

DIEGO DA MOTA BORGES

**APLICAÇÃO DA PENA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

**Trabalho de conclusão de curso,
apresentado à Fundação Educacional
de Ituverava, Faculdade Dr. Francisco
Maeda, para obtenção de título de
Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Clovis Alberto Volpe
Filho**

**ITUVERAVA
2012**

DIEGO DA MOTA BORGES

**APLICAÇÃO DA PENA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

**Trabalho de conclusão de curso, apresentado à Fundação Educacional de Ituverava,
Faculdade Dr. Francisco Maeda, para obtenção de título de Bacharel em Direito.**

Ituverava, 23 de novembro de 2012.

Orientador(a): _____
Prof. Clovis Alberto Volpe Filho

Examinador(a): _____
Prof. André Luis Jardini Barbosa

Examinador(a): _____
Profª. Ligia Barros de Freitas

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primordialmente aos meus pais Gilberto e Sônia, que muito embora não tenham tido oportunidade de se dedicarem aos estudos sempre me incentivaram a prosseguir nesta caminhada, sobretudo pela enorme contribuição na minha formação enquanto pessoa, educação e meu caráter.

Não poderia deixar também de dedicar este trabalho a minha noiva, companheira e amiga, Polyana, pelo seu carisma, por nossos cinco anos juntos e por sua compreensão ante minha ausência este ano.

AGRADECIMENTOS

Começo agradecendo a Deus por me ter permitido cursar Direito, e embora pretendesse inicialmente ascensão social possibilitou-me descobrir o quão valoroso e nobre são os caminhos possíveis de se traçar pelo bacharel em direito.

Agradeço também a minha noiva Polyana por sua dedicação e disponibilidade em realizar constantes correções neste trabalho.

Também não poderia deixar de agradecer meus sogros Paulo e Zuleica, pelo estímulo e incentivo, além das palavras amigas durante o curso de Direito e minha preparação para o Exame de Ordem.

Agradeço também meu orientador, pela indicação do tema aqui tratado e por sua contribuição técnica indicando os erros e direcionando esta pesquisa, além de disponibilizar, conjuntamente com seu sócio Jean Gustavo Moisés, a quem também presto meus agradecimentos, a biblioteca de seu escritório de advocacia, do qual inclusive faço parte a mais de dois anos, que sem dúvidas foi essencial para o enriquecimento doutrinário desenvolvido.

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los. O meio mais seguro, mas ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos inclinados a praticar o mal, é aperfeiçoar a educação.

CESARE BECCARIA

RESUMO

O presente trabalho permite ao leitor uma visão acerca do histórico da pena do Brasil, desde o período pré-colonial até os dias atuais, com o advento da Constituição Federal de 1988, que instituiu diversos princípios que devem ser considerados no momento de aplicação da pena, bem como permite entender a aplicação da pena à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Assim, o primeiro capítulo permite entender, ainda que minimamente, o histórico da pena no país, passando pelo período pré-colonial, colonial, pelo Brasil Império, Brasil República, pelo Código de 1940, por sua alteração, na parte geral, ocorrida em 1984, até a Constituição Federal. No segundo capítulo é abordado acerca dos princípios e sua aplicação no campo da pena, de modo a entender qual a interpretação que deve ser feita em relação aos dispositivos afetos a pena e os princípios constitucionais que lhe são aplicáveis. No terceiro capítulo discorre-se a respeito das teorias que tentam explicar a finalidade da pena, ou seja, a teoria absoluta ou retributiva, a teoria relativa ou da prevenção e a teoria mista. No quarto capítulo deste trabalho é tratado sobre a aplicação e dosimetria da pena, segundo o sistema trifásico, instituído após a nova parte geral do Código Penal ocorrida em 1984. Por fim, no quinto e último capítulo, que é o cerne do trabalho, foram analisadas algumas jurisprudências relacionadas a aplicação da pena, de modo que fosse possível entender a aplicação da pena à luz da jurisprudência, tendo se preferido analisar os julgados de 2011, posto que mais recentes, do Superior Tribunal de Justiça, responsável por interpretar e aplicar a lei infraconstitucional.

Palavras-chave: Direito Penal. Aplicação da pena. Dosimetria. Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

SUMMARY

This work allows the reader an overview about the history of Brazil's penalty, since the pre-colonial period to the present day, with the advent of the Federal Constitution of 1988, which established several principles that should be considered when applying the penalty and allows us to understand the application of the penalty in the light of the jurisprudence of the Supreme Court. Thus, the first chapter allows us to understand even minimally, the historic sentence in the country, through the pre-colonial, colonial, Empire of Brazil, Brazil Republic, the Code of 1940, by its amendment, on the whole, held in 1984, to the Federal Constitution. The second chapter is approached about the principles and their application in the field of penalty, in order to understand the interpretation of which must be made in relation to devices affects the penalty and the constitutional principles that apply. The third chapter discusses is about the theories that attempt to explain the purpose of punishment, ie, absolute or retributive theory, or the theory concerning the prevention and theory mixed. In the fourth chapter of this work is handled on the application and dosimetry of the sentence, according to the three-phase system, established after the new general part of the Criminal Code occurred in 1984. Finally, in the fifth and final chapter, which is the core of the paper, we analyze some case law related to the application of the penalty, so it was possible to understand the application of the penalty in the light of the case law, having preferred to analyze the trial of 2011, since more recent, the Superior Court of Justice, responsible for interpreting and applying the law *infra*

Keywords: Criminal Law. Sentencing. Dosimetry. Positioning of the Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ANÁLISE HISTÓRICA DA PENA NO BRASIL	13
1.1 A PENA NO PERÍODO PRÉ-COLONIAL E PERÍODO COLONIAL	12
1.2 A PENA NO CÓDIGO PENAL DO IMPÉRIO	13
1.3 A PENA NO CÓDIGO PENAL DA REPÚBLICA DE 1890	15
1.4 A PENA NO CÓDIGO PENAL DE 1940	15
1.5 A PENA APÓS A REFORMA DA PARTE GERAL DE 1984	16
1.5.1 AS ESPÉCIES DE PENA	17
1.5.1.1 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	18
1.5.1.2 A PENA RESTRITIVA DE DIREITOS	19
1.5.1.3 A PENA DE MULTA	19
1.6 A PENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	20
2 PRINCÍPIOS: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E A IMPORTÂNCIA NA CIÊNCIA DO DIREITO	21
2.1 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE	22
2.1.1 PROIBIÇÃO DA PENA DE MORTE.....	23
2.1.2 PROIBIÇÃO DE PENA DE CARATER PERPÉTUO	24
2.1.3 PROIBIÇÃO DE PENA DE TRABALHOS FORÇADOS.....	25
2.1.4 PROIBIÇÃO DE PENAS DE BANIMENTO	26
2.1.5 PROIBIÇÃO DE PENAS CRUÉIS	26
2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DOS DELITOS E DAS PENAS - <i>nulla poena sine praevia lege</i>	27
2.3 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PESSOAL, PESSOALIDADE OU INTRANSCEDÊNCIA	28
2.4 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	29
2.5 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE	30
2.5.1 CULPABILIDADE COMO LIMITE NA FIXAÇÃO DA PENA	30

2.5.2 CULPABILIDADE COMO CONCEITO CONTRÁRIO À RESPONSABILIDADE OBJETIVA	31
3 TEORIAS DA PENA	32
3.1 TEORIA ABSOLUTA OU RETRIBUTIVA	32
3.2 TEORIA RELATIVA OU DA PREVENÇÃO	33
3.2.1 A PREVENÇÃO GERAL	33
3.2.2 A PREVENÇÃO ESPECIAL	33
3.3 TEORIA MISTA OU UNIFICADORA	34
4 APLICAÇÃO DA PENA	35
4.1 DOSIMETRIA E MÉTODO TRIFÁSICO	35
4.1.1 PRIMEIRA ETAPA: A FIXAÇÃO DA PENA BASE	36
4.1.2 SEGUNDA ETAPA: CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES ...	38
4.1.3 TERCEIRA ETAPA: AS CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO	39
5 ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	41
5.1 CIRCUNSTÂNCIA QUE INTEGRA O TIPO PENAL COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL	41
5.2 CIRCUNSTÂNCIA QUE INTEGRA O TIPO PENAL COMO CAUSA DE AUMENTO DE PENA	43
5.3 MAUS ANTECEDENTES E AÇÕES PENAIS EM CURSO: SÚMULA Nº 444 DO STJ	44
5.4 ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPERIOR	45
5.5 DIMINUIÇÃO EM GRAU MÍNIMO PELA DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA	45
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49
ANEXOS	51

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é examinar o tema aplicação da pena à luz da jurisprudência do STJ (Superior Tribunal de Justiça), responsável no Brasil por interpretar e fazer cumprir a legislação infraconstitucional, de modo que se optou por selecionar para análise alguns julgados do ano de 2011, tendo em vista serem mais recentes e melhor expressarem o seguimento adotado hodiernamente por este Tribunal, muito embora não se desconsidere que as matérias estudadas encontrem seu fundamento na Constituição Federal, de modo que também seria possível analisar os julgados segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

O estudo destes julgados (do STJ) sobre a aplicação da pena é suma relevância no contexto social, pois objetiva verificar o subjetivismo nas decisões judiciais quando da análise das circunstâncias judiciais nas fases de aplicação da pena.

Por meio do levantamento de diversas bibliografias pode-se traçar neste trabalho um histórico da pena no país, iniciando-se do período pré-colonial até os dias atuais, após o advento da Constituição Federal de 1988, além de elencar os principais princípios constitucionais aplicáveis ao tema, bem como discorrer sobre as teorias da pena e o sistema trifásico de dosimetria, de modo a criar substrato para o levantamento e estudo de julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Desta forma, o trabalho apresenta em seu primeiro capítulo a aplicação da pena no período pré-colonial e colonial, com as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, após, a pena no Código Penal do Império, que sofreu influência do Código Penal da Espanha, prevendo a pena privativa de liberdade e o sistema até hoje utilizado do dia-multa.

Ainda neste capítulo explicitou-se a pena no Código Penal do Brasil República de 1890, considerado um atrasado para sua época, o qual previa quatro espécies de penas privativas de liberdade, sendo a prisão celular, a reclusão, a prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar, além do Código Penal de 1940, que estabeleceu a divisão das penas em principais e acessórias e instituiu as penas privativas de liberdade em reclusão e detenção.

