

INDIVIDUALIZAÇÃO e APLICAÇÃO DAS PENAS

José Antonio Paganella Boschi¹

Breve introdução.

A individualização e a aplicação das penas são frequentemente vistas e consideradas como sendo a mesma coisa.

No entanto, a primeira é garantia iluminista e moderna, que, associada ao fenômeno da tipificação, da cominação e da aplicação das penas, reconhece em cada ser humano uma *individualidade* detentora do direito de ser protegida pelo Estado.

A segunda, é um processo dinâmico que, na *fase judicial* visa a transformar em ato o que a individualização da pena é como potencia. As correspondentes operações aritméticas constituem, portanto, caminhos de passagem para que, ao fim e ao cabo, dentro do devido processo legal, possa ser identificada não qualquer pena mas aquela pena proporcional a ser imposta para acusado *determinado* pela prática de fato *certo, peculiar e irrepetível*.

Este breve e despretensioso artigo pretende explicitar esses aspectos para o fim de bem caracterizar a natureza e o sentido da garantia da individualização da pena. Por meio dele também faremos pretensiosamente algumas observações – sujeitos naturalmente às críticas - sobre as regras que orientam o processo de quantificação da pena privativa de liberdade, na expectativa de estar contribuindo no esforço coletivo destinado ao seu aprimoramento.

Individualização da pena. Fases.

¹Ex-Promotor e Procurador de Justiça, Juiz de Alçada e Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça do RGS. Lecionou por mais de 30 anos da Faculdade de Direito da PUC, até aposentar-se. É Mestre em Ciências Penais por essa Instituição. Foi professor da Escola Superior do MP-RS e do IDC e professor e Diretor da Escola Superior da Magistratura da AJURIS. Atualmente exerce a advocacia criminal no RGS. É autor dos livros "Ação Penal", "Persecução Penal" e "Comentários à Lei de Execuções Penais", publicados pela livraria AIDÊ. É autor dos livros "Ação Penal" e "Das Penas e seus Critérios de Aplicação" e coautor da obra "Código de Processo Penal Comentado", publicados pela Livraria do Advogado, de P. Alegre.

As penas são individualizadas em três fases distintas, mas interligadas, conforme ensinava, nos idos de 1900, o francês Raymond Saleilles, em livro famoso livro prefaciado por Gabriel Tarde²: a legal, a judicial e a de execução.

Interessa-nos, neste momento, discorrer sobre alguns aspectos pertinentes às duas primeiras fases, porque a da execução, que é a última, somente se inaugurará após o trânsito em julgado da sentença, com a direta participação de autoridades administrativa, naturalmente submetidas aos limites estabelecidos pelo juízo do conhecimento e sob fiscalização do MP e permanente controle jurisdicional do juiz das execuções criminais.

A primeira fase é denominada de *legal* e se inaugura no momento em que o Estado exercita a sua “sabedoria política” e criminaliza condutas que, no seu entender, ofendem ao interesse público, cominando, daí, as respectivas penas.

Essa fase corresponde à da tipificação penal, pois crime é só aquilo que a lei penal considerar como tal. Sabemos que houve um extraordinário esforço de penalistas e humanistas no sentido de identificar-se um rol de *crimes naturais*, isto é, de fatos sociais que pudessem ser considerados por todos e em todos os lugares como crimes, independentemente de lei prévia, mas esse esforço redundou em fracasso, por causa das diferenças culturais entre os povos, não obstante a fecunda contribuição que a corrente do jusnaturalismo acabou emprestando ao desenvolvimento do pensamento jurídico.

O reducionismo da criminalidade ao conceito legal se convertendo em reconhecida conquista dos povos. Ao longo da Idade Média, as pessoas podiam ser acusadas anonimamente, submetidas à tortura e condenadas com base na legislação canônica não por terem feito algo concretamente mas, como sabemos todos, pelos chamados crimes de pensamento.

A história do direito penal mostra que os primeiros lineamentos teóricos da pena estatal apareceram no fim da Idade Média, período do nascimento do Estado moderno e da substituição do direito penal do horror praticado pelo Estado-Igreja por uma nova ordem garantista, principiológica e moderna.

Já no início do século 18, os penalistas começaram a se agrupar em Escolas e passaram a formular as primeiras justificações sobre as penas, que foram reunidas pelos estudiosos e condensadas em teorias antagônicas hoje bastante conhecidas: a da retribuição e a da prevenção.

O primeiro Código Penal é francês e data de 1791. Esse Código substituiria a incerteza da punição consagrada pelo direito medieval ao catalogar os

²SALEILLES, Raymond. *A Individualização da Pena*. Trad. De Thais MiremisSanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006, p. 64.

crimes e cominar as penas certas correspondentes. Ninguém poderia mais ser acusado a não ser por fato expressamente previsto nesse Código como crime, nem sancionado ao cumprimento de pena que não tivesse sido previamente estabelecida, o que levou Von Liszt, em 1822, a qualificar os Códigos Penais como Cartas Magnas dos criminosos³, pois, como diria Ferrajoli muito tempo depois, ao reinterpretar os clássicos, a parte débil no processo é o réu⁴ e é por causa de sua debilidade que ele precisa de proteção.

Em que pese o extraordinário avanço com a tipificação e a cominação das penas certas, os franceses, no entanto, logo perceberam que o seu Código Penal, mesmo infante, precisava de urgente reforma, pois o sistema das penas fixas sobre o qual estava assentado não permitia que o juiz considerasse as especificidades dos fatos concretos e as *diferenças* presentes em cada *indivíduo* em julgamento, pois, para todos os fatos subsumidos num mesmo tipo penal as penas seriam sempre as mesmas em espécie e quantidade. É dizer: o juiz crimina exercia uma atividade mecânica. Ele não tinha liberdade para *ajustar* as penas (fixas) aos delitos cometidos⁵ mediante a consideração das especificidades do caso concreto e das singularidades próprias de cada acusado.

Por isso, em 1810, os franceses substituíram as penas fixas por penas em margens *mínimas e máximas* para propiciar que os juízes criminais pudessem fazer todos os “ajustamentos” exigidos pelo caso concreto, preanunciando, desse modo, com a necessidade de respeito às *diferenças*, o sentido proposto pela garantia da *individualização da pena* (em sua fase judicial).

Esse vitorioso modelo seria adotado entre nós pelo Código Criminal de 1830, que substituiria as Ordenações Portuguesas, mediante previsão de aplicação de penas em graus (mínimo, médio e máximo), conforme indicassem as agravantes e atenuantes (arts. 15 a 18 e 34).

O Código Republicano Brasileiro de 1890 valorizaria ainda mais essa preocupação com o dever de respeito às especificidades e às diferenças ao instituir graus intermediários de reprovação (entre o mínimo e o médio e entre o médio e o máximo), ensejando a aguda crítica de Pedro Vergara de que esse Diploma havia endeusado a *aritmética penal*⁶.

³LISZT, Franz Von. *La Idea Del Fin em Derecho Penal*. Universidade Autónoma de México. Edeval, 1994, PP. 11-12 (prólogo de Rivacoba).

⁴FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría Del Garantismo Penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. Editorial Trota, 1997.

⁵SALEILLES, Raymond. *A Individualização da Pena*. Trad. De Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006, p. 65.

⁶VERGARA, Pedro. *Das Penas Principais e sua Aplicação*. Rio de Janeiro. Livraria Boffoni, 1948, p. 249.

O vigente Estatuto Repressivo abandonou esses graus de pena sem abandonar a preocupação com a individualização, ao instituir “...um autêntico roteiro de investigação das circunstâncias do crime e da pessoa do réu”⁷, que propicia a conciliação dos extremos: de um lado, a igualdade de tratamento de todos perante a lei e, de outro, o direito ao reconhecimento das diferenças presentes na natureza e nas sociedades humanas..

Quantificando as penas dentro das margens, o juiz, portanto, em estreita sintonia com o legislador⁸, estabelecerá a relação entre “duas grandezas”⁹, a do crime e a da pena a necessária e suficiente para a prevenção e a sua repressão, e, assim, *na segunda fase*, transformará em ato o que a individualização da pena é em potência.

