivação das decisões na única forma que possuem as partes para controlar a discricionariedade judicial nessa seara.

Sobre a importância da motivação especificamente sobre a questão da dosimetria da pena, bem entendem Sergio Salomão Shecaira e Alceu Correa Junior:

Relaciona-se com o direito penal que, em nossos dias, orienta-se no sentido da realização da justiça material, ampliando-se por isso mesmo, os poderes discricionários do juiz na verificação do merecimento concreto da pena (em caso de decreto condenatório). Em contrapartida, maior rigor deve haver na motivação da pena imposta. Relaciona-se, ainda, com o direito processual, posto que é da própria essência de nosso processo a motivação dos decisórios, seja para permitir sua impugnação, seja para uniformizar os julgados.¹⁵⁸

Versando especificamente sobre a questão da pena, tem-se que esta é um dos fatores mais controversos no que tange à motivação das decisões, eis que há uma necessária mistura entre os parâmetros de legalidade e os dados do caso concreto, para que se possibilite a individualização.

Essa tarefa, como a define Antonio Magalhães Gomes Filho, é demasiado complexa, pois além das questões de direito, relacionadas com a interpretação dos preceitos legais, e das questões de fato, relacionadas com as provas existentes nos autos, exige-se do magistrado uma apreciação conjunta e derradeira, que envolverá juízos de valor a respeito do delito e de seu agente, de forma a encontrar a justa medida através do poder discricionário.¹⁵⁹

A dificuldade em justificar a pena, explicar o *como* e o *por quê* desta pena especificamente, leva o autor já citado à conclusão de que, em que pese o provimento da sanção seja discricionário, os motivos não podem sê-lo, sob pena de inviabilizar-se a garantia que estes almejam constituir¹⁶⁰.

Ressalte-se que a própria adoção do método trifásico, que deve ser seguido passo a passo na motivação, é uma forma de se fortalecer o controle sobre a

¹⁵⁸ CORREA JR., Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição: aspectos relevantes para sua determinação e execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p.172

¹⁵⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 211

¹⁶⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 212

decisão judicial que determina a pena, eis que possibilita que se encontre o erro cometido em qualquer das etapas, sem necessidade de impugnar-se a sentença como um todo.

Outra questão necessária para que se bem fundamente a aplicação da pena-base é a indicação de quais elementos nos autos configuram cada circunstância, evitando assim o *bis in idem* pela valorização do mesmo elemento em circunstâncias diversas.

Ademais, cite-se o já referido jurista paulista sobre a sanção plausível no caso de ausência ou grave deficiência na fundamentação da pena:

Assim, tanto a falta de apresentação de qualquer justificação como a fundamentação incompleta, não dialética, contraditória, incongruente ou sem correspondência com o que consta dos autos, em relação à aplicação da pena, devem levar ao reconhecimento da nulidade da própria sentença condenatória, pois na verdade é a motivação desta que estará *incompleta*, na medida em que um dos pontos sobre o qual deveria versar não ficou devidamente fundamentado.¹⁶¹

Assim, depreende-se que uma das principais funções da fundamentação da sentença que determina a pena seria o controle, ainda que parcial, dos atos discricionários judiciais na determinação da sanção base. Os critérios dessa fundamentação, porém, encontram-se delineados apenas na doutrina, não havendo legislação que determine requisitos que necessariamente deva conter a motivação da sentença para que seja válida e legítima.

¹⁶¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 217

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise legislativa exposta, realizada nos Códigos Penais brasileiros a contar da independência do Brasil, é possível depreender-se, a guisa de considerações finais, que, no que tange à dosimetria da pena, houve um processo linear visando ao aumento dos poderes concedidos ao magistrado pelo legislador nacional, visando a possibilitar a maior adequação da sanção imposta ao caso concreto.

O caminho percorrido pelas codificações brasileiras, seguindo as tendências adotadas pelos Códigos europeus, adquiriu um parâmetro gradativo de abertura, ao magistrado, de espaços para delimitar a quantidade da pena privativa de liberdade, auferida através da valoração de elementos vários constantes nos autos. A diversidade de figuras surgidas nas Codificações posteriores, principalmente no que tange às circunstâncias do fato e do agente, permitiram ao juiz uma relativa liberdade de conceituação e prova destas circunstâncias, conforme se vislumbra nos dois últimos diplomas expostos no primeiro capítulo, quais sejam, o de 1940 e o de 1969.