Também foi evidenciada neste tópico a alteração da parte geral do Código Penal ocorrida em 1984, que seguiu o sistema trifásico de aplicação da pena, também conhecido como método Hungria, Código esse que adotou a ideia da pena como ressocialização do indivíduo, e, por fim, discorreu-se sobre a pena na Constituição Federal de 1988, que por instituir diversos direitos e garantias promoveu uma interpretação mais humanitária dos temas relacionados pena no país.

O capítulo dois do trabalho trata do conceito, natureza jurídica e a importância dos princípios na ciência do direito, sobretudo na aplicação da pena, destacando, ainda que rapidamente, a divergência doutrinária acerca de sua conceituação, para após discorrer sobre os princípios em espécie, começando pelo aqui entendido como mais importante, do qual os outros derivam que é o princípio da humanidade das penas, manifestado através da proibição da criação de pena de morte, trabalhos forçados, banimento e pena cruel, após, dissertou-se sobre o princípio da legalidade dos delitos e das penas, da responsabilidade pessoal, personalidade ou intranscendência, da individualização da pena e princípio da culpabilidade.

Trabalhou-se no terceiro capítulo acerca das principais teorias que tentam explicar a finalidade da pena, analisando-se a teoria absoluta ou da retribuição, a teoria relativa ou da prevenção, em seu aspecto geral e especial, negativo e positivo, e, por fim, a teoria mista ou unificadora da pena.

No quarto e penúltimo capítulo abordou-se a aplicação da pena, conforme o sistema trifásico instituído pela reforma do Código Penal, onde foi explanado o procedimento atual de aplicação da pena no direito brasileiro, através de suas três etapas, ou seja, primeiramente pela verificação das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, após, as circunstâncias agravantes e atenuantes, e, por fim, na terceira etapa, as causas de aumento e de diminuição de pena.

Finalmente, no quinto e último capítulo, após a mínima mais suficiente bagagem criada durante os capítulos anteriores foi possível levantar e analisar algumas jurisprudências, onde se preferiu eleger aqueles julgados do Superior Tribunal de Justiça mais recentes, do ano de 2011, não obstante seja tomado por certo aqui que grande parte das matérias relacionadas à aplicação da pena, senão todas tenham raiz na Constituição Federal.

Muito embora não se tenha exaurido o tema, pode-se verificar pelos julgados o modo como o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado em relação a temas como conduta social, culpabilidade e maus antecedentes.

1 ANÁLISE HISTÓRICA DA PENA NO BRASIL

Para uma melhor compreensão da aplicação da pena é de suma importância perpassar pela história da pena no Brasil, iniciando-se no período pré-colonial até os dias atuais, com o advento da Constituição Federal de 1988.

Todavia o que se pretende não é esgotar o histórico da pena, mas sim reunir, ainda que minimamente, alguns dos mais relevantes acontecimentos ocorridos em cada um dos períodos da história da pena no país.

Não se pode negar que a compreensão de qualquer instituto do direito, tal como é o da pena, requer um mínimo de conhecimento acerca de seu surgimento, daí se entender importante iniciar pela pena no período pré-colonial, passar pelo Brasil Colônia, após, pelo Código do Império e pelo primeiro Código do Brasil República, passando pelo Código de 1940 e, conseqüentemente, pela reforma de sua parte geral em 1984, até, finalmente, a nova ordem constitucional de 1988, com a Constituição Cidadã.

1.1 A PENA NO PERÍODOS PRÉ-COLONIAL E COLONIAL

Durante o período pré-colonial as regras de convívio entre os povos indígenas eram pautadas em costumes e crenças, admitindo-se a vingança e o canibalismo como forma de penalização. Gomes (2008) relata que nessa época as penas eram determinadas por um membro da tribo, que atuava como juiz.

Por outro lado, quando se tratava de crimes mais graves, Noronha (1985) acentua que a pena não se determinava por um único juiz, mas sim por uma assembleia, constituída em um tribunal, com aplicação de penas de castigos corporais e provocações até a morte.

A pena nessa época baseava-se, segundo apontado por Gomes:

Em costumes e crenças tribais que admitiam o canibalismo e a vingança compensatória (espécie de talião aplicado pela própria vítima). Ao lado dessas práticas primitivas, nas tribos indígenas brasileiras não se puniam, em determinada situações, o uxoricídio (o homicídio da mulher pelo próprio marido), o infanticídio, o aborto e a eutanásia. Os habitantes da nova terra tinham regras de convivência impregnadas de mitos e tabus – e de outra forma não poderia ser, dada a própria natureza da cultura indígena – em que a responsabilidade objetiva, transmissível a terceiros, era comum (GOMES, 2008, p. 41)

Já durante a colonização do Brasil por Portugal vigoraram as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e as Filipinas. Ensina Fragoso (1987) que as Ordenações Afonsinas guiavam-se pela desigualdade, pois havia a previsão da pena de morte, que era aplicada segundo a posição social (nobre ou plebeu) do apenado.

Essa Ordenação recebeu esse nome pelo fato de ter sido compilada durante o reinado de D. Afonso V.

As Ordenações Afonsinas vigiam em Portugal à época do descobrimento (1447-1521). Assim designadas por terem sido compiladas durante o reinado de D. Afonso V, continham 121 títulos de índole penal e processual penal, cuja elaboração fora nitidamente influenciada pelo direito romano-canônico. Suas disposições não revelam qualquer preocupação com os fins da pena ou sua proporcionalidade em relação ao delito (GOMES, 2008, p. 42).

As Ordenações Manuelinas advieram no ano de 1521, ordenadas por D. Manoel I, e segundo Fragoso (1987) seguiram o sistema das Ordenações anteriores, mantendo sua essência, com apenas algumas correções.

Em 1580, ano em que a Espanha dominava Portugal, foi determinada a realização de outra reforma da legislação até então existente, a pedido de D. Felipe I. Essa Ordenação, da mesma forma que a primeira ordenada por D. Afonso V, recebeu o nome de seu idealizador, qual seja, Ordenações Filipinas.

Gomes (2008, p. 44-45) acentua que após os trabalhos, “em 1603, D. Felipe III de Espanha (Felipe II de Portugal) publicou as Ordenações Filipinas, também conhecidas como Código Filipino, cujo Livro V era composto por 143 títulos”.

Ainda sobre as Ordenações Noronha afirma que:

Refletiam as Ordenações Filipinas o direito penal daqueles tempos. O fim era incutir temor pelo castigo. Aliás, a pena de morte comportava várias modalidades. Havia a morte simplesmente dada na forca (morte natural); a precedida de torturas (morte natural cruelmente); a morte *para sempre*, em que o corpo do condenado ficava suspenso, e putrefazendo-se, vinha ao solo, assim ficando, até que a ossamenta fosse recolhida pela Confraria a Misericórdia, o que se dava uma vez por ano; a morte pelo fogo, até o corpo ser feito em pó (NORONHA, 1985, p. 54).

Nesse período colonial, da mesma forma como as Ordenações Afonsinas, Gomes (2008) anota que as Ordenações Filipinas reconheciam para a pena uma finalidade processual, servindo somente de custódia ao acusado.

1.2 A PENA NO CÓDIGO PENAL DO IMPÉRIO

No ano de 1822 o Brasil tornou-se um país independente, sendo outorgada sua primeira Constituição no ano de 1824, que apenas disciplinou a pena em alguns aspectos.

Em razão disso, por inexistir legislação específica regulamentando a pena, “até que essa legislação entrasse em vigor, permaneceram válidas as Ordenações Filipinas, por força de Lei de 20 de outubro de 1823.” (MARQUES, 1997, p. 118 *apud* GOMES, 2008, p. 45).

Logo após a primeira Constituição, surgiu no ano de 1830 o Código Penal do Império, que por orientação liberal, conferia à sanção penal um fim utilitário. Esse código foi considerado um avanço para a época e teve influência do código penal da Espanha, prevendo, inclusive, princípios humanistas do Iluminismo e o pensamento progressista, fruto da obra de Cesare Beccaria¹ (GOMES, 2008).

Escrevendo sobre esse progresso, Nucci aduz que:

Somente com a edição do Código Criminal do Império (1830), advindo do projeto elaborado por Bernardo Pereira de Vasconcellos, conseguiu-se uma legislação penal mais humanizada e sistematizada. Constituiu-se um avanço notável, criando institutos (como, por exemplo, o dia-multa) até hoje utilizados pelo direito penal brasileiro e também por legislação estrangeira (NUCCI, 2012, p. 83).

É no Código do Império, segundo Gomes (2008), que surge, pela primeira vez, a previsão da pena privativa de liberdade na legislação brasileira, tanto que o art. 46 cuidou de prever a pena de prisão com trabalho ao passo que o art. 47 a de prisão simples, sendo que ambas deveriam ser cumpridas em cadeias públicas.

Sobre esse ponto, Gomes (2008) aponta certa influência dos conceitos de prevenção geral e especial, uma vez que a segurança da prisão facilitava o aprimoramento da disciplina dos condenados, bem como o cumprimento da pena próximo ao local do delito permitiria que as pessoas que dele tomassem conhecimento pudessem visualizar as consequências do comportamento criminoso.

Além da pena de prisão simples e de trabalhos forçados, Noronha (1985) ensina que o Código Penal do Império prescrevia também a modalidade de pena de morte pela força, a galé com trabalho público, a multa, a suspensão e a perda do emprego e o açoite.

Segundo Fragoso (1987) a pena de açoites era aplicada aos escravos junto a pena de morte, que foi abolida posteriormente por força de uma lei de 15 de outubro de 1886.

¹ Também conhecido como Marquês de Beccaria, Cesare Bonesana foi autor da clássica obra “Dos delitos e das penas”, de 1764, e também foi, sem dúvidas, o principal expoente do movimento de reforma das leis penais de sua época, pois se insurgiu contra o caráter punitivo das leis penais então existentes.

1.3 A PENA NO CÓDIGO PENAL DA REPÚBLICA DE 1890

Em 11 de outubro de 1890 surgiu o primeiro Código Penal Republicano, elaborado pelo Conselheiro Campos Sales, adaptando-se a nova ordem Constitucional de 1891. Dentre as modificações ocorridas na seara da pena do código anterior, pode-se destacar a extinção das penas de galés e de banimento judicial (art. 72, § 20), a sanção capital, exceto de caráter militar em tempo de guerra declarada (art. 72, § 21) e o banimento judicial (art. 72, § 20). (TOLEDO, 1987).

Em relação às alterações do anterior código, Noronha ensina que:

O Código Penal Republicano (Consolidação das Leis Penais) estabelecia como reprimenda a prisão celular cumprida em estabelecimento especial com trabalho e isolamento celular, o banimento que privava dos direitos de cidadania, a reclusão cumprida em fortalezas ou praças de guerra, a prisão com trabalho, que era cumprida em penitenciária agrícola, a prisão disciplinar a ser cumprida em estabelecimentos industriais, a interdição de direito, a suspensão e perda de cargo público e, por fim, a multa (NORONHA, 1985, p. 224).

Entretanto, por ser elaborado às pressas, Fragoso (1987, p. 62) destaca que “o CP de 1890 apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo. Foi, por isso mesmo, objeto de críticas demolidoras”.

Criticando o Código Penal da República, Cesar Roberto Bitencourt destaca que:

Os equívocos e deficiências do Código Republicano acabaram transformando-o em verdadeira colcha de retalhos, tamanha a quantidade de leis extravagantes que, finalmente, se concentraram na conhecida *Consolidação das Leis Penais* de Vicente Piragibe, promulgada em 1932 (BITENCOURT, 2011, p. 78).

O Código de 1890 complicou ainda mais o sistema, adotando quatro penas privativas de liberdade: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar (art.43) (ZAFFARONI; PIERAGELI, 2011, p. 678).

Ainda é importante anotar que a pena no Código Penal da República não abandonou por completo a Lei Penal do Império, tendo em vista que manteve seu caráter de prevenção e repressão, sempre em benefício da classe aristocrática.

1.4 A PENA NO CÓDIGO PENAL DE 1940

O Código de 1940, segundo Código Penal do Brasil República, foi fruto de projeto elaborado pelo Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Alcântara

Machado, feito a requerimento do então Ministro Francisco Campos, cuja análise foi submetida a uma comissão revisora, composta por Nélon Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra e colaboração de Costa e Silva, sofrendo influência do Código Penal

Noronha destaca nesta lei a divisão das penas em principais e acessórias:

O Código Penal de 1940 classificou as penas em principais (reclusão, detenção e multa) e acessórias (perda da função pública, interdição de direitos e publicação da sentença), as primeiras sempre aplicáveis, enquanto as segundas eventualmente impostas e cumulativamente com aquelas. Além do mais, introduziu as medidas de segurança para os considerados perigosos, dividindo a periculosidade em real e presumida (NORONHA, 1985, p. 224).

Dentre as novidades implantadas, “o código incorpora o princípio da reserva legal (inaplicável às medidas de segurança); o sistema de duplo binário (penas e medidas de segurança) a pluralidade e penas privativas da liberdade (reclusão e detenção)” (FRAGOSO, 1987, p. 66).

Além disso, segundo Zaffaroni e Pierageli (2011, p. 678) “o código de 1940 estabeleceu duas penas privativas de liberdade – reclusão (art. 30) e detenção (art. 31) -, proibindo a sua execução conjunta, o que foi respeitado”.

Fragoso (1987) ainda explica que o Código de 1940 cuidou de conceituar a tentativa, introduziu o sistema progressivo de cumprimento de pena, a suspensão condicional da pena e o livramento condicional.

1.5 A PENA APÓS A NOVA PARTE GERAL DE 1984

A introdução de um novo Código Penal teve seu início em 1980, com a constituição pelo Ministro Ibrahim Abi-ackel de uma comissão responsável pela reforma do Código Penal de 1940. Os Eminentes juristas que compunham a comissão encarregada da reforma foram Francisco Serrano Neves, Miguel Reale Júnior, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, René Ariel Dotti e Hélio Fonseca (GOMES, 2008).

O texto apresentado pela comissão bem refletiu o ideal humanista de seus autores, pois promoveu importantes alterações no Código de 1940, sendo que uma das modificações se fez no sistema de aplicação da pena, que a partir da nova parte geral do Código Penal de 1984 passou a seguir o sistema trifásico, também conhecido como método Hungria.

Com esse novo sistema, que vigora até os dias de hoje, a dosagem da pena passou a ser dividida em três fases, a saber: Na primeira, o Juiz analisa e dosa a pena segundo as

circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, na segunda verifica e aplica as circunstâncias agravantes e atenuantes e, na última fase, as causas de aumento e de diminuição de pena.

Surgiu com essa nova lei penal a ideia de ressocialização do indivíduo, ou seja, a pena como medida retributiva com finalidade de reinserir o apenado ao convívio em sociedade. Sobre esse ponto é relevante conferir os ensinamentos de Noronha, quando aduz que:

A atual reforma foi bem simples. As penas são de três espécies: privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa (art. 32, I, II e III).

Notam-se três princípios norteadores: a eliminação, o quanto possível, da pena segregativa imposta pelo cárcere, a humanização das penas e a individualização da reprimenda (NORONHA, 1985, p. 224-225).

A sistemática adotada pela reforma demonstrou, sob alguns aspectos, uma preocupação com a prevenção especial, sendo um dos objetivos da pena buscar a ressocialização do condenado.

Surge então, ainda na vigência da nova parte geral deste Código Penal, no ano de 1988, uma nova Constituição Federal, carregada de princípios protecionistas e humanitários, que cuidou de relegar nova interpretação aos dispositivos do Código Penal.

1.5.1 AS ESPÉCIES DE PENA

Conforme se pôde verificar, a pena foi gradativamente sofrendo modificações no decorrer da história. O Código Penal atual considera todas as penas como principais, de modo que se acabou com a antiga distinção, hoje ultrapassada, entre penas principais e acessórias (FRAGOSO, 1987).

Importante anotar que a pena, ao lado da medida de segurança, é uma espécie de sanção penal. É uma “sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos” (SOLER, 1970, 342 *apud* DE JESUS, 2012, p. 563).

Fragoso (1987, p. 292) conceitua a pena como a “a perda de bens jurídicos imposta pelo órgão da justiça a quem comete crime. Trata-se de sanção característica do direito penal, em sua essência retributiva”.

No Código Penal atual, cuja parte geral advém de 1940, a pena é dividida em três espécies, quais sejam, privativas de liberdade, restritivas de direito e multa.

1.5.1.1 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Segundo o Código Penal atual as penas privativas de liberdade são de reclusão e detenção, as quais se diferenciam pelo regime de seu cumprimento, pois, enquanto na de detenção a pena inicia-se no regime semiaberto e aberto, ressalvado a hipótese de transferência para o regime mais gravoso, a de reclusão tem início no regime fechado, semiaberto e aberto.

No regime fechado, o condenado deve ser “submetido a exame criminológico de classificação para a individualização da execução (art. 34, *caput*), ficando no trabalho no período diurno e isolamento durante o repouso noturno (§1º).” (DE JESUS, 2012, p. 569). Acrescenta Bitencourt (2011, p. 604) que “o regime fechado será executado em estabelecimento de segurança máxima ou média”.

Já no regime semiaberto, a “pena deverá ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, sendo-lhe permitido o trabalho em comum durante o período diurno” (GRECO, 2008, p. 510). Segundo o art. 33, § 1º, alínea c, do Código Penal, no regime aberto a execução da pena se dará em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Além disso, a Lei de Execução Penal “ainda exige que o condenado apresente, pelos seus antecedentes, ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.” (GRECO, 2008, p. 511).

Cezar Roberto Bitencourt aduz:

O condenado só permanecerá recolhido (em casa de albergado ou em estabelecimento adequado) durante o repouso noturno e nos dias de folga. O condenado deverá trabalhar, frequentar cursos ou exercer outra atividade autorizada fora do estabelecimento de vigilância. Com responsabilidade e disciplinadamente o detento deverá demonstrar que merece a adoção desse regime e que para ele está preparado, sem frustrar os fins da execução pena, sob pena de ser transferido para outro regime mais rigoroso (art. 36, § 2º, do CP) (BITENCOURT, 2011, p. 606).

A fixação do regime inicial de cumprimento da pena se determina pela quantidade de pena aplicada, ou seja, havendo condenação a pena superior a 8 (oito) anos deverá se iniciar o cumprimento no regime fechado. Por outro lado, sendo a condenação não for superior a 4 (quatro) até 8 (oito) anos, se não reincidente, cumprirá pena no regime o semiaberto.

Além desses regimes de cumprimento de pena, o art. 52 da LEP (Lei de Execuções Penais), cuja nova redação foi determinada pela Lei nº 10.792/03, institui o RDD (regime disciplinar diferenciado).

Esse regime possui regras específicas, entre elas o direito a saída da cela pelo prazo de duas horas por dia, com banho de sol, cela individual, visitas semanais de até duas pessoas mais crianças, por duas horas, além da duração máxima de até 365 (trezentos e sessenta e cinco dias), ressalvada a hipótese de nova sanção, até um sexto da pena aplicada, em caso de nova falta grave pelo agente (BITENCOURT, 2011).

1.5.1.2 A PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

A pena restritiva de direitos, ao lado da pena de multa, é uma modalidade de sanção penal alternativa à pena de prisão, cuja origem se deu no 6º Congresso da ONU (Organização das Nações Unidas), que reconheceu a necessidade de estudar alternativas à sanção privativa de liberdade, ideia que foi aprovada no 8º Congresso, recebendo a denominação de Regras de Tóquio. (CAPEZ, 2008)

O Código Penal Brasileiro estabelece determinadas penas alternativas à privativa de liberdade, previstas no art. 32, II, que trás um rol de cinco modalidades de penas restritivas, a saber: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, interdição temporárias de direitos e limitação de fim de semana.

1.5.1.3 A PENA DE MULTA

O Código Penal atual conceitua a pena de multa no art. 49, estabelecendo que a multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, que variará entre o mínimo de 10 (dez) e o máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Para se calcular o dia-multa deve-se, primeiramente, estabelecer dentre o mínimo e o máximo, o número de dias-multa, após, encontrar o valor de cada dia-multa e multiplicar esse valor pelo número de dias-multa.

Capetz (2008) acentua que o dia-multa é fixado com base no valor do maior salário mínimo vigente na data de cometimento do crime, devendo se situar entre 1/30 a 5 salários mínimos.

É importante destacar que a pena de multa em nenhuma hipótese será convertida em prisão, tendo em vista o estabelecido pelo art. 51 do Código Penal, o qual foi introduzido pela Lei nº 9.268/96, que dispõe que após o transitado em julgado da sentença condenatória a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se as normas atinentes à dívida ativa da Fazenda Pública.

1.6 A PENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, considerada como Constituição Cidadã, estabeleceu uma série de direitos e garantias individuais, possibilitando, assim, a defesa do cidadão em face do arbítrio do Estado.

Para tanto, a nova Ordem Constitucional estabeleceu um rol de disposições não passíveis de emendas constitucionais, exceto se para ampliar ou instituir novos direitos e garantias individuais. A isso convencionou a doutrina chamar de cláusulas pétreas², cuja previsão encontra-se estampada no § 4º, do art. 60, da CF.

É importante acentuar que uma das vedações às Emendas Constitucionais são as propostas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais, que, na sua maioria, encontram-se entabulados no art. 5º da Constituição Federal. Entretanto, a garantia outorgada pelo § 4º, do art. 60 não se destina tão somente ao art. 5º, mas sim a toda a garantia individual prevista na Carta Política.

Dentro desse rol de garantias, estabeleceu a Constituição Federal o maior de todos os princípios, que é o princípio da humanidade, o qual proíbe aplicação de qualquer pena que atente contra a dignidade da pessoa humana, além do princípio da culpabilidade, no sentido de obrigatoriedade da responsabilidade subjetiva (elemento subjetivo dolo e culpa) e o princípio da individualização da pena, entre outros tão importantes quanto, que serão abaixo analisados.

Portanto, o que fez a nova ordem constitucional foi limitar o arbítrio do Estado, que ficou impossibilitado de instituir a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e que atente contra a dignidade da pessoa humana.

² O rol de disposições constitucionais que não podem ser suprimidas, sequer por Emendas Constitucionais. Também conceituadas como núcleo intangível, imodificável ou inalterável.

2 PRINCÍPIOS: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E A IMPORTÂNCIA NA CIÊNCIA DO DIREITO

Conceituar princípio não é uma tarefa fácil, haja vista que inúmeras são as definições propostas pela doutrina hodierna, de modo que para uma melhor compreensão se faz necessário, por primeiro, trazer a baila o proposto pelo vernáculo, o qual assim dispõe:

1. o primeiro momento da existência (de algo) ou de uma ação ou processo; começo, início <*p. da vida na Terra*> <*no p. do casamento*> 2. o que serve de base a alguma coisa; causa primeira, raiz, razão (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 1552).

Nota-se que segundo o dicionário, princípio significa começo, início ou origem de algo, o que permite afirmar que se trata de algo anterior, que antecede a determinada coisa, daí o juízo geral segundo o qual os princípios constituem-se em pilares, vigas ou sustentáculos de todo o ordenamento jurídico.

Partindo daquela definição superficial dos princípios proposta pelo dicionário Houaiss, deve-se esclarecer que sob um prisma aprofundado diversos constitucionalistas divergem acerca de qual seja a natureza jurídica dos princípios.

Para José Afonso da Silva, princípios e normas detêm conceitos próprios e diversos:

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os princípios são ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleo de condensações’ nos quais confluem *valores e bens* constitucionais (SILVA, 2010, p. 92/93).

Sob outro ângulo, Bonavides (2011) entende que os princípios têm natureza jurídica de normas, dentro das quais se compreendem as regras e os princípios. Segundo ele, a norma é o gênero, enquanto os princípios e as regras são espécies.

Tal ideia é bem retratada em sua obra, no subcapítulo denominado os princípios são normas e as normas compreendem as regras e os princípios, quando assim pontua:

Faz-se, agora, de todo o ponto possível asseverar, a exemplo de Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e regras (BONAVIDES 2011, p. 271).

De conformidade com Paulo Bonavides leciona o professor J. J. Gomes Canotilho, que entende não haver distinção entre princípios e normas:

A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios. (*Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz*). Abandonar-se-á aqui esta distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas (CANOTILHO, 2002, p. 1146).

Mesmo que a priori se entenda e compreenda o conceito de princípio, segundo o que estabelece o vernáculo, é de se notar a complexidade que permeia essa conceituação, pois ora é encarado distintamente das normas e ora tido dentro delas como espécie, tal como as regras.

Inobstante essa discussão quanto à conceituação, o certo é que os princípios são de extrema importância na ciência do direito, sendo oportuna a frase do saudoso Miguel Reale (2003, p. 315-316) ao afirmar que “em verdade, toda a experiência jurídica e, por conseguinte, a legislação que a integra, repousa sobre princípios gerais de direito, que podem ser considerados os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico”.

Portanto, a incontestável importância dos princípios serve para legitimar o legislador e o Juiz, aquele no processo legislativo e este na aplicação da lei ao caso concreto, mormente na seara do direito penal em que o princípio norteador de todo o atuar do Estado é o da Humanidade, evidenciado na Constituição Federal em diversas passagens.

2.1 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

O primeiro e o mais importante princípio em matéria criminal é o da Humanidade, que embora não seja individualmente do direito penal, é nessa área que mais claramente se manifesta, sendo de extrema necessidade porque serve de limitação aos delitos e as penas.

Tamanha é importância deste princípio que Bitencourt assevera:

Estado não pode, de nenhum modo, e sob nenhum pretexto argumentativo, violar a dignidade da pessoa humana, estando desautorizada qualquer forma de intervenção punitiva que lesione a constituição físico-psíquica dos condenados (BITENCOURT, 2008, p. 16-17).

Interessante anotar a doutrina de Greco acerca do assunto, que afirma que “se a pena é um mal necessário, devemos, num Estado Social e Democrático de Direito, buscar aquela que

seja suficientemente forte para a proteção dos bens jurídicos essenciais, mas que, por outro lado, não atinja de forma brutal a dignidade da pessoa humana.” (GRECO, 2008, p. 528).

Conforme Ferrajoli, “a falta de humanidade da pena é [...] enunciado por Beccaria e por Kant com máxima de que cada homem, e por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado nunca como um ‘meio’ ou ‘coisa’, senão sempre como ‘fim’ ou ‘pessoa’”. (FERRAJOLI, 2006, p. 364).

Diversas são as passagens da atual Constituição Federal que dão conta da existência deste princípio. Um exemplo disso é a previsão do art. 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, para o qual não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

Nota-se que o princípio da humanidade se manifesta no ordenamento jurídico brasileiro proibindo a criação de penas que atentem contra a dignidade humana, garantia essa que sequer pode ser altera por emenda constitucional, haja vista tratar-se de cláusula pétrea.

O Superior Tribunal de Justiça, analisando um conflito de competência, teve a oportunidade de frisar a importância da humanidade das penas, conforme se verifica da seguinte Ementa:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO PENAL. TRANSFERÊNCIA DE PRESO PARA PRESÍDIO FEDERAL. NOVA SOLICITAÇÃO DE PRORROGAÇÃO DE PRAZO DE PERMANÊNCIA. NECESSIDADE NÃO DEMONSTRADA. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E HUMANIDADE DAS PENAS. 3. Se é verdade que a segurança pública deve ser resguardada, não menos importante é que a nossa Carta Política erige como direito fundamental o Princípio da Humanidade das Penas, consectário de um dos fundamentos da República: a dignidade da pessoa humana (STJ CC 113271 / RS CONFLITO DE COMPETENCIA, 2010/0134757-3, Rel. Min. Og Fernandes, j. 13.04.12).

O princípio da humanidade das penas se manifesta na proibição de criação de diversas penas, encontrando arrimo tanto na Carta Constitucional quanto em Tratados Internacionais subscritos pelo Brasil.

2.1.1 PROIBIÇÃO DA PENA DE MORTE

A primeira manifestação do princípio da humanidade é verificada na proibição da pena de morte, que, segundo o texto da Constituição, somente será possível em caso de guerra declarada. É importante transcrever o que dispõe o art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos, documento internacional subscrito pelo Brasil, incorporando dentro do

ordenamento jurídico por força de disposição do parágrafo 2º, do art. 5º, da Constituição Federal.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, promulgada por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, estabelece em seu art. 4º:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido.
Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.
3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente (BRASIL, Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992).

Além da vedação expressa feita pela Constituição Federal de 1988, o Pacto São José da Costa Rica cuidou de discorrer bastante a cerca da humanidade das penas, salvaguardando o direito a vida e impondo uma série de vedações aos países subscritores da Convenção.

Ao comentar a respeito do art. 4º, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, Rogério Greco menciona que:

De todas estas considerações, merece destaque aquela que diz que a pena de morte produz consequências irreparáveis que impedem sanar o erro judiciário e eliminam qualquer possibilidade de emenda e de reabilitação, haja vista que, nesta última parte, a pena de morte, além de contrastar com o princípio da dignidade da pessoa humana, contraria as funções preventivas atribuídas à pena, principalmente no que diz respeito à ressocialização do condenado (GRECO, 2009, p. 110).

No Brasil, portanto, quer pela expressa menção constitucional, quer pela Convenção subscrita em 1992, pelo Decreto nº 678, o princípio da humanidade deixa bem claro a obrigatoriedade do respeito à dignidade da pessoa.

2.1.2 PROIBIÇÃO DE PENA DE CARÁTER PERPÉTUO

Sob outro aspecto, a Humanidade das Penas resguarda os indivíduos contra o arbítrio do Estado, que detém o monopólio da violência, vale dizer, o direito de punir, de modo que é vedada constitucionalmente a imposição da pena de caráter perpétuo.

Disso se extrai que mesmo havendo o desvio do caminho comum da conduta que se espera de alguém, com a prática de uma conduta descrita em lei como crime, ainda assim a pena a ser aplicada, seja qual for a gravidade do delito, não poderá se eternizar no tempo.

Acerca deste tema a doutrina de Rogério Greco aponta:

A liberdade é um direito inato ao ser humano. O homem nasceu para ser livre, para ficar livre. A pena privativa de liberdade, por questões de necessidade, por ausência de alternativas para o caso concreto, limita um direito do ser humano previsto constitucionalmente. (...) Não somente as penas de caráter perpétuo são ofensivas ao princípio da dignidade da pessoa humana, como também aquelas de longa duração. O art. 75 do Código Penal prevê o limite de 30 anos como o tempo máximo para o efetivo cumprimento da pena, razão pela qual, quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 anos, devem elas ser unificadas para atender a esse limite (GRECO, 2009. p. 111).

Extrai-se dos ensinamentos de Greco que a liberdade é um direito próprio da pessoa e que qualquer intervenção estatal deve ser provisória, pois do contrário o indivíduo não será respeitado em sua dignidade e terá o direito de liberdade ferido de morte.

Vale ressaltar ainda que o Código Penal Brasileiro, em seu art. 75 estabelece o prazo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade, que não pode ser superior a 30 anos.

2.1.3 PROIBIÇÃO DAS PENAS DE TRABALHOS FORÇADOS

Também em razão do princípio da humanidade não pode haver a imposição de pena de trabalhos forçados. Na verdade, a Constituição Federal repudia qualquer trabalho que exponha o preso a condições humilhantes, pois a finalidade do trabalho não é penalizar ou retribuir o mal praticado, mas sim um meio de recuperação do preso.

Em razão disso, a obrigatoriedade ao trabalho imposta ao condenado a pena privativa de liberdade, na medida de suas aptidões, prevista no art. 31 da Lei de Execuções Penais é manifestamente inconstitucional.

Ainda que essa discussão não seja o objeto de análise deste trabalho é importante anotar o posicionamento doutrinário a respeito, consoante se pode notar dos dizeres de Adeildo Nunes.

O trabalho prisional é outra obrigação do Estado e outro direito do preso. A regra contida no art. 31 da LEP é inconstitucional, pois além de incidir em tratamento desumano, importa em trabalho escravo, ademais é livre o exercício de qualquer trabalho, nos termos do art. 5º, XIII, da Constituição Federal de 1988. Na realidade, o Estado tem obrigação de disponibilizá-lo ao preso, competindo a este decidir se aceita ou não (NUNES, 2012, p. 73).

Portanto, esse importante princípio que é o da humanidade também se manifesta na proibição de estabelecimento de lei que obrigue o preso ao trabalho, entendido sob este prisma que o art. 31 da Lei de Execução Penal é inconstitucional por afrontar direito ao não trabalho forçado.

2.1.4 PROIBIÇÃO DA PENA DE BANIMENTO

A pena de banimento corresponde à “retirada forçada de um nacional de seu país, em virtude de prática de determinado fato no território nacional” (MORAES, 2003, p. 332), ou seja, é a extinção da possibilidade de um cidadão conviver com seus pares em sua terra de origem.

Sobre esse ponto confira-se a doutrina de Greco:

O Brasil, infelizmente, foi pródigo em banimentos, a começar pela família imperial, logo depois do advento da República, em 1889, até os malsinados atos institucionais que, a exemplo do AI nº 13, de 6 de setembro de 1969, estabelecia o banimento de brasileiro que comprovadamente, se tornar inconveniente, nocivo ou perigoso à Segurança Nacional (GRECO, 2008, p. 86).

Portanto, o princípio da humanidade se manifesta também na proibição de instituição de pena de banimento, não sendo permitido ao Estado que expulse qualquer brasileiro de seu território.

2.1.5 PROIBIÇÃO DE PENAS CRUÉIS

Estabelece o art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao passo que o art. 5º, III, veda a prática da tortura.

Nas Ordenações Filipinas havia previsão de modalidades de penas cruéis, como a obrigação de os condenados saírem às ruas com chapéu de chifres ou amarrados a bolas de ferro (SHECARIA; CORRÊA JUNIOR, 2002).

Por ser vedada essa espécie de pena, tanto o legislador quando o julgador, em seus respectivos momentos deverão verificar se a pena a ser criada ou imposta não colide com a garantia do princípio da humanidade por ser cruel.

2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DOS DELITOS E DAS PENAS - *nulla poena sine praevia lege*

Pelo princípio da legalidade, somente haverá crime quando houver perfeita correspondência entre a conduta praticada e a previsão legal, daí a nomenclatura deste princípio, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Em outras palavras, além da previsão legal de que certa conduta é proibida pelo ordenamento jurídico deve haver também a previsão da respectiva da sanção ao agente que infringir a norma.

A definição supramencionada, de prévia cominação das condutas e penalidades pelo legislador para haver crime, seria a condizente com a de reserva legal, que ainda obriga a definição precisa da conduta a ser incriminada, vedando qualquer tipificação vaga e imprecisa.

O princípio da legalidade, cuja finalidade última é sempre a de preservar a liberdade, aplica-se não somente aos crimes, mas também às contravenções penais, com necessidade em ambos de precedência de lei para que seja o indivíduo punido por sua conduta.

Comentando sobre ao art. 1º, do CP e art. 5º, XXXIX, da CF, Luiz Regis Prado assim diz:

A sua dicção legal tem sentido amplo: não há crime (infração penal), nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (*stricto sensu*). Isso vale dizer: a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à lei *formal* anterior (garantia formal). Compreende, ainda, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa (*lex scripta lex praevia et lex certa.*) (PRADO, 2002, p. 111).

Sobre a divergência doutrinária entorno da origem histórica do princípio da legalidade, Claudio do Prado Amaral ensina:

De qualquer forma, importa salientar que o princípio da legalidade surge como máxima a partir da difusão das ideias iluministas. Com a queda dos regimes monárquicos absolutistas, o princípio da legalidade passou a fazer parte dos textos constitucionais e dos códigos penais (AMARAL, 2003, p. 82).

É correto dizer que depois do princípio da humanidade o mais importante é o da legalidade dos delitos e das penas, pois a pena não deve ser contrária à dignidade da pessoa, muito menos imposta a determinado fato que à época do cometimento não estava previsto em lei como crime.

2.3 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PESSOAL, PESSOALIDADE OU INTRANSCEDÊNCIA

O princípio em epígrafe versa sobre a impossibilidade de a pena ser aplicada a pessoa diversa do agente que praticou o crime, tanto que a Constituição é expressa ao mencionar que a pena não passará da pessoa do acusado. Desta forma, o princípio da responsabilidade pessoal se resume na ideia de que “a responsabilidade penal é sempre pessoal”. (BATISTA, 1990, p. 104).

A proteção atual se justifica pelo fato de que na história eram punidos não só o agente criminoso, mas também sua família, conforme retratado por Rogério Greco:

A história do Direito Penal demonstra que, em passado não muito distante, as penas não somente atingiam o autor da infração penal, como também a sua família, o seu clã, o grupo social em que estava inserido; enfim, todos eram responsabilizados pelo comportamento daquele que havia praticado (GRECO, 2009, p. 104).

Esse princípio é importante, pois obsta responsabilizar um número indeterminado de pessoas, haja vista que só permite a sanção penal, havendo previsão legal, ao agente que praticou o delito.

De grande valia é a doutrina de Guilherme Merolli ao elucidar que “com isso, quer-se afirmar, por exemplo, que o pai não pode responder penalmente por um comportamento punível praticado pelo filho, e vice-versa”. (2010, p. 357).

Sobre esse princípio Guilherme Nucci ainda esclarece:

A pena não passará da pessoa do delincente é a regra constitucional estabelecida no art. 5º, XLV, voltada a evitar os males do passado, quando o Estado considerava eficaz a punição de parentes e amigos do criminoso, especialmente quando esta fugia ou morria antes de expiar a pena a ele reservada. Não somente feria a proporcionalidade e a razoabilidade, regentes da atuação do Estado na repressão ao crime, como evidenciava flagrante desvio dos mais comezinhos princípios de garantia da inocência do ser humano até prova em contrário de sua culpa (NUCCI, 2011, 49-50).

Desta forma, o princípio da responsabilidade pessoal ou pessoalidade garante que o cidadão não terá seus direitos suprimidos pelo Estado senão por fatos, descritos em lei como crime, que tenha praticado, jamais podendo estender a responsabilidade a quem não praticou a conduta.

2.4 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A análise do princípio da individualização da pena requer uma noção preliminar da própria denominação da palavra individualização, que “nos remonta necessariamente à noção de ‘indivíduo’ tomado este, é claro, a partir do seu sentido natural de ‘ser solitário’ (...) por conta de suas características singulares, destaca-se dos demais componentes de sua espécie”. (MEROLLI, 2010, p. 369).

Reza este princípio que a pena deve ser específica para cada indivíduo, diante de suas próprias características. Individualizar a pena significa, pois, que a pena “tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores”. (NUCCI, 2011, p. 36).

Essa individualização deve ocorrer sob três aspectos, a saber: cominação legal; aplicação da pena; execução penal. Sob a ótica do primeiro aspecto, a individualização da pena seria aplicada no âmbito do legislativo, na fixação da pena mínima e máxima *in abstracto*.

No segundo aspecto, ou seja, sob a ótica da aplicação da pena, pelo princípio da individualização da pena o juiz deve encontrar a pena justa no caso *sub judice*, sempre tendo como norte as balizas fixadas pelo legislativo (GRECO, 2009).

Nesse ponto é relevante anotar que dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal determinam a individualização da pena, tanto que o art. 68, do Código Penal determina que a pena base seja fixada segundo a presença das circunstâncias judiciais do art. 59 do mesmo Diploma, que as elenca. Já a Lei de Execução Penal em seu art. 5º e 6º prevê que os condenados serão classificados segundo os antecedentes, personalidade, de modo a possibilitar a individualização da pena.

Por fim, o princípio sob análise também se manifesta na fase da execução penal, na forma dos citados artigos da Lei de Execução Penal, de forma que condenados por crimes e penas idênticos, “o progresso na execução pode ocorrer de maneira diferenciada. Enquanto um dele pode obter a progressão do regime fechado ao semiaberto em menos tempo, outro

pode ser levado a aguardar maior período para obter o mesmo benefício.” (NUCCI, 2011, p. 38).

2.5 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

O princípio da culpabilidade pode ser entendido através de quatro diferentes aspectos, ou seja, como culpabilidade elemento da teoria do crime, como limite da pena ou grau de culpabilidade, como conceito contrário a responsabilidade penal objetiva ou, ainda, na forma do que propõe Roxin³ como a reprovabilidade do injusto ao autor.

Não se pode negar que “nenhuma categoria do direito penal é tão controvertida quanto a culpabilidade, e nenhuma é tão indispensável.” (ROXIN, 2006, p. 133), muito embora aqui somente será tratado a respeito da culpabilidade limite na fixação da pena e da culpabilidade como conceito contrário a responsabilidade objetiva, por se entender que nestas vertentes esteja diretamente ligada a pena.

2.5.1 CULPABILIDADE COMO LIMITE NA FIXAÇÃO DA PENA

O primeiro aspecto que o princípio da culpabilidade representa é como limite na fixação da pena, ou seja, como um dos meios de individualizá-la. Rogério Greco destaca que no momento de fixação da pena “a culpabilidade será aferida com o escopo de influenciar na fixação da pena-base” (GRECO, 2008, p. 562).

Em outras palavras, nesse ponto o princípio da culpabilidade deve ser entendido como o grau de culpabilidade que deve ser analisado pelo juiz, na primeira fase da dosimetria penal, de modo a estabelecer a pena-base do réu.

Funciona, pois, essa culpabilidade, como critério a ser seguido pelo julgador no momento de quantificar a pena a ser cumprida pelo condenado, o qual deve receber, por força do princípio da culpabilidade limite na fixação da pena, uma correspondente ao seu grau de culpabilidade.

³ Em sua obra Roxin enxerga que a culpabilidade é “o agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário da norma” (ROXIN, 2006, p. 144), de modo que se uma pessoa é idônea a ser destinatária da norma e mesmo assim a infringe, do ponto de vista da culpabilidade ela será considerada culpável.

2.5.2 CULPABILIDADE COMO CONCEITO CONTRÁRIO À RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA

No segundo aspecto, o princípio da culpabilidade resguarda o direito de não ser responsabilizado objetivamente, ou seja, como o sistema penal brasileiro adotou a responsabilidade penal subjetiva, aplica-se o brocardo latino segundo o qual ninguém pode responder penalmente sem ter, ao menos, agido com culpa, pois *nullum crimen sine culpa*.

Sobre esse ponto, discorrendo sobre a impossibilidade de responsabilidade objetiva, Rogério Greco ressalta que se os “resultados que não foram causados a título de dolo ou culpa pelo agente não podem ser a ele atribuídos, pois que a responsabilidade penal, de acordo com o princípio da culpabilidade, deverá ser sempre subjetiva”. (GRECO, 2008, p. 91).

Ora, esse princípio é tão importante instrumento de proteção do indivíduo frente ao Estado que reza, seja por qualquer meio, que “ninguém pode ser responsabilizado sem que reúna todos os requisitos da culpabilidade”. (CAPEZ, 2008, p. 25).

Delmanto ainda esclarece que:

Pela garantia da reserva legal (CR, art. 5º, XXXIX; CP, art. 1º), nenhuma pessoa pode ser punida por conduta culposa, a menos que a figura penal preveja, textualmente, a punição do agente a título de culpa. Trata-se de regra geral, aplicável tanto aos crimes do CP como aos da legislação penal especial (DELMANTO, 2010, p. 155).

Portanto, nessa vertente o princípio da culpabilidade determina que só será punido pelo Estado aquele que tenha procedido na prática delituosa com dolo, assim entendido o querer agir ou assumir o seu risco ou por culpa, manifestada pela negligência, imprudência ou imperícia.

3. TEORIAS DA PENA

Como é cediço, a partir da existência de um crime nasce para o Estado o *ius puniendi*, vale dizer, o direito de punir, o qual é exercido por intermédio de uma sanção penal, seja pena ou medida de segurança, sendo esta última aplicada somente àqueles despidos de culpabilidade⁴.

Ao longo da história do direito penal foi-se criando teorias para tentar explicar a finalidade da pena, sendo três teorias de maior expressão: teoria absoluta, teoria relativa e a teoria mista.

3.1 TEORIA ABSOLUTA OU RETRIBUTIVA

Para a Teoria retributiva ou absoluta, considera-se que a pena se esgota na ideia de pura retribuição, ou seja, ao mal do crime o mal da pena, como se fosse a resposta do direito penal ao delito praticado, na medida de sua gravidade.

A finalidade da pena é, sob este prisma, a “exigência de justiça” (FRAGOSO, 1987, p. 288), ou ainda, segundo Bettiol (2000, p. 646), “o que importa é que a pena possa determinar com sua execução um ‘sofrimento’ ao condenado, embora circunscrito ou limitado ao estritamente necessário”.

Em outras palavras, para essa teoria, o sujeito que pratica determinado crime deve se sujeitar a um mal, a uma retribuição pelo injusto cometido, o que implica para essa teoria em uma ideia de justiça.

Diferentemente da teoria preventiva, para a teoria absoluta o autor do delito deve sofrer uma compensação pelo mal praticado, não havendo nessa teoria nada que esteja relacionado à ideia de ressocialização ou prevenção.

⁴ Ressalte-se que a culpabilidade aqui referida não se confunde com a “culpabilidade princípio” analisada no subcapítulo 2.5 deste trabalho. A culpabilidade tratada é a culpabilidade elemento da Teoria do Crime, assim entendida como o juízo de reprovação que recai sobre o autor de um fato típico e ilícito, de modo que a medida de segurança será aplicada quando inexistir reprovação à conduta praticada, como no caso do doente mental, cuja conduta não é reprovável.

3.2 TEORIA RELATIVA OU DA PREVENÇÃO

A teoria relativa ou da prevenção tem um caráter utilitário ou preventivo, e “não repousa na ideia de justiça, mas de necessidade social (*punitur ne peccetur*). Deve ela dirigir-se não só ao que delinuiu, mas advertir aos delinquentes em potência que não cometam crime.” (NORONHA, 1985, p. 217).

Para Greco (2008, p. 490) “a teoria relativa se fundamenta no critério da prevenção, que se biparte em: a) prevenção geral – negativa e positiva; b) prevenção especial – negativa e positiva”. Para essa teoria a pena é um meio de prevenir a prática de novos crimes, não se falando em retribuição pelo mal praticado.

3.2.1 A PREVENÇÃO GERAL

Sob o ponto de vista da prevenção geral, a teoria relativa diz respeito a generalidade dos cidadãos, de modo que perante a perspectiva de ameaça de uma pena eventuais delinquentes se sintam intimidados, fazendo também com que cresça a confiança no direito penal.

Neste aspecto a prevenção geral seria vista em seu modo negativo, ou seja, concebida como forma de intimidação pelo sofrimento do agente penalizado. Daí Greco (2008, p. 490) afirmar que “pela prevenção geral negativa, também conhecida também pela expressão prevenção por intimidação”.

Na vertente da prevenção geral positiva, a pena teria como fim manter e reforçar a confiança da comunidade na norma, ou seja, “para os defensores da prevenção integradora ou positiva (...) seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito.” (QUEIROZ, 2000, p. 40 *apud* GRECO, 2008, p. 490).

3.2.2 A PREVENÇÃO ESPECIAL

A teoria da prevenção assume também um viés especial, estando direcionada à premissa de que a pena tem por fundamento uma atuação preventiva sobre o delincente, como forma de salvaguardar o cometimento de novos crimes no futuro.

Diferentemente da prevenção geral, que atua em face da coletividade, tentando atingir um número grande de pessoas, a prevenção especial opera unicamente sobre o autor do crime, impedindo novas práticas.

No aspecto especial a prevenção é de um lado especial positiva e de outro lado negativa. Positiva no sentido de perseguir o próprio autor do fato objetivando a sua ressocialização e negativo como forma de obter a sua intimidação, ou seja, de impedir que incorra na reincidência, na prática de novos crimes.

A cerca da teoria da prevenção especial, Greco aduz que:

A prevenção especial, a seu turno, também pode ser concebida em seus dois sentidos. Pela prevenção especial negativa existe uma neutralização especial negativa daquele que praticou infração penal, neutralização que ocorre com a sua segregação no cárcere (GRECO, 2008, p. 490).

Portanto, a prevenção especial atual de duas formas, primeiro buscando a ressocialização do indivíduo, depois impedindo que ele volte a praticar crimes.

3.3 TEORIA MISTA OU UNIFICADORA

A teoria mista, unificadora ou eclética, como o próprio nome sugere, é uma mistura das teorias absoluta e relativa. É de se ver, portanto, que a teoria mista tem por fundamento a miscigenação das outras duas teorias, a qual passa a ter dois objetivos fundamentais, quais sejam, prevenir e retribuir.

Para essa teoria, segundo aponta Capez (2008, p. 385) “a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*)”.

Portanto, conforme enfatizado por Marcão e Marcon (2002) essa teoria visa reunir em um único conceito os fins da pena, ou seja, a retribuição e a prevenção geral e especial fazem parte de um fenômeno que é a pena.

4 APLICAÇÃO DA PENA

Conforme já mencionado, a partir da existência de uma infração penal nasce para o Estado o direito de punir o autor do fato, através de uma pena ou uma medida de segurança. Esse *ius puniend* deve se processar segundo os ditames estabelecidos no Código Penal e, sobretudo, na Constituição Federal de 1988, a qual instituiu a obrigatoriedade de a autoridade judicial sopesar o princípio da individualização da pena.

Verificado, pois, a existência de um crime⁵ e identificado o seu autor, o Estado tem o direito de punir através de uma sanção penal. Para tanto, o Estado-Juiz vale-se de um sistema de aplicação de pena previsto no Código Penal, individualizando-a segundo a lei penal e a análise do caso concreto.

Embora as regras de individualização estejam nas leis infraconstitucionais é imprescindível que a análise seja feita com olhares à Constituição Federal, que determina a obrigatoria individualização da pena e a necessária fundamentação de sua aplicação, como se pode verificar do art. 5º, XLVI e art. 93, IX, ambos da Constituição Federal de 1988.

4.1 DOSIMETRIA E MÉTODO TRIFÁSICO

A dosimetria da pena é o momento no qual o Estado-Juiz, depois de verificada a existência de um crime e identificado o seu autor, quantifica a pena a ser cumprida pelo condenado.

Como decorrência do princípio da individualização, essa quantificação da pena deve ser diferente em cada caso, muito embora possa ter o juiz dois condenados por idênticos tipos penais e idênticas agravantes. Tal ideia se justificada pela previsão do art. 68 do Código Penal, que sistematiza a dosimetria da pena em três fases, conforme será verificado.

Escrevendo sobre o sistema trifásico de aplicação da pena, Fernando Capez consigna que:

O Código Penal, em seu art. 68, adotou o sistema trifásico de cálculo da pena, acolhendo, assim, a posição de Néelson Hungria, que sustentava que o processo

⁵O crime é aqui entendido no conceito tripartido. Assim, crime é fato típico, ilícito e culpável, somente sendo aplicada a pena após a obrigatória verificação de seus elementos estruturais (fato típico, ilicitude e culpabilidade).

individualizador da pena deveria desdobrar-se em três etapas: 1ª) o juiz fixa a pena de acordo com as circunstâncias judiciais; 2ª) o juiz leva em conta as circunstâncias agravantes e atenuantes legais; 3ª) o juiz leva em conta as causas de aumento ou de diminuição de pena (CAPEZ, 2008, p.448).

Antes de adentrar no estudo nas fases de aplicação da pena, é relevante mencionar que o art. 68, do Código Penal conduz o julgador ao art. 59, ou seja, a primeira fase de aplicação da pena, onde deverá analisar as circunstâncias judiciais, após, na segunda fase, às circunstâncias agravantes e atenuantes para, ao final, na terceira fase, verificar as causas de aumento ou de diminuição de pena.

Somente após percorrer essas três fases da aplicação da pena é que o juiz chega à dosimetria final, estabelecendo a quantidade de pena a ser cumprida pelo agente condenado por um delito.

4.1.1 PRIMEIRA ETAPA: A FIXAÇÃO DA PENA BASE

Na primeira fase de aplicação da pena, o juiz deve analisar as circunstâncias judiciais presentes no art. 59, do Código Penal, quais sejam: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima.

Assim, a pena será estabelecida pelo juiz conforme seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, de modo a estabelecer a quantidade de pena que deve ser aplicada, observando o limite previsto em lei, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, e, caso for cabível no caso concreto, a substituição por uma pena restritiva de direitos.

A primeira circunstância a ser analisada pelo juiz nesta fase é a culpabilidade grau de reprovação, que não se confunde com a culpabilidade elemento do crime. A doutrina conceitua a circunstância judicial da culpabilidade como aquela que “será aferida com o escopo de influenciar na fixação da pena-base” (GRECO, 2008, p. 562).

Desta forma, verificado o elevado grau de culpabilidade do réu ele terá a pena, nesta fase da dosimetria, majorada além do mínimo previsto em lei, vale dizer, sendo o crime que lhe é imputado tem pena mínima de três anos e o grau de culpabilidade é elevado o juiz aumenta a pena nesta fase para, por exemplo, três anos e seis meses.

Após, o juiz deve verificar a segunda circunstância judicial que é o antecedente, onde se leva em consideração a vida pregressa do autor do fato criminoso, ou seja, a existência de condenações.

É de suma importância deixar consignado que não mais se permite a utilização de processos penais em curso e a consideração de inquéritos policiais para o fim de elevar a pena do réu.

Tanto é que o Superior Tribunal de Justiça, em 13 de maio de 2010, sumulou esse entendimento através do enunciado nº 444, estabelecendo ser vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Já na verificação da conduta social do réu, o juiz deve verificar seu modo de agir da na sociedade, ou seja, a forma como o indivíduo se porta perante o meio em que habita. Seria dizer, a pena deve permanecer na mínima porque o réu não ostenta má conduta social, ou deve ser diminuída se, pelo contrário, o réu tem boa conduta social. (GRECO, 2008).

Na análise da personalidade do agente, deve o aplicador da pena considerar os aspectos individuais da pessoa, o que não é tarefa de fácil verificação, na medida em que há divergência na doutrina neste aspecto, surgindo-se diversas posições no sentido de que não mais se aceita a antiga menção de que o agente tem personalidade voltada ao crime.

A individualização também se manifesta quando o magistrado verifica a personalidade do réu, reprovando a prática delituosa daquele que apesar de instruído decidiu por delinquir, ao passo que o contrário ocorre com aquele que foi atingido por inúmeras dificuldades econômicas pelo decorrer da vida e mesmo assim não delinuiu.

O juiz deve, também, na primeira fase da dosagem da pena verificar os motivos, circunstâncias e consequências do crime. Aqui, é importante não se confunda a própria consequência natural do crime, motivo que levou o legislador a tipificar tal conduta como delito, pois, do contrário, havendo confusão, haverá dupla punição, o que não é permitido em direito penal (CAPEZ, 2008).

Ora, se o próprio tipo penal de homicídio qualificado institui uma pena *in abstracto* maior do que a do homicídio simples, não pode o juiz, ao analisar as consequências do crime, entender por graduar a pena na primeira fase pelas próprias consequências naturais do crime de homicídio qualificado, sob pena de incorrer em manifesta abusividade.

Por fim, sobre a última circunstância que é o comportamento da vítima, Capez afirma que “embora inexista compensação de culpas em Direito Penal, se a vítima contribuiu para a ocorrência do crime, tal circunstância é levada em consideração, abrandando-se a apenação do agente”. (CAPEZ, 2008, p.456).

4.1.2 SEGUNDA ETAPA: CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES

Superada a primeira fase da dosimetria, cabe o juiz verificar a segunda a existência de circunstâncias agravantes e atenuantes. É importante consignar que, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, inclusive sumulado pelo enunciado nº 231, a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Desta forma, mesmo que na haja circunstância que favoreça o réu fica vedada a diminuição além do mínimo previsto na segunda fase.

Júlio Mirabete (2010, p. 347) ressalta que as “circunstâncias que podem ou não existir no delito, sem modificar sua estrutura”, tanto que “a enumeração é taxativa, de modo que, se não estiver expressamente prevista como circunstância agravante, poderá ser considerada conforme o caso como circunstância judicial”. (CAPEZ, 2008, p.457).

Nessa segunda fase, deve ser perscrutado se o acusado não é reincidente, se cometeu o crime por motivo fútil ou torpe, para assegurar a execução ou ocultação de um crime, obter vantagem, se foi por meio de traição, emboscada, mediante simulação, ou recurso que dificultou ou tornou difícil a defesa da vítima.

Verifica-se, ainda, se o crime se deu por intermédio de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso, cruel, o que causou perigo comum, se foi contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica, com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão, contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida, quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade, em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido, em estado de embriaguez preordenada (GRECO, 2008).

Há também na segunda fase a verificação das circunstâncias atenuantes do art. 65, do Código Penal, sobre as quais Mirabete ensina que:

Circunstâncias atenuantes são dados objetivos que, agregados ao tipo penal, indicam menor gravidade, obrigando a atenuação da pena. Prevê a lei no artigo as circunstâncias que devem atenuar a pena, obrigatoriamente, qualquer que seja o crime praticado (MIRABETE, 2010, p. 368)

Nesse caso, diferentemente da agravante, a pena deve ser diminuída, quando ocorrer de ser o agente menor de vinte e um anos, na data do fato, ou maior de setenta anos, na data da sentença, desconhecer a lei, ou ter cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral. De igual forma, será diminuída quando por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano causado.

Nesta fase, ainda funcionará como circunstância atenuante a coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima, ou, tendo o agente logrado confessar, desde que espontaneamente, perante a autoridade, ser o autor do crime que lhe é imputado, ou, por fim, se foi o delito cometido sob a influência de multidão em tumulto, desde que não provocado pelo agente (CAPEZ, 2008).

É se suma importância consignar que algumas das agravantes do artigo 61 servem de qualificadoras em determinados tipos penais. Quando isso ocorrer não há que se falar em agravante, sob pena de *bis in idem*, ou seja, dupla punição pela mesma circunstância.

4.1.3 TERCEIRA ETAPA: AS CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO

Fixado a pena-base e analisada as circunstâncias agravantes e atenuantes, passa-se a terceira e última etapa da fixação da pena, ou seja, as causas de aumento e de diminuição de pena, segundo previstas no Código Penal, quer seja na parte geral quer na parte especial.

As principais causas de diminuição da pena da parte geral são a tentativa, prevista no artigo 14, II do Código, o arrependimento posterior, do artigo 16, o erro inevitável sobre a ilicitude do fato, do artigo 21, a participação de menor importância, prevista no artigo 29 § 1º, todos do Código Penal (CAPEZ, 2008).

Segundo o entendimento de Júlio Mirabete:

Tratando-se de causas de aumento ou diminuição previstas em limites variáveis, elas devem ser calculadas em razão das próprias causas e não das circunstâncias do crime, pois estas já foram apreciadas no cálculo da penalização. Havendo várias causas de aumento ou diminuição em quantidades fixas ou dentro de determinados limites, cada aumento ou diminuição se opera sobre a quantidade da pena resultante do cálculo anterior, embora já se tenha defendido a tese de que cada aumento ou diminuição deva incidir sobre a pena-base (MIRABETE, 2010, p. 390)

É de se destacar que há diferenças entre as causas de aumento da pena e as qualificadoras, visto que enquanto as causas de aumento ou diminuição da pena tem a sua

quantidade de aumento preestabelecidas em quantidades já fixadas no tipo penal, incidindo sempre na terceira e última fase da dosimetria da pena, as qualificadoras aparecem indicadas em limites mínimos e máximos e entram na primeira fase da dosimetria da pena, quando já não integram o próprio tipo penal.

Já em relação às causas de aumento ou diminuição de pena e as circunstâncias legais e judiciais, a diferença é que as causas especiais estão previstas na parte geral e especial do Código Penal, devendo ser fixadas na terceira etapa da dosimetria da pena, enquanto as circunstâncias judiciais devem ser valoradas, vale dizer, mensuradas em cada caso concreto pelo juiz, segundo sua discricionariedade, de modo a elevar ou atenuar a pena.

5 ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesta etapa do trabalho, o objetivo foi analisar a forma como a jurisprudência se posiciona em relação a aplicação da pena, e, embora não se descarte que muitas das matérias relacionadas à aplicação da pena estejam diretamente relacionadas ao Texto Constitucional, optou-se por levantar e analisar as decisões do Superior Tribunal de Justiça, responsável por interpretar e fazer cumprir a legislação infraconstitucional. Assim, elegeu-se aqui alguns julgados do não de 2011, pois mais recentes.

Desta forma, o objetivo da pesquisa jurisprudencial foi analisar as decisões do Superior Tribunal de Justiça, de modo a verificar como este Tribunal tem se orientado na análise de temas afetos a aplicação da pena, tais como conduta social, grau de culpabilidade, personalidade e *bis in idem* entre outros.

5.1 CIRCUNSTÂNCIA QUE INTEGRA O TIPO PENAL COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL

No primeiro acórdão objeto de análise, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o *Habeas corpus* nº 150.231/DF (2009/0199508-9)⁶, de relatoria do Ministro Og Fernandes, entendeu por bem conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus* impetrada pela Defensoria Pública do Distrito Federal, para manter a pena base no mínimo legal, por considerar impossível uma circunstância judicial funcionar para majorar a pena quando já integra a definição típica.

No caso posto a análise do STJ, o réu foi condenado pelos crimes de roubo seguido de morte e corrupção de menores, tendo a pena final sido fixada em 26 (vinte e seis) anos de reclusão no regime fechado, e 45 (quarenta e cinco) dias-multa.

Sustentou a Defensoria Pública no *habeas corpus* que a pena-base foi elevada por conta de situação que já integra a figura típica do crime de roubo seguido de morte, qual seja, resultado morte que somente foi alcançado por meio do disparo da arma de fogo e o anseio pela vantagem econômica.

⁶ Vide jurisprudência integral na folha 51.

Neste julgamento, ocorrido em 10 de maio de 2011, do qual participaram os Ministros Vasco Della Giustina, convocado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Ministro Haroldo Rodrigues, convocado do Tribunal de Justiça do Ceará, o Tribunal entendeu constituir-se *bis in idem* majorar a pena por uma circunstância já considerada no crime imputado ao réu, motivo pelo qual concedeu parcialmente a ordem a fim de reduzir a pena para 21 (vinte e um) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na fundamentação do voto, segundo consignado pelo Ministro Og Fernandes, a motivação econômica verificada na conduta do agente é própria dos crimes contra o patrimônio, de modo que assim sendo não há que considerá-la, a motivação econômica, para o fim de exacerbar a pena-base fundamentando-se na culpabilidade elevada. De igual modo, argumentou o Ministro que o resultado morte é inerente a figura típica do crime de roubo seguindo de morte, tanto que este resultado somente foi alcançado mediante disparo de arma de fogo.

Desta forma, o STJ entendeu que não se pode elevar a pena do réu por uma circunstância que faz parte do próprio crime, pois do contrário se estaria considerando duas vezes uma mesma circunstância, o que seria dupla punição.

5.2 CIRCUNSTÂNCIA QUE INTEGRA O TIPO PENAL COMO CAUSA DE AUMENTO DE PENA

O segundo julgado analisado neste trabalho foi submetido à votação em 17 de maio de 2011, data em que o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Ordinário em *habeas corpus* nº 22.557/SP (2007/0277953-8)⁷, de relatoria do Desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Ceará, Ministro Haroldo Rodrigues, por maioria, deu provimento ao recurso a fim de afastar a causa de aumento de pena pela inobservância de regra técnica.

O recurso interposto pela defesa do réu impugnou decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que havia entendido pela aplicação da causa de aumento de pena pela inobservância de regra técnica de profissão. No mérito do recurso, sustentou a defesa ser inconcebível que a mesma causa assumisse uma função bivalente para caracterizar o crime e também aumentar a pena.

Entendeu o STJ que mesmo que o réu não tenha utilizado com prudência seus conhecimentos técnicos de profissão, daí ser condenado por homicídio culposo por ser

⁷ Vide jurisprudência integral na folha 63.

engenheiro da obra que vitimou outrem, tal descrição não se presta a funcionar como aumento para o crime de homicídio, na forma do art. 121, § 3º e § 4º, do Código Penal, pois é própria da figura típica imputada ao réu, não podendo essa leviandade ser considerada, novamente, na causa de aumento de pena.

Com esse posicionamento, é de se entender, tal como no julgado anterior, que toda a descrição própria do tipo penal, vale dizer, própria do crime, não serve para majorar a pena em nenhuma das fases da dosimetria, sob pena de incidir em flagrante e ilegal *bis in idem*.

5.3 MAUS ANTECEDENTES E AÇÕES PENAIS EM CURSO: SÚMULA Nº 444 DO STJ

No terceiro julgado individualizado neste trabalho, o STJ ao julgar em 22 de fevereiro de 2011 o *habeas corpus* nº 135.666/RJ (2009/0086166-4)⁸, entendeu como motivo relevante para conceder a ordem de *habeas corpus* a possibilidade de compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, tendo em vista que ambas envolvem a personalidade do agente. Também entendeu o Tribunal pela impossibilidade de majorar por maus antecedentes com base apenas em ação penal em curso.

Esse *habeas corpus* teve a relatoria do Ministro Og Fernandes, que concedeu a ordem, conjuntamente com os demais Ministros presentes, Maria Thereza de Assis Moura e Haroldo Rodrigues (desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Ceará), entendendo que conforme a súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça não serve como maus antecedentes os processos ainda em curso, pois pendente de trânsito em julgado.

De igual forma, a turma unanimemente comungou do entendimento do relator, que acatou os argumentos da Defensoria Pública no sentido da obrigatória compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, já que tanto uma quanto a outro se situam no âmbito da personalidade do agente.

Nesse julgado, pelo que se nota, o STJ primeiro esposou o entendimento de que não configura maus antecedentes os processos em curso, bem com que a confissão espontânea e a reincidência se situam no campo da personalidade, podendo se compensadas por ocasião da aplicação da pena.

⁸ Vide jurisprudência integral na folha 79.

5.4 MAIOR CULPABILIDADE EM RAZÃO DA DETENÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS E DIPLOMAS DE CURSO SUPERIOR

Neste acórdão levantado e analisado, o *habeas corpus* nº 194.326/RS (2011/0005442-5)⁹, em que foi relator o Ministro relator Jorge Mussi, o STJ, por unanimidade, entendeu pela possibilidade de fixação da pena base acima do mínimo legal pela maior culpabilidade do agente, em razão da excessiva reprovabilidade de sua conduta.

O julgamento ocorreu em 18 de agosto de 2011, tendo a defesa do réu alega a ausência de fundamentação para exasperação da pena-base, inobstante tenha o STJ entendido que a culpabilidade do réu, que é detentor de vários cargos públicos, além de possuir três diplomas de curso superior, na forma do entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é motivo relevante para entender pela maior culpabilidade, de modo a elevar a pena além do mínimo legal previsto em lei.

Em outras palavras, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a maior culpabilidade do réu, quando da análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, é verificada por sua própria situação de instrução, vale dizer, pelo fato de ser detentor de cargos públicos e vários diplomas, de modo que sua culpabilidade em razão disso se situa além da normalidade.

5.5 DIMINUIÇÃO EM GRAU MÍNIMO PELA DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA

Por fim, no último julgado do Superior Tribunal de Justiça analisado, verifica-se que para o Tribunal a conduta social do réu é motivo suficiente para manter a diminuição no grau mínimo previsto em lei, tendo em vista que o réu se dedica ao exercício da prática criminosa como meio de sobrevivência.

Para entender o caso, trata-se de um *habeas corpus* nº 175.907/ES (20100106459-8)¹⁰, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 07 de abril de 2011, no qual a Defensoria Pública do Espírito Santo pretendia a aplicação da redução máxima prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, Lei de drogas.

Apesar das alegações da defesa do réu, o STJ, na forma como havia entendido o acórdão recorrido, por unanimidade, decidiu por bem denegar a ordem pleiteada, sob o

⁹ Vide jurisprudência integral na folha 84.

¹⁰ Vide jurisprudência integral na folha 101.

argumento que a conduta social do réu, qual seja, exercício da prática delitiva como meio de sobrevivência justificaria diminuição somente em 1/6.

O posicionamento da Corte adotado foi no sentido de que o grau de redução em razão da benesse prevista no art. 4º da lei de drogas, deve ser o mínimo legal, ou seja, 1/6 (um sexto), nos casos em que embora seja o réu primário, de bons antecedentes e não integre organização criminosa, ele se dedique à atividade criminosa.

Desta forma, o STJ se posicionou no sentido de que a conduta social do réu, no sentido de se dedicar à atividade criminosa é motivo que legitima a aplicação da diminuição de pena no grau mínimo de 1/6 (um sexto).

CONCLUSÃO

Pelo que se pode verificar no decorrer do trabalho a pena foi sofrendo diversas modificações ao longo da história, até se situar na forma com hoje é considerada, sofrendo a incidência de diversos princípios constitucionais, sobretudo o princípio da humanidade das penas.

Percebeu-se, também, que no início histórico da pena do Brasil não havia princípios norteadores, que balizassem a criação e imposição de penas cruéis pelo Estado, pelo contrário, verificou-se que ao criminoso ou a pessoa considerada criminosa aplicava-se o mesmo mal do crime, ou seja, ao mal do crime o mal da pena.

Pode-se observar também no desenrolar deste trabalho que a pena foi sofrendo diversas alterações nos diversos Códigos Penais analisados, até chegar a ideia que se tem hoje, após a nova parte geral do Código Penal de 1984, que instituiu a ideia de pena como ressocialização do indivíduo, além do que após a Constituição Federal de 1988 sobreveio uma série de direitos e garantias que proporcionou uma visão mais humanitária dos diversos dispositivos aplicáveis a pena.

Deste modo, com o sistema trifásico de aplicação da pena pode ser verificado as fases que devem ser obrigatoriamente seguidas pelo Juiz no momento de quantificação da pena do condenado, ou seja, as três etapas que devem ser perseguidas para que a pena seja individualizada, de modo a obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena.

O trabalho também permitiu entender como o Superior Tribunal de Justiça, responsável por manter a fiel aplicação da legislação infraconstitucional, tem se posicionado em relação aos diversos temas afetos a aplicação da pena.

Assim, pelo primeiro julgado objeto de análise foi possível perceber que para o Superior Tribunal de Justiça não é possível que uma circunstância judicial funcione para majorar a pena-base quando ela mesma já integra a figura típica do crime que é imputado ao réu, ou seja, entendeu que quando a conduta do réu se reveste dos elementos integrantes do crime que ele responde não pode haver consideração novamente a respeito desta circunstância.

Na segunda jurisprudência pesquisada, compreendeu-se pela impossibilidade da existência de uma função bivalente, ou seja, que ao mesmo tempo caracterize o crime e funcione como causa de aumento de pena.

No estudo deste julgado verificou-se que o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a mesma ideia do julgado anterior, de modo que, funcionando para caracterizar o crime não pode uma circunstância funcionar também para majorá-lo, sob pena de *bis in idem*, vale dizer, dupla punição pela mesma circunstância.

O entendimento do STJ, consoante se pode verificar pelo terceiro julgado individualizado, é no sentido de possibilidade da compensação entre atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência.

Segundo apurado neste julgado, para o Tribunal importa verificar que ambas as circunstâncias encontram-se no campo da personalidade do agente, de modo que assim sendo, não há óbice para que haja a compensação de uma pela outra por ocasião da aplicação da pena.

Pode-se concluir de igual forma, que a Corte tem firmado o entendimento segundo o qual é maior a culpabilidade do réu, portanto existe motivo para exasperar a pena-base, quando o imputado é detentor de diversos diplomas de curso superior e detém cargos públicos.

Assim, para o Tribunal a culpabilidade é elevada por esse fator, de modo que se o réu tem formação e ocupa cargos públicos é mais reprovável sua culpabilidade, devendo ser considerada em maior quantidade do que aquele que não tem formação, muito menos ocupa qualquer cargo público.

Por fim, ao estudar o último julgado, percebeu-se que o STJ entende que o grau de diminuição de pena do condenado deve ser no mínimo previsto em lei, quando a sua conduta social assim indicar.

Portanto, o Tribunal considera que já má conduta social nos casos em que restar verificado que o réu se dedica a atividade criminosa, tanto que neste caso, fazendo jus a diminuição de pena, como é o caso previsto no art. 4º, da Lei nº 11.343/2006, esta deve permanecer no mínimo legal em razão de sua conduta social.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios Penais: Da legalidade à Culpabilidade**. São Paulo: Ibccrim, 2003.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BETTIOL, Guiseppe. **Direito Penal**. (Tradução da versão original em italiano). Campinas: Red Livros, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**, v. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, v. 1. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 nov. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Almedina: Coimbra, 2002.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito Penal parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DE JESUS, Damásio. **Direito Penal: parte geral**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DELMANTO, Celso et al. **Código penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da Proporcionalidade e Extinção Antecipada da pena**. Rio de Janeiro: Ed Lummen júris, 2008.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal parte geral**. Niterói: Impetus, 2008. v. 1.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio, uma visão minimalista do direito penal**. 4. ed