Esses registros são extremamente importantes porque ensejam a lembrança sempre oportuna de que a sentença criminal não pode ser jamais transformada ou utilizada como modelo para qualquer caso. Como estamos propondo, cada fato é um fato e cada acusado é **uno**, sendo também inimaginável pensar que da sentença possam verter penas desproporcionais como política criminal destinada a “exemplarização” de terceiros não criminosos.

Quanto maior for a preocupação do juiz em conhecer a história que se esconde por detrás de cada página do processo para poder identificar e valorizar todas as circunstâncias relacionadas ao fato e ao seu agente maior será a possibilidade de efetivar-se em toda a sua latitude, longitude e profundidade a garantia da individualização da pena para a qual as regras legais que dispõem sobre as fases do método trifásico e suas operações aritméticas funcionam como instrumentos destinados ao alcance dessa relevante finalidade.

Regras para a Individualização da pena na fase judicial

Em nosso País, a quantificação da pena privativa de liberdade *na segunda fase da individualização* (a fase judicial), ocorre em três etapas, pois, desde a Reforma da Lei 7.209/84, vige entre nós o conhecido método trifásico proposto por

⁷MASSUD, Leonardo. *Da Pena e sua Fixação*. São Paulo, DJP, 2009, p. 138.

⁸DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal 2 – Consequências Jurídicas do Crime. Capítulo II: A determinação da Pena*. Coimbra, 1988, p. 219 e seg.

⁹RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra. Coimbra Editora, 1995, p. 208.

Nelson Hungria¹⁰ (art. 68 do CP), por ter sido esse método considerado superior em relação ao método bifásico sugerido por Roberto Lyra¹¹.

Na primeira etapa, o juiz deverá individualizar a pena-base; na segunda, a pena provisória e na derradeira fase a pena definitiva.

Examinemos essas etapas e as correspondentes quantidades de penas a serem estabelecidas.

a) A pena-base

O Código Penal não define a pena-base, diferentemente do Código Penal de 1969, que seria revogado depois de longa **vacatio legis**.

Esse aspecto não impede perceber que a pena-base é assim denominada por que é, precisamente, a *base* sobre a qual poderão ser realizados acréscimos ou reduções determinados pelas circunstâncias legais agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes, desde que, é óbvio, existam nos autos do processo elementos de prova correspondentes.

O Código Penal também não indica que providências o juiz criminal deve adotar para estabelecer, com segurança, a pena-base necessária e suficiente (proporcional), ficando-se com a falsa impressão de que todo o juiz saberá como fazê-lo por ter sido aprovado no concurso público para a carreira da Magistratura...

Por causa desse hermetismo penal, há aqueles que consideram que o magistrado será guiado nesse terreno pedregoso pelo seu *prudente arbítrio* e outros que se conformam com a mera referência às circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59. Todavia, o prudente arbítrio não é seguro e no exercício da atividade judicial o juiz precisa fundamentar todos os seus pronunciamentos.

Por isso, os juízes e tribunais do país, encampando as recomendações da doutrina, foram produzindo, ao longo dos anos centenas ou milhares de decisões nas quais era possível perceber uniformidades de entendimentos sobre o modo como o magistrado deveria proceder para quantificar ou *individualizar na fase judicial* as penas privativas de liberdade.

Fazendo-se os agrupamentos dessas decisões pode-se identificar tranquilamente três regras básicas de orientação para a aplicação da pena-base, com

¹⁰DUARTE. José. *Aplicação da Pena – Pena Base – Inteligência do art. 5º* – São Paulo, Revista Justitia, ano 1942, v. 4, p. 216.

¹¹Esse método foi considerado superior ao *bifásico* proposto por Roberto Lyra precisamente por ampliar as chances do controle da atividade judicial pelas partes no processo de quantificação das penas.

amparo nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP,¹² que são as utilizadas em todas as instâncias do Poder Judiciário brasileiro.

Essas regras, adiante examinadas, consideram que as circunstâncias judiciais concorrem entre si em igualdade de força na maior ou menor exasperação da pena-base e que as quantidades mínimas, levemente superiores ou ainda mais expressivas deverão refletir o *resultado da valoração do seu conjunto*.

A primeira delas estabelece que se não identificar nos autos do processo provas seguras capazes de arredar o valor naturalmente positivo¹³ do conjunto das circunstâncias judiciais, deverá quantificar a pena-base no mínimo legalmente cominado¹⁴ ou bastante próximo dele, por ser essa a tendência em praticamente todos os países do mundo.

Se, no extremo oposto, a prova dos autos ensejar valoração negativa do conjunto das circunstâncias judiciais, a terceira regra propõe que a pena-base necessária e suficiente, como reflexo desse conteúdo axiológico *negativo* do conjunto, deverá se aproximar do termo médio¹⁵, que, sendo variável, atua como barreira de contenção na quantificação das penas-bases para todos e quaisquer delitos.

É certo que na lei não há nenhuma referência explícita ao *termo médio* (ao contrário do que dizia o texto original do artigo 47 do vigente Código), tendo essa particularidade levado Guilherme Nucci a negar a validade do *termo médio* como critério limitador¹⁶ no cálculo da pena-base, mas, a despeito da sua autoridade como

¹²As cinco primeiras são subjetivas (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos), pois dizem com o acusado. As últimas três são objetivas (circunstâncias propriamente ditas e consequências do crime e comportamento da vítima).

¹³É importante registrar que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP são naturalmente positivas, isto é, nunca operam em desfavor do acusado e nem assim podem ser consideradas no início do processo de quantificação da pena *a não ser que emanem provas dos autos de fatos que autorizem a inversão do conteúdo axiológico da circunstância*. Por exemplo, se nada deslustrar a conduta do acusado na vida em sociedade, a circunstância judicial da *conduta social* haverá de ser considerada em seu valor *naturalmente positivo* e esse juízo favorável terá que projetar cálculo de pena-base na direção do piso e não na direção do teto possível.

¹⁴"No cálculo da pena-base, o juiz há de dar toda atenção às circunstâncias estabelecidas pelo art. 59 do Cód. Penal. Unicamente a elas, é o que a melhor técnica recomenda. 3. Quando, por todos os lados, são favoráveis as circunstâncias judiciais, como no caso dos autos, não deve, sem a devida justificativa, ser a pena-base fixada além do mínimo legal. 4. Havendo excesso de pena-base na sentença, é admissível a sua correção no julgamento da ação de habeas corpus. 5. Ordem concedida em parte, para se reduzir a pena e para se substituir a privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos" (HC. 39.663, 6ª. T., rel. Min. Nilson Naves, DJe 24.8.2009).

¹⁵O termo médio é encontrado pela soma do mínimo com o máximo cominados ao crime descrito na denúncia com a sua divisão por dois. Assim, por exemplo: no homicídio simples, o termo médio corresponde a 13 anos (pois resulta da soma de 6 com 20 e sua divisão por 2).

¹⁶NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: RT, 22004, p. 343.

penalista, o termo médio continua sendo pacificamente aceito pela doutrina¹⁷ e por juízes e tribunais do país¹⁸.

A segunda regra, aqui citada e comentada fora de ordem apenas por razões metodológicas, está num plano intermediário entre a primeira e a terceira e, como reflexo da posição ocupada nesse “sistema”, recomenda que a pena-base seja quantificada *um pouco acima* do mínimo legal se *algumas* das circunstâncias judiciais forem valoradas *negativamente*¹⁹.

Essas três diretivas são as que vem sendo adotadas pela Justiça criminal brasileira, independentemente de serem os crimes simples ou qualificados, sendo certo que, em relação a estes últimos, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência pacífica afirmando que uma das qualificadoras *qualificará* o crime e que as demais (remanescentes) influirão no cálculo da pena provisória (se previstas como agravantes genéricas) ou no cálculo da própria pena-base (como circunstâncias propriamente ditas do crime)²⁰, pois, afinal, nenhuma circunstância pode ficar à margem das considerações judiciais.

Em que pese a simplicidade, a praticidade e as boas condições para o controle da atividade judicial ensejadas por essa regras, parece-nos, máxima vênua, que da sua mecânica aplicação resultam algumas impropriedades que podem e devem ser eliminadas para que a garantia da individualização da pena possa ser otimizada na fase judicial.

¹⁷FERREIRA, Sérgio de Andréa. *A Técnica de Aplicação a Pena como Instrumento de sua Individualização nos Códigos de 1940 e 1969*, Rio, Forense, 1977, p. 53, FERREIRA, Gilberto, *Aplicação ad Pena*, Rio, Forense, 1995, p. 64 e NETO, Inácio de Carvalho, *Aplicação da Pena*, Rio, Forense, 2ª. ed., p. 94.

¹⁸“...Inexiste excesso no quantum da exasperação quando, presentes diversos vetores negativos, a pena foi fixada abaixo do termo médio. Dosimetria efetuada segundo os critérios de discricionariedade regrada que naturam a individualização da pena...” (STF,RHC 117806 / PE, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 8.9.2015).

¹⁹ “... 2. As circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, quando desfavoráveis, autorizam a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, desde que fundamentada a exasperação. ...” STF, (HC 122688 AgR / SE, REL. Min. Luiz Fux, julgado em 10.5.2016).

²⁰STJ, HC 296009, 5ª. Turma, relator Min. Gurgel de Faria, julgado em 10.12.2015. No mesmo sentido: AgRg no AREsp 400825/SP,Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA,Julgado em 04/12/2014,DJE 17/12/2014; HC 166674/RJ,Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra ASSUETE MAGALHÃES,SEXTA TURMA,Julgado em 15/08/2013,DJE 04/08/2014; HC 220526/CE,Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA,Julgado em 17/12/2013,DJE 03/02/2014; REsp 1357865/DF,Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, Julgado em 01/10/2013,DJE 07/10/2013; HC 137266/DF,Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA,Julgado em 05/06/2012,DJE 02/08/2012; HC 187879/MS,Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Julgado em 17/11/2011,DJE 14/12/2011; REsp 280363/RJ,Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA,Julgado em 09/03/2010,DJE 29/03/2010 e HC 135177/SP,Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, Julgado em 03/11/2009,DJE 30/11/2009

A primeira delas consiste no *erro metodológico de considerar a culpabilidade como mera circunstância judicial*; a segunda no erro de imaginar que a culpabilidade exerce como circunstância judicial *idêntico nível de influência* que qualquer “outra” circunstância judicial e a terceira no modo de calcular a pena-base a partir da mera *contagem* das circunstâncias judiciais axiologicamente negativas, ignorando-se que a culpabilidade e qualquer circunstância judicial podem, no caso concreto, isoladamente determinar maior ou menor exasperação da pena-base como condição para o resguardo do critério de necessidade e suficiência.

Convém explicar melhor.

A primeira impropriedade advém do erro metodológico de considerar a culpabilidade como mera circunstância judicial e em *nivelá-la* em autoridade e força axiológica com as *demais circunstâncias judiciais*, quando, em verdade, ela atua como fundamento para a condenação e limite no processo de quantificação da pena, pois, afinal, ninguém pode ser punido *além* dos limites indicados pela própria culpabilidade²¹, com dimana, claramente, do artigo 29 do CP. Daí ter o colendo STJ afirmado que, na fase da aplicação da pena, não se deve mais avaliar a presença dos pressupostos da culpabilidade (pois sem a presença deles amplamente demonstrada pelo juiz criminal quando da fundamentação da sentença condenatória) não haverá falar-se em crime, pois o que a primeira fase do método trifásico reclama é uma classificação da culpabilidade “*entre intensa, média ou reduzida*”²².

Dizendo com outras palavras: a culpabilidade referida no artigo 59 do CP e a ser *graduada* no momento da fixação da pena-base não é *outra culpabilidade* mas sim a que foi previamente identificada e admitida pelo juiz criminal como condição para julgar procedente a ação penal e passar a aplicar as penas correspondentes ao fato imputado. Ela é ***reprovação graduável***, ínsita na norma²³, à conduta do agente que livremente decidiu violá-la,²⁴ em contraste com o dever jurídico de respeitá-la²⁵. É graças a essa compreensão que se pode facilmente identificar os *pilares* sobre os

²¹ Abstraída a discussão sem fim sobre o determinismo e o livre arbítrio (mesmo porque ambos não são cientificamente demonstráveis), aceita-se, sem reservas, que a culpabilidade tem por pressuposto lógico, segundo Jescheck, “... *a liberdade de decisão do homem, pois, só quando existe basicamente a capacidade de deixar-se determinar pelas normas jurídicas, pode o autor ser responsabilizado por haver chegado ao fato jurídico, em lugar de dominar seus impulsos criminais*”

²²STJ, HC 202677,rel. Min. Gurgel Faria, decisão proferida a 2.9.2015. Sítio do SJ.

²³Aqui a ideia de que a culpabilidade não está na cabeça do agente, mas provém da censura feita pelo ordenamento jurídico pela quebra do dever de respeito aos seus enunciados.

²⁴A expressão é usualmente empregada, embora o agente em verdade ao adequar a conduta à norma termine por fazer o que ela prevê.

²⁵WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Chile, Editorial Jurídica, 1997, p. 39 e seguintes.

quais a culpabilidade se assenta: a imputabilidade²⁶, a potencial consciência da ilicitude²⁷ e a exigibilidade de outra conduta²⁸.

É tão verdadeiro o que se afirma que, pelas regras comentadas, a quantidade da pena-base deverá guardar correspondência com o *grau da reprovação social pelo fato* e esse grau de reprovação será sempre aferido a partir da *quantidade de circunstâncias judiciais valoradas em desfavor do acusado*. Dizendo de outro modo: ignora-se a função da culpabilidade como confere-se a ela, ainda, um papel *indevido e subalterno*, esquecendo-se que as circunstâncias judiciais *estão a serviço* da culpabilidade sem confundir-se com ela.

Num exercício de mera imaginação poderíamos nos perguntar: qual deveria ser o grau da reprovação e correspondentemente a ele o *quantum* da pena-base a ser estabelecido para indivíduo de bons antecedentes, de boa conduta social, que, a pretexto de *proteger* pessoa de sua família do tráfico e dos traficantes, a mantém em cárcere privado por vários anos? É claro que o argumento pode ser utilizado para encaminhamento de solução no sentido contrário: por ser o acusado de maus antecedentes e com conduta social desabonada a pena-base teria que ser quantificada por exemplo acima do mínimo ou, quem sabe, na direção do termo médio, se demonstrada a desfavorabilidade das circunstâncias judiciais em acusação por fato de baixa lesividade ou de insignificância social?

Parece claro que o grau da reprovação da sociedade (*rectius*: culpabilidade pelo fato) é muito elevado e, nada obstante eventual favorabilidade das circunstâncias judiciais (ao menos da maioria delas), a pena-base necessária e suficiente não poderia ser jamais estabelecida, nesse exemplo, no mínimo ou levemente acima do mínimo como se poderia haver da aplicação mecânica do sistema praticado no País.

²⁶A *imputabilidade* é determinada pelo critério biopsicológico: em nosso Direito, idade mínima de dezoito anos e higidez mental. Infração atribuída à pessoa com idade inferior à citada ou mentalmente incapaz de entender o caráter delituoso não enseja reprovação penal e, conseqüentemente, imposição de pena.

²⁷A *potencial consciência da ilicitude* é aferida ao nível do *profano*. Ao nível do *profano*, convém repetir porque, não fosse assim, só os juristas seriam culpáveis, porque, por profissão, conhecem o Direito tecnicamente. Nada obstante, a doutrina considera que as pessoas com melhor nível intelectual ou mais aprimorado conhecimento técnico tem um *maior dever* de se informar para evitarem a violação da lei.

²⁸A *exigibilidade de conduta diversa* é identificável no dever de todos de respeito à norma penal. Juristas construíram teorias partindo dessa compreensão para fundamentarem a imposição das penas, sendo um bom exemplo a *teoria funcionalista* de Jakobs, inspirado em Niklas Luhmann, para a qual a finalidade da pena não é outra senão a de manter a vigência da norma como modelo de contato penal (LYNETT. Eduardo Montealegre. *Introdução à Obra de Günter Jakobs*. In *Direito Penal e Funcionalismo* (André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli – coordenadores), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 12).

Em suma: por revestir-se de tamanha significação social, política e jurídica, segue-se então que a culpabilidade jamais poderia ser considerada como simples circunstância judicial e, independentemente da valoração positiva ou negativa identificada no conjunto de circunstâncias, ela poderia (e pode muito bem), *sozinha*, determinar e justificar, conforme a *classificação intensa, média ou reduzida*, penas-bases em quantidades correspondentes a essa classificação. Aliás, é bom frisar que a *culpabilidade necessariamente terá que ser afirmada* em toda sentença condenatória, pois o direito penal moderno abomina responsabilidade objetiva.

A segunda crítica possível quanto ao modo como o sistema é praticado advém da suposição de que as circunstâncias judiciais do artigo 59 podem receber cargas axiológicas sempre idênticas, isto é, que poderão ser consideradas sempre positivas ou negativas, sem que, no caso concreto, qualquer delas possa eventualmente *valer mais do que qualquer outra*.

Relembre-se que a pena-base deverá ser estabelecida no mínimo legal, um pouco acima dele ou na direção do termo médio *conforme indicar o resultado da contagem das circunstâncias judiciais negativamente valoradas*, a denotar, portanto, que todas elas têm pesos idênticos e que o trabalho do juiz se resumirá a essa constatação da quantidade de circunstâncias positivas e da quantidade de circunstâncias negativas para, daí, promover a mecânica incidência da correspondente regra e anunciar a quantidade da pena-base.

Esse procedimento, máxima vênia, não se concilia com o sentido proposto pela garantia da individualização da pena, que, ao nosso ver, *determina a possibilidade da outorga, sempre no caso concreto, de caráter preponderante para certa circunstância judicial*, nos moldes da autorização que a lei confere ao juiz quando do cálculo da pena provisória (art. 67 do CP).

Imaginemos um exemplo: alguém, com bons antecedentes, boa conduta social, personalidade sem alterações conhecidas, decide assaltar uma agência bancária munido de arma de fogo e, ao deixar a agência, desfere tiros a esmo, para atemorizar os clientes.

Considerando-se que nesse exemplo os motivos e as consequências do crime integram o tipo penal do roubo remanesceriam como *negativas* apenas as circunstâncias propriamente ditas do crime, de modo que, aplicando-se o regramento antes apontado e comentado, a quantidade de pena-base, nesse caso não se distanciaria do mínimo legal.

A pergunta é: a fixação de pena-base no mínimo ou na direção dele refletiria, nesse exemplo, o grau da reprovação social pelo fato e respeitaria o critério de necessidade e suficiência da pena?

A resposta, ao nosso sentir, só pode ser negativa e, por esse motivo parece-nos que o princípio da individualização da pena, de hierarquia constitucional, autoriza *reler as regras pretorianas em comento* para reconhecer-se no juiz criminal a autoridade para conferir caráter preponderante a certa circunstância *seja para o fim de intensificar ou de abrandar o grau da reprovação social pelo fato*.

A tese foi ventilada em edições sucessivas em nosso *Das Penas e seus Critérios de Aplicação* e parece-nos que já está encontrando reflexo na jurisprudência. O colendo STJ, por exemplo, afirmou não faz muito tempo que a *“ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada”*²⁹.

Aliás, a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, que tipifica, sanciona e dispõe sobre o procedimento pelo uso e o tráfico de drogas, atende precisamente essa proposta.

Com efeito, o artigo 42 dessa Lei³⁰, inovadoramente, estabelece que na fixação das penas o juiz deverá considerar *com preponderância* sobre o previsto no artigo 59 do CP a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Embora o texto desse art. 42 não seja dos melhores³¹, parece-nos que, a despeito delas, andou muito bem o legislador, pois não há mesmo como nivelar em reprovabilidade social situações de fato em tudo diferentes, como nos exemplos do caminhoneiro que transporta, com consciência do que faz, para colocação no mercado consumidor, uma tonelada de cocaína e da mãe que atende às súplicas de filho viciado e em “dívida” no interior da cadeia que vai ao seu encontro para entregar algumas gramas de maconha e é presa ao passar pela vigilância.

29HC 258871, rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 3.10.2013.

30“Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

31Há duas impropriedades nesse texto. A primeira, consistente na inadequada declaração de que é “sobre o previsto no art. 59 do CP” que o juiz considerará como preponderantes as circunstâncias judiciais referidas. Ora, o legislador penal, no art. 59, elegeu a *proporcionalidade* como critério para a aplicação da pena (bem refletindo as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal). Em sendo assim, as circunstâncias judiciais referidas no artigo 42 da lei de drogas jamais poderão preponderar, isto é, ficar acima desse critério. A segunda impropriedade está em considerar como circunstância judicial a *natureza* do produto, esquecendo-se de que ela é **elementar** típica e é por causa da natureza do produto (*substância entorpecente*) que o acusado é passível de pena. Pois bem: a natureza do produto não pode ser, como elementar típica, condição para um juízo de censura penal e, ao mesmo tempo, fonte para a maior exasperação da censura ... salvo em ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, citado exaustivamente neste livro.

De fato, há tráfico e “tráfico”! E essa distinção o juiz pode e deve realizar conferindo esse caráter preponderante à quantidade da substância e, embora não referidas no art. 42, também às *circunstâncias propriamente ditas do crime* para conferir efetividade ampla à garantia da individualização da penal.

Já vimos e não custa repetir: a garantia da individualização da pena não dispensa dever de respeito às diferenças, de modo que cada caso é um caso e cada acusado é um ser único. Tudo determina, portanto, que no exame das variáveis judiciais o juiz criminal atente para todas as diferenças encontradas e conforme o caso as destaque para que, na aplicação da pena, a sentença seja produto de uma obra cultural e não apenas resultado de sucessivas operações aritméticas.

Então, com espírito meramente contributivo e naturalmente sujeito à crítica, ousaríamos sugerir, como forma de valorizar a culpabilidade e preservá-la cientificamente, que artigo 59 do CP fosse reescrito mais ou menos assim: *O juiz, atendendo à culpabilidade estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, a pena, as quantidades, o regime... etc.*

Em um esclarecedor parágrafo, o legislador poderia dispor que, aos efeitos da *gradação da culpabilidade o juiz poderá considerar os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima*, reconhecendo, reconhecendo, assim, que as circunstâncias judiciais objetivas³² podem atuar como *ferramentas* à disposição do juiz em seu relevante papel de graduar a reprovação social pelo fato.

A pena provisória

A pena-base atua como base de cálculo na segunda fase do método trifásico. Ela será aumentada ou reduzida sempre em quantidades certas determinadas pela presença de circunstâncias legais³³ agravantes e atenuantes, dentre as elencadas nos artigos 61 a 65 do CP.

³² A fórmula elimina o inconveniente da utilização da personalidade, da conduta social e dos antecedentes, que valoriza o direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato. O réu deve ser sancionado pelo **fato** cometido e não pelo que propõem a sua personalidade, a sua conduta social e condenações e apenamentos por outros fatos.

³³A expressão “circunstância” (**circumstare**, aquilo que está em círculo) é gênero, de que são espécies as “judiciais” (elencadas no artigo 50) e as “legais” agravantes, atenuantes,

Em caráter excepcional, o artigo 66 do CP admite, por razões de humanidade e proporcionalidade, a possibilidade do reconhecimento de atenuantes não expressamente previstas no artigo 65, desde que presente uma **razão relevante**, anterior ou posterior ao crime³⁴.

É com apoio no artigo 66 que, por exemplo, cogita-se da possibilidade de reconhecimento da figura da coculpabilidade³⁵ idealizada por Zaffaroni, em que pese a conservadora reação do STJ³⁶ e de Tribunais Estaduais, dentre eles o do RGS³⁷.

Se não existirem na hipótese dos autos agravantes e/ou atenuantes a considerar, fácil deduzir que pena provisória corresponderá à quantidade de pena-base encontrada na fase anterior.