Passou-se de um poder de decisão judicial que deveria manter-se adstrito a duas ou três possibilidades de pena cominadas no próprio tipo do delito, no início do século XIX, a uma legislação com ampla margem de análise e valoração das características objetivas e subjetivas do fato e do agente, procedimentalizada em um método trifásico de dosagem da sanção.

Os penalistas brasileiros parecem ter concluído, paulatinamente, tratar-se o magistrado que instruiu o processo e, portanto, o mais próximo ao caso concreto, do indivíduo apto a analisar as características inerentes ao fato e ao sujeito autor do delito. Assim, poderia, em tese, o referido magistrado encontrar, melhor do que qualquer outro representante Estatal – legislador ou executor da pena -, a sanção exata, capaz de impor pena justa aos malfeitor; sem, contudo, desvirtuar a personalidade deste último através da punição excessiva, o que afastaria em definitivo qualquer possibilidade de ressocialização, se esta for a finalidade perseguida.

A doutrina, na época ilustrada por autores como Roberto Lyra¹⁶², mostrava-se otimista em relação às mudanças empreendidas, advogando pela necessidade de uma nova atuação judicial que analisasse não apenas o fato, mas também o autor, tendo-se em vista a margem de poder concedido pelo modelo criado no artigo 42 do Código Penal de 1940.

Assim, inicia-se o segundo capítulo na Reforma Penal de 1984, a qual parece ter consolidado o pensamento edificado após a grande variação nas possibilidades de aplicação da pena ocorrida na legislação brasileira.

Tal pensamento, ademais, encontrou abrigo e embasamento na Constituição de 1988, que erigiu como valor fundamental, em seu artigo 5º, XLVI, o direito do acusado à individualização da pena, a qual, segundo pensamento que remanesce entre os aplicadores do direito, só pode dar-se de forma satisfatória através da concessão de grande parcela de poder discricionário ao magistrado na dosimetria da sanção penal.

No estudo do modelo consolidado pela legislação vigente foi possível delinear qual o sistema atual de dosimetria da pena-base consubstanciado na lei penal, processual penal e constitucional brasileiras. Depreende-se que a legislação penal brasileira alcança hoje o máximo grau de discricionariedade judicial no estabelecimento da sanção base, encontrando-se o magistrado livre para analisar as circunstâncias constantes no artigo 59 do Código Penal, eis que estas não possuem conceituação estanque na doutrina, graduação determinada, nem mesmo qualquer normativa que as conecte com algum elemento probatório certo e infungível nos autos.

Ocorrida a verificação das divergências doutrinárias devido à volatilidade dos conceitos e a sua inconsistência probatória, se provoca a ruptura com o ideal de justiça erigido pela lei penal em 1984. Com base em dados legislativos e doutrinários, promove-se a verificação do que tem ocorrido entre penalistas e magistrados brasileiros na análise das circunstâncias previstas no artigo 59 do

¹⁶² O arbítrio judicial, como um dos fundamentos e um dos característicos do Código, não sofre limitações além das expressas. É preciso que o juiz, habituado ao angustioso formalismo do sistema anterior, se compenetre desse arbítrio para enfrentá-lo desassombradamente e exercê-lo desembaraçadamente, a bem da efetividade da individualização, dentro da indeterminação relativa da pena. (LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Companhia editora forense, 1958. p. 188)

Código Penal, instalando-se um desconforto que coloca em risco o modelo consolidado e construído em um árduo processo evolutivo, que erigia a individualização máxima da pena como essencial ao alcance da sanção adequada.

A tipicidade aberta das circunstâncias judiciais acarreta verdadeiro uso do arbítrio e de convicções pessoais e morais do aplicador da lei na análise dos casos concretos. Frise-se que o resultado do uso feito pelos magistrados da discricionariedade concedida pela lei demonstra, ainda que em segundo plano, a permanência de uma mentalidade predominantemente punitivista e inquisitória em grande parte dos operadores do direito penal no Brasil, o que dificulta a implementação de políticas criminais voltadas a finalidades menos encarceradoras, tendo em vista a prevalência da figura do juiz como promotor de segurança social.