Pontue-se que a quantidade da pena provisória nunca poderá ser inferior ao mínimo legalmente cominado no tipo penal correspondente e isso se deve ao enunciado n. 231 da Súmula do STJ³⁸. Esse entendimento, máxima vênua, desconsidera o sentido e a finalidade da garantia da individualização das penas, antes destacados. Parece claro que o juiz não está autorizado a estabelecer a pena-base abaixo do mínimo e não que causa legal de modificação não possa trazê-la abaixo desse piso, haja vista a presença do advérbio “sempre” nos artigos 61 e 65 do CP.

Sob a perspectiva procedimental, o juiz, na dicção do artigo 68 do CP., teria que, primeiramente reduzir (se presente atenuante) e, depois, aumentar a pena-base (se presente alguma agravante).

qualificadoras, majorantes e minorantes. Há uma diferença básica entre as circunstâncias judiciais e as legais. As primeiras são suscetíveis de valoração (conferência de carga de valor pelo juiz, no caso concreto) e as legais já trazem consigo, por força de lei, o correspondente valor (positivo – atenuantes e minorantes – e negativo – agravantes, qualificadoras e causas especiais de aumento (majorantes).

³⁴O Código não admite que a razão relevante seja **concomitante** com o crime.

³⁵“Ao lado do homem culpado por seu fato, existe uma co-culpabilidade – da reprovação pelo fato – com a qual a sociedade deve arcar em razão das possibilidades sonegadas” 9ZAFFARONI, Eugênio Raúl & PIERABELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 2ª. Ed., SP, RT, 1999, p. 610.

³⁶2. A teoria da co-culpabilidade não pode ser erigida à condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida. Ora, a mencionada teoria, “no lugar de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, fornece uma justificativa àqueles que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos” (HC 172.505/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, julgado em 31/05/2011, DJe 01/07/2011.) Ainda: HC 246811, STJ, relatora Min. Laurita Vaz, 5ª. Turma, julgado em 1º de abril de 2014.

³⁷“Inviável responsabilizar a sociedade pela falta de oportunidades de um indivíduo..., como se a culpabilidade fosse uma consequência da pobreza, o que a realidade já amostrou que não é, pois a “criminalidade é democrática”, atinge a todos os níveis sociais, indistintamente” (Ap. n. 70036561249, 8ª. Câmara, Rel. Fabianne Breton Baisch, julgada em 10.11.2010).

³⁸Súmula 231 do STJ: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Essa ordem ditada pelo Código é rotineiramente desprezada pelos juízes e tribunais, que preferem primeiro agregar e, depois, diminuir a pena-base. Essa conduta não afronta o sentido da lei e, ao nosso ver, é a mais adequada, porque permite que ele considere **todas** as circunstâncias e também respeite o comando do enunciado da Súmula 231 do STJ.

Sob a perspectiva procedimental, o juiz promoverá tantas agravações e atenuações de pena em quantidades certas quantas forem as agravantes e atenuantes correspondentes. Embora esse seja o procedimento rotineiramente adotado, nada impede, outrossim, que ele seja substituído pelo sistema de **compensação** da agravante pela atenuante, mantendo-se, assim, a base de cálculo original.

Essa possibilidade advém do entendimento de que agravantes e atenuantes tem isoladamente forças equivalentes, salvo aquelas consideradas como **preponderantes** pelo artigo 67 do CP³⁹. Essas circunstâncias, por serem subjetivas, isto é, por dizerem respeito à pessoa do acusado, revestem-se de maior importância e força penal.

Assim, por exemplo, no concurso entre a reincidência (agravante prevista no art. 61, I) e a prática de delito sob a influência da multidão (atenuante prevista no art. 65, III, "e"), a quantidade de pena determinada pela agravante terá que ser **maior** do que a quantidade de pena determinada pela atenuante (por não ser esta preponderante).

É claro que as circunstâncias agravantes ou atenuantes que forem preponderantes também poderão ser compensadas uma pela outra, haja vista a equivalência de forças.

Há muito sustentamos, todavia, a impossibilidade de compensação de qualquer agravante preponderante com a atenuante preponderante da menoridade, porque, sendo inerente à personalidade em formação, a singularidade justificará e determinará menor reprovação pelo fato. O STJ, no entanto, vem admitindo a compensação⁴⁰, deixando entrever, com essa orientação, a preocupação de incrementar a punição neste difícil e perigoso momento da realidade brasileira.

³⁹"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".

⁴⁰HC 309615/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, Julgado em 18/12/2014, DJE 06/02/2015; AgRg no HC 276663/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, Julgado em 18/12/2014, DJE 04/02/2015; AgRg no REsp 1437657/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgado em 16/12/2014, DJE 02/02/2015; HC 291237/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, Julgado em 16/12/2014, DJE 02/02/2015; HC 301693/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 04/12/2014, DJE 17/12/2014; AgRg no REsp 1486803/GO, Rel. Ministro WALTER

A maior dificuldade (embora perfeitamente superável) na órbita da segunda fase do método trifásico consiste em saber qual critério a ser utilizado para a objetiva determinação da **medida** da agravante ou da atenuante. Dizendo com outras palavras, quanto é que deve ser aumentado ou diminuído da pena-base em razão da obrigatória incidência de agravante ou atenuante?

O legislador brasileiro do CP de 1969 tentou suprir o **déficit** normativo do CP de 1940, ao estabelecer que a quantificação da agravante ou atenuante oscilaria “entre um quinto e um terço” da pena-base, como lembram Rui Rosado de Aguiar Jr.⁴¹ e Heleno Fragoso⁴².

Todavia, esse Código sequer entrou em vigor e por continuarmos sem critério explícito em lei, recomendamos, desde a primeira edição de nosso *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*, que a fração de 1/6 da própria pena-base atuasse como teto para a agravante e a atenuante, como forma de evitar-se, com quantificações mais elevadas, risco de invasão das meras causas de modificação da pena-base nos espaços das causas especiais de aumento ou diminuição de pena que, por isso mesmo, ensejam fração de 1/6 como piso.

Essa é também a recomendação de Guilherme de Souza Nucci⁴³, Cezar Bitencourt e Luiz Régis Prado⁴⁴ e Rui Rosado de Aguiar Jr.⁴⁵, com respaldo na

DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, Julgado em 18/11/2014, DJE 26/11/2014; HC 279438/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgado em 16/10/2014, DJE 03/11/2014; HC 291581/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, Julgado em 04/11/2014, DJE 12/11/2014; EDcl no AgRg no REsp 1407385/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, Julgado em 04/09/2014, DJE 19/09/2014; REsp 1341370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, Julgado em 10/04/2013, DJE 17/04/2013

⁴¹AGUIAR JR., Rui Rosado. *Aplicação da Pena*. Porto Alegre, Ajuris, 1994, p.12.

⁴²FRAGOSO. Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. A Nova Parte Geral*. 8a. ed., Forense, Rio, p. 343

⁴³NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo. RT, 2004, p. 285.

⁴⁴BITENCOURT. Cezar Roberto & PRADO, Luiz Régis. *Código Penal Anotado e Legislação Complementar*. São Paulo. RT, 1997, p. 320.

⁴⁵AGUIAR, Rui Rosado de. *Aplicação da Pena*. Porto Alegre, Ajuris, 2013, p. 105.

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶, conquanto alguns julgados reconheçam a possibilidade de ultrapassagem em situações especiais⁴⁷.

O citado critério do limite fracionário de 1/6 é prático, mas, infelizmente, não é inteiramente satisfatório, porque, embora permita conhecer de antemão o **teto**, dele não se extrai, sequer implicitamente, condições para se saber qual poderá ser o **piso** de pena correspondente à atenuante ou agravante, isto é, o limite mínimo de pena a ser reconhecido para uma ou outra.

Não se diga que se está diante de um falso dilema porque os juízes, dotados de *livre-arbítrio*⁴⁸ e de *prudência*⁴⁹, sempre conseguem identificar aquele mínimo necessário e suficiente (da agravante e da atenuante) para a repressão e a prevenção.

Não se diga porque o direito penal moderno e de garantias não pode assentar-se na ilimitada *liberdade* ou na *prudência* pois reclama procedimento conhecido de todos como condição para o controle da atividade judicial pelas partes e pelas instâncias superiores.

Por isso, há muito tempo estamos advogando a tese de que na quantificação da agravante e da atenuante entre um dia e 1/6 da própria pena-base o melhor critério a ser utilizado deva ser o que decorre da *graduação* culpabilidade identificada na primeira fase do método trifásico⁵⁰.

⁴⁶5ª. T. do STJ, HC. n. 157.936/RJ

Nesse sentido: HABEAS CORPUS. ROUBO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ACRÉSCIMO DESPROPORCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Devido o Código Penal não ter estabelecido balizas para o agravamento e atenuação das penas, na segunda fase de sua aplicação, a doutrina tem entendido que esse aumento ou diminuição deve se dar em até 1/6 (um sexto), atendendo a critérios de proporcionalidade. 2. Na hipótese, reconhecida a agravante da reincidência, o Juízo de primeiro grau se deteve, apenas, a mencionar o quantum da elevação – que se deu em patamar superior a 1/3 (um terço) –, sem declinar qualquer fundamentação a justificar a exasperação desarrazoada. 3. Desse modo, por ausência de fundamentação e proporcionalidade, o acréscimo decorrente do reconhecimento da agravante da reincidência deve ficar na fração de 1/6 (um sexto). 4. Ordem concedida. (HC 158.848/DF, Ministro Og Fernandes, DJe de 10/5/2010.)

⁴⁷“Dentro do sistema hierárquico da dosimetria da pena, consagrado pela forma trifásica, as **agravantes** são circunstâncias de gravidade intermediária, haja vista sua subsidiariedade em relação às qualificadoras e causas de aumento, preponderando apenas sobre as circunstâncias judiciais. Não é por outra razão que doutrina e jurisprudência consagraram o parâmetro indicativo mínimo de valoração de cada **agravante** em **1/6 (um sexto)**, porquanto corresponde ao menor valor fixado pelo legislador para as causas de aumento, que são preponderantes àquelas e superior ao parâmetro de 1/8 (um oitavo) das circunstâncias judiciais. Ressalta-se que a fração de **1/6** das **agravantes** não é um absoluta, sendo possível sua exasperação em patamar superior desde que seja fundada em circunstâncias concretas” (HC 311852, 5ª. T., rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 13.9.2016).

⁴⁸FRANCO. Alberto. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1995, p. 752.

⁴⁹ZAFFARONI. Eugênio Raul; PIERANGELLI. José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral, 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 831.

⁵⁰Como pontuamos anteriormente, somos contrários à utilização da personalidade, da conduta social e dos antecedentes do agente, porque refletem opção pelo direito penal do autor.

Assim, se o juiz tiver fixado a pena-base no mínimo legalmente cominado, a indicar graduação mínima da culpabilidade, o aumento determinado pela agravante deverá ser o menor possível e a diminuição determinada pela atenuação deverá ser a maior possível, podendo aproximar-se do limite de 1/6 antes referido.

Se a pena-base tiver sido estabelecida acima do mínimo legalmente cominado, indicando, portanto, grau médio de reprovação, o juiz quantificará nos mesmos níveis tanto a agravante quanto a atenuante dentro das margens antes citadas (1 dia de pena e 1/6 da pena-base). Como derivação dessa compreensão parece razoável sustentar que só nesse ultimo caso é que uma agravante poderá ser compensada por uma atenuante.

Por último: se a pena-base tiver sido quantificada no termo médio ou na direção dele, a indicar grau máximo de reprovação pelo fato, a atenuação haverá de ser a menor e a agravação a maior possível.

Embora uma rápida leitura do artigo 68 do CP possa levar à equívoca conclusão de que o critério da necessidade e suficiência da pena é utilizado apenas para a fixação da pena-base, parece inequívoco queesse critério norteia todo o procedimento judicial destinado a estabelecer a **pena final** proporcional e suficiente e não só a pena **inicial**.

É essa a sugestão, no tocante à segunda fase, com o propósito de aprimorar o sistema normativo e de resguardar a outra função do Código Penal, destacada no início deste ensaio: de proteger o acusado, que é a parte fraca, do risco de abuso na quantificação da resposta oficial pelo crime cometido.

Problema semelhante será apontado na quantificação das majorantes e minorantes e, para evitarmos tautologia, deixaremos para o final do texto articulado a seguir, a sugestão que modestamente consideramos apropriada para resolvê-lo nessas duas fases do método trifásico.

c) A pena definitiva

A pena definitiva é objetivamente determinada mediante acréscimos ou reduções de quantidades certas de penas determinadas pelas causas especiais de aumento ou diminuição – também conhecidas como majorantes ou minorantes. Na ausência delas, a pena provisória será convertida em pena definitiva.

A incidência da causa especial de aumento – desde que esteja necessariamente descrita na denúncia – precederá a incidência da causa especial de diminuição de pena, que poderá ser reconhecida, inclusive de ofício.

Anote-se, a propósito, que a restrição do enunciado da Súmula 231 do STJ não alcança as causas especiais de aumento ou diminuição, de modo que a pena definitiva pode ficar *aquém do mínimo ou além do máximo cominados em lei para o crime*. Não há falar-se nesse caso em ofensa ao princípio da legalidade porque a possibilidade é uma natural decorrência da funcionalidade do método trifásico.

A base de cálculo será sempre sobre o resultado da operação anterior, no que a doutrina denomina como operação *em cascata*⁵¹. Isso significa da absoluta impossibilidade de serem as majorantes compensadas pelas minorantes, como é admitido na segunda fase.

Com a incidência por cascata ou “juros sobre juros”⁵² consegue-se evitar o absurdo da PENA ZERO, como sucederia, por exemplo, se as reduções determinadas em 2/3 pela tentativa e 1/3 pelo privilégio fossem calculadas ambas sobre pena provisória de 6 anos de reclusão⁵³ estabelecida para um suposto crime de homicídio tentado privilegiado.

Sendo então o cálculo realizado sempre sobre o resultado da última operação será irrelevante a ordem de incidência das causas especiais de aumento ou diminuição porque o resultado final será sempre o mesmo⁵⁴, não obstante a tradição de primeiro aumentar-se para depois reduzir-se a pena.

Há que atentar-se, no entanto, para o seguinte detalhe: nas hipóteses de concurso formal e de continuidade delitiva a minorante da tentativa (art. 14, II do CP) deverá sempre preceder o cálculo determinado pelos artigos 70 e 71 do CP, pois as quantidades decorrentes da exasperação pelo concurso formal e pela seriação criminosas não poderão ser considerados para os efeitos da prescrição, a teor da Súmula 497⁵⁵ do STF.

⁵¹AGUIAR JR., Rui Rosado de. *Aplicação da Pena*. Revista da Ajuris. Porto Alegre, 1994, p. 12. No mesmo sentido: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Cálculo da Pena e o Dever de Motivar*. Revista de Ciências Penais, IBCCRIM, vol. 6, p. 168.

⁵²JESUS, Damasio Evangelista de. *Código Penal Anotado*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 219

⁵³O cálculo é simples: 2/3 tirados de 6 anos produzem resultado de 4 anos. 1/3 tirado de 6 anos, produz resultado de 2 anos. Ora, 4 mais 2 totalizam 6, de modo que, a partir desse singelo exemplo, bem se compreende o porquê de cálculos sucessivos serem sempre sobre o resultado do cálculo anteriormente realizado.

⁵⁴Suponha-se crime cuja pena provisória tenha sido fixada em 9 anos. A exasperação em 1/3 levará a pena ao patamar de 12 anos. Se essa quantidade tiver que ser reduzida em 1/3, a pena final ficará em 8 anos. O mesmo resultado será alcançado invertendo-se a ordem: 9 anos menos 1/3: 6 anos. 1/3 de 6: 2 anos, que, somados aos 6 anos geram o mesmo resultado de 8 anos. Em nosso livro *Das Penas e seus Critérios de Aplicação* apresentamos diferentes exemplos que bem ilustram a afirmação aqui realizada.

⁵⁵“Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”.

“...Nos termos da Súmula 497 do STF, quando se tratar de **crime continuado**, a **prescrição** regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação...” (HC 269546, 6ª. T. rel. Min. Néfi Cordeiro, julgado em 3.5.2006).

As causas especiais de aumento ou diminuição são divididas em *genéricas* e *específicas*. As primeiras aplicam-se a todos e quaisquer crimes e estão previstas na Parte Geral do CP (p. ex., as previstas nos arts. 70 e 71 do CP), ao passo que as últimas são restritas aos casos contemplados nos tipos penais específicos, aos quais se acham vinculadas (p. ex., a causa especial de aumento prevista no par. 2º do art. 157 do CP) e estão previstas, por só na Parte Especial do mesmo Código.

As majorantes e minorantes determinam aumentos ou diminuições de pena em quantidades *fixas* e *variáveis*, isto é, previamente estabelecidos em lei (p. ex., par. 3º do art. 171) ou a serem determinadas pelo juiz dentro das margens fracionárias previstas (p. ex., par. 2º do art. 155), respectivamente.

No primeiro caso, a atividade judicial se restringirá a uma simples operação aritmética⁵⁶, agregando ou retirando da base de cálculo a quantidade certa de pena determinada pela causa especial de aumento ou de diminuição.

No segundo caso, será indispensável, antes dessa operação e bem observadas as margens estabelecidas para as majorantes e minorantes, estabelecer a **quantidade** para daí poder ser agregada ou retirada da base de cálculo.

Como vimos até aqui, o Código foi cuidadoso na indicação de critério e ferramentas para a quantificação da pena-base e nada disse, ao menos explicitamente, sobre como o juiz deveria proceder para fixar a pena provisória e a pena definitiva.

A doutrina infelizmente não decidiu enfrentar essa questão de modo adequado e satisfatório visando um ideal de segurança jurídica para as partes no processo.

A seu turno, os Tribunais, em seus ingentes esforços para preencher vazios normativos e dar sentidos aos textos, construíram critérios objetivos para a mensuração da causa especial de diminuição prevista para a tentativa (art. 14, II do CP) e das causas especiais de aumento previstas para os crimes em concurso formal (art. 70) e continuados (art. 71 e seu parágrafo do CP).

“O art. 119 do CP determina que, no caso de concurso de **crimes**, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente. Tratando-se de **crime continuado**, não deve ser considerado o aumento da pena relativo à continuidade delitiva no cômputo do prazo prescricional...” - REsp 109.888-RS, Rel. Min. Edson Vidigal).

A **prescrição**, quando proferida sentença condenatória, será regulada pela pena em concreto aplicada, entendendo-se como tal aquela definida após a apreciação de todas as etapas da dosimetria, desconsiderando-se eventuais acréscimos em decorrência do reconhecimento de **concurso formal** ou continuidade delitiva” (AgRg no AREsp 469600, 5ª. Turma do STJ, Rel. Min. Gurgel de Faria).

⁵⁶Por exemplo: no homicídio culposo CP determina, no par. 4º do artigo 121, aumento de 1/3 de pena se o fato foi decorrência da inobservância de regra técnica. Tendo o juiz fixado, por exemplo, pena provisória em 18 meses, a pena final, necessariamente, será de 24 meses (18 meses mais os 6 meses correspondentes ao terço da citada causa especial de aumento).

Tem-se entendido pacificamente que a quantidade de redução entre 1 a 2/3 para o crime tentado (parágrafo único do art. 14) deverá ser *proporcional ao iter criminis* percorrido pelo criminoso. Como acentuou o ex- Ministro Ayres Brito, em importante precedente⁵⁷, “*no mais forte reconhecimento do postulado da proporcionalidade entre o tamanho da pena e a gravidade do crime, o Código Penal estabelece que a reprimenda para os crimes tentados é menor do que a cominada para os delitos consumados. Nesse rumo de ideias, a doutrina é firme no sentido de que a definição do percentual da redução da pena levará em conta o iter criminis percorrido pelo agente*”.

Portanto, quanto mais distante o agente ficar do resultado maior deverá ser a redução e, pelo contrário, quanto mais próximo ele ficar menor deverá ser a redução, ante a necessidade de ser mais intensamente reprovada a sua conduta⁵⁸.

No caso do concurso formal (chamado de *próprio* – 1ª. parte do art. 70 -para diferenciá-lo da do concurso formal (chamado de *impróprio*) regido pela regra do concurso material –art. 68 do CP)⁵⁹, a recomendação pretoriana é no sentido de que a quantificação da pena entre 1/6 a 1/2 corresponda objetivamente ao número de delitos⁶⁰. Em recente decisão, o STJ recomendou ainda a combinação desse critério como o proposto pelas circunstâncias judiciais⁶¹.

Como também pode haver concurso formal em ação única perpetrada num mesmo contexto contra vítimas diferentes (exemplo clássico do assalto a um casal que caminha pela via pública), a jurisprudência, nessa situação, vem recomendando a adoção do *número de vítimas*⁶² como critério objetivo para a mensuração da majorante prevista na primeira parte do art. 70 do CP.

Por último, quando a hipótese for de crime continuado *simples* (art. 71, **caput** do CP) o critério do *número de crimes* é também pacificamente

⁵⁷HC 94912, 1ª. Turma, julgado em 20.10.2009.

⁵⁸“A diminuição em grau mínimo, pela tentativa, é justificada pela circunstância de ter o paciente praticamente consumado o delito, denotando maior gravidade da conduta”. [HC 110.021, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 5-6-2012, 2º T, DJE de 19-6-2012.]

⁵⁹Nessa modalidade de concurso formal há uma ação (*unidade de desígnios*) e pluralidade de delitos ou de vítimas (1ª. parte do art. 70). Diferentemente é o concurso formal *impróprio* que enseja penas cumuladas para os diferentes crimes cometidos em razão da *diversidade de desígnios* (2ª. parte do art. 70).

⁶⁰“O magistrado elevou a pena em 1/6 ao aplicar a regra do concurso formal de crimes, atuando, desse modo, em sintonia com a jurisprudência dominante, que entende ser esse o patamar aplicável quando cometidos apenas dois delitos”. (HC 102.510, rel. min. Ellen Gracie, j. 14-12-2010, 2º T, DJE de 8-2-2011. E HC 77.210, rel. min. Carlos Velloso, j. 9-3-1999, 2º T, DJ de 7-5-1999).

⁶¹“O STJ sedimentou o entendimento de que o aumento da pena – tanto na continuidade simples quanto na continuidade específica - deve se pautar no **número** de infrações cometidas e também nas circunstâncias judiciais, partindo-se do patamar mínimo de 1/6. Precedentes” (HC 199635, 5ª. T., rel. Min. Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 20/09/2016).

⁶²REsp 1598077/SE, Ministro Rogério Schetti Cruz, 6ª. T., julgado em 28.6.2016, DJe 1.8.2016 e Apelação n. 70033371865, 1ª. Câ. Crim. TJRS, relator Des. Marco Antonio Ribeiro de Oliveira.

recomendado pela doutrina⁶³ e pela jurisprudência⁶⁴ para a exasperação da pena provisória dentro da margem mínima de 1/6 e máxima de 2/3.

Se o crime continuado for qualificado (par. do art. 71), é importante lembrar que para a majoração da causa de aumento, **até** o triplo da pena provisória, o critério objetivo do número de crimes deverá ser associado ao resultado da análise das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do CP (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias do crime)⁶⁵.

Observe-se que o parágrafo único do artigo 71 aponta apenas o máximo possível de ser aplicado como pena decorrente do concurso impróprio de crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa (até o triplo).

Como explicamos em nosso livro *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*, duas são as interpretações possíveis que esse dispositivo enseja. A primeira, de que a margem mínima da majorante nessa modalidade de continuidade delitiva deva ser a mesma prevista no *caput* do art. 71, ou seja, um sexto..

A segunda, de que as peculiaridades da seriação criminosa com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa e as considerações antes desenvolvidas sobre a natureza da individualização judicial da pena justificam a necessidade de maior reprovação social e autorizam daí a utilização como piso para a continuidade o *teto fracionário* constante do **caput** do mesmo artigo 71 (no caso, 2/13).

Assim, para dois delitos o aumento seria de 2/3, para três 3/3, para quatro, 4/4 e assim, sucessivamente, até 9/3, fração essa que corresponde ao **limite** possível de imposição da majorante: o triplo da pena provisória.

É importante uma observação final relacionada ao concurso formal e à continuidade delitiva: Para cumprir as determinações dos parágrafos únicos dos artigos 70 e 71, o juiz deverá a) individualizar separadamente as penas *para cada um dos crimes*, ato contínuo, somá-las, para poder conhecer a sua grandeza; b) escolher a pena-base mais gravemente estabelecida para um dos delitos e seguir as demais etapas do método trifásico com as incidências dos aumentos ou diminuições decorrentes das agravantes e atenuantes e, por último, das causas especiais de pena ou do concurso formal ou da continuidade delitiva; b) por último, diante dos resultados alcançados, promover a comparação a fim de identificar *qual o resultado penal* menos

63MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, São Paulo, Atlas, 1989, p. 309.

64“*No crime continuado, independentemente de sua natureza simples ou qualificada, a escolha do percentual de aumento da pena varia de acordo com o número de infrações praticadas*”. (RHC 107.381, rel. min. Cármen Lúcia, j. 31-5-2011, 1º T, DJE de 14-6-2011).

65HC 35189, 5ª. T., rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 17.5.2016.

gravoso para o acusado e daí anunciá-lo como o escolhido, de modo a poder resguardar o sentido e a finalidade das exceções previstas nos artigos 70 e 71 do CP.

Com efeito, as regras do concurso formal e do crime continuado foram instituídas para *beneficiar* o acusado e por isso é preciso confrontar os resultados obtidos para evitar-se o risco de que ele venha a ser sancionado com pena *mais grave* do que a que seria eventualmente aplicada em conformidade com a regra geral do concurso material prevista no art. 69 do CP⁶⁶.

Com esse procedimento haverá também maior controle pelo juiz e pelas partes sobre a prescrição porque, segundo o verbete n. 479 da Súmula do STF, antes destacado, os aumentos de pena decorrentes do concurso formal e da continuidade delitiva não são considerados para a extinção da punibilidade pela pena concretizada na sentença.

d) Provimentos complementares: a fixação do regime e a eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

A atividade de individualização da pena privativa de liberdade *na segunda fase, a judicial*, se esgotará, depois da *objetiva quantificação*, com a fixação do regime inicial de execução (art. 33 do CP)⁶⁷ - e a eventual substituição da referida

66"Reconhecida a incidência do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, é imprescindível a observância da regra elencada no parágrafo único do art. 70 do CP, segundo a qual "não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código". Na espécie, o Tribunal de origem aplicou o **concurso material**, tendo em vista que seria **mais benéfico** ao paciente, situação que não revela ilegalidade" (HC 300074, 6ª. T. do STJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 4.12.2014).

Ainda:

4. "Na continuidade delitiva específica, prevista no parágrafo único, do art. 71, do Código Penal, o aumento da pena fundamenta-se tanto em critério objetivo (quantidade de infrações) quanto subjetivos (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias do delito). Precedentes desta Corte. 5. Na hipótese, constatado que o aumento decorrente da continuidade delitiva levaria a uma pena superior àquela que seria aplicada no caso de cúmulo **material**, necessária a aplicação do **concurso material benéfico**" (STJ, 5ª. T., HC 228151, rel. Min. Laurita Vaz).

67A pena de reclusão é executada nos regimes fechado, semiaberto e aberto, ao passo que a de detenção é executada só nos regimes semiaberto e aberto, salvo caso de regressão, como prevêem os artigos 33 do CP e 118, incisos, da LEP.

O regime *inteiramente fechado* previsto no par. 2º do art. 2º da Lei 8072/90 foi qualificado pelo STF como inconstitucional. A fixação do regime inicial, portanto, será realizada com base na quantidade da pena imposta e também da favorabilidade ou não das circunstâncias judiciais. Os condenados por crimes hediondos, portanto, tem direito à progressão, desde que cumpridos 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente (par. 2º do art. 2º da Lei 8072/90). Há muita controvérsia na determinação do caráter hediondo ou não na condenação por tráfico privilegiado de drogas (art. 33 e par. 4º da Lei 11343/2006). Em recurso repetitivo, o STJ decidiu que "A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da

pena por qualquer uma das previstas no artigo 43 do CP (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas e limitação de fim de semana)⁶⁸.

Conclusões

Do exposto, pensamos ter deixado explícito que *aplicar a pena* é uma atividade-meio destinada a efetivar a garantia da *individualização da pena* em sua *fase judicial* para que a pena seja *quantificada* conforme as particularidades ditadas pelo fato concreto e em atenção às singularidades (ou individualidades) do seu agente.

A boa compreensão sobre a natureza jurídica e o sentido teleológico da garantia da *individualização da pena* propiciará as condições para que haja na seara criminal respeito às *diferenças* inerentes a cada fato e a cada acusado e assim impedirá o risco de que a sentença possa ser transformada em paradigma para utilização em todo e qualquer caso.

A quantificação da pena é atividade-meio regrada e por isso em todas as etapas do método trifásico é imprescindível a justificação Estatal em torno das opções realizadas.

O regramento legal é subsidiado pela volumosa reiteração de acórdãos que, assim, produziu regras práticas de prática e utilíssima aplicação, que,

conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime. 2. A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização" (REsp 132908, Terceira Seção, Rel. Min. Sebastião Reis Jr., julgado em 13.3.2013).

É importante registrar que a Lei n. 70792/2003 que dispôs sobre o Regime Disciplinar diferenciado não criou *outra espécie* de regime, senão que estabeleceu novas regras a serem cumpridas pelos presos do regime fechado que vierem a praticar fatos dolosos ou sobre quem recaírem suspeitas fundadas de envolvimento ou participação em organizações criminosas. Esse regime diferenciado que enseja isolamento por tempo não superior a 360 dias, pode ser imposto também aos presos provisórios que apresentarem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou para a sociedade.

⁶⁸As penas restritivas de direito são autônomas porque não podem ser aplicadas com as penas privativas de liberdade (pela impossibilidade prática de cumprimento) e substitutivas (porque executadas em lugar destas últimas), desde que a) o quantum da privativa de liberdade não ultrapasse a 4 anos, b) que não tenha havido emprego de violência ou grave ameaça à pessoa quando da prática da atividade delituosa e c) o condenado não seja reincidente em crime doloso, a não ser que o juiz venha a considerar que a substituição é socialmente recomendável e desde que a reincidência não seja pelo "mesmo crime" (art. 44 e seu par. 3º).

É interessante observar que o art. 28 da Lei de Drogas (11.343/2006) contempla a possibilidade de aplicação DIRETA de pena restritiva direitos. Essa pena, portanto, não é SUBSTITUTIVA, o que confirma a máxima de que toda regra tem uma exceção.

no entanto, pode e deve ser aperfeiçoado para poder-se alcançar um ótimo de segurança jurídica no processo.

A valorização da culpabilidade há de ser acentuada para que ela seja situada mais claramente como critério reitor na graduação não só da pena-base, mas, também, das penas provisória e definitiva.

É óbvio, à culpabilidade ditada pela fato – art. 29 e 59 do CP)) da pena rege **todas as fases do método trifásico** e não só a primeira fase, ao contrário, portanto, do que a leitura rápida e desatenta do artigo 68 do CP pode sugerir. Embora a alusão a esse critério na **primeira parte** desse dispositivo estruturado em três partes é com o sentido que estamos destacando neste momento que todo o artigo citado precisa ser lido e aplicado, a não ser incorrendo-se em grave equívoco de interpretação, pois careceria de sentido o cuidado do legislador em recomendar respeito ao critério da proporcionalidade na primeira fase e o seu total descuido ao supostamente deixar o juiz livre para aplicar a pena que bem entender nas fases subsequentes.

A preservação em todas as fases do grau da culpabilidade determinado quando da pena-base dará maior unidade e coerência interna ao sistema normativo nela assentado.