Nesse sentido, questiona-se que caminho se deve seguir na dosimetria penal e quais as novas ideologias surgidas, no intuito de encontrar-se, talvez com base no direito comparado, uma nova possibilidade de controle sobre a discricionariedade judicial na determinação da sanção penal.

Analisando-se o procedimento de determinação da pena-base brasileira sob o viés da doutrina garantista, tal seria considerado, na maioria de seus aspectos, como ilegítimo, uma vez que desrespeita o princípio da legalidade estrita pela vultosa presença de elementos sem conceituação estanque, bem como desrespeita a premissa da jurisdicionariedade estrita pelo demasiado cunho moral de muitas circunstâncias judiciais, de impossível verificabilidade empírica.

Analisadas as circunstâncias judiciais constantes no artigo 59 do Código Penal, bem como a atuação judicial brasileira sobre tais circunstâncias, possível concluir que a margem de poder discricionário construída no texto legal nacional acarreta frequentemente a arbitrariedade, diante da pouca vinculação normativa e da impossível refutabilidade processual de alguns tipos previstos.

A ausência de controle pelas partes do processo se dá uma vez que, no que tange a pena-base, tal controle só pode ocorrer por meio da motivação da pena, a qual não encontra qualquer requisito previsto na legislação, de modo a praticamente só poder ser impugnada quando absolutamente ausente.

No que tange a finalidade, esta, que podia servir de guia e limite à atividade judicial de dosagem da sanção, não se encontra definida de maneira estanque na

legislação penal, oscilando entre parâmetros retributivos e ressocializadores e, desse modo, sendo imprestável como forma de controle da sanção aplicada nesta ou naquela medida.

Diante da mentalidade predominantemente inquisitiva e voltada a objetivos de defesa social nos operadores do direito, como já exposto, tem-se que a imparcialidade do magistrado, que deveria ser analisada também pelo seu viés intelectual e ideológico, possivelmente não se encontra de acordo com os ditames constitucionais, e não possui qualquer forma de controle confiável prevista na legislação.

Sem excluir a necessidade de individualização da pena, nota-se, contudo, que pelo disposto na doutrina garantista, que tem como foco a preservação dos direitos fundamentais do acusado como cláusula central a ser tutelada pelo magistrado penal em obediência aos ditames constitucionais, a forma como esta se encontra disposta e tem sido praticada no direito brasileiro não encontraria legitimidade e embasamento jurídico para perpetuar-se.

Assim, ressurge a questão de limitar-se o poder do magistrado ao dosar a sanção base através de uma maior especificidade legal, ainda que tal procedimento se assemelhe com o retorno a parâmetros utilizados nas primeiras legislações pátrias.

REFERÊNCIAS

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

BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal: Compilación in memoriam**. Montevideo - Buenos Aires: B de F Ltda, 2006.

BECCARIA, Cesare. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira. **Dos delitos e das penas**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, volume 1**. 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

BRASIL. **Código Penal e Constituição federal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Presidência da República. Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de outubro de 1941. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm> >. Acesso em 21.04.2011.

BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

_____. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CALAMANDREI, Piero. **Elogio dei giudici scritto da um avvocato**. Firenze: Le Monnier, 1959.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução da edição de 1957, publicada pela Edizioni Radio Italiana. Campinas: Conan, 1995.

_____. **Como se faz um processo**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

_____. **Pena e garantias**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2 ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

CORREA JR., Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição: aspectos relevantes para sua determinação e execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 163-198.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

_____. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

FEUERBACH, Anselm v. **Tratado de derecho penal**. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. Traducido por: Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: parte geral: tomo 1: questões fundamentais e doutrina geral do crime**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais; Coimbra Editora, 2007.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2 ed. atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Companhia editora forense, 1958.

MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal**. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridad Jurídica**. 2ª Ed. ver y atual. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1994.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: parte geral**. 6 ed., rev. e ampliada, de acordo com a Lei n. 12015, de 07 de agosto de 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel e outros. **Penas e medidas de segurança no novo código**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995.

TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TRENTO, Ciro. **Pena abaixo do mínimo legal**. Porto Alegre: WS editor, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vania Romano Pedroso, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Volume 1: parte geral. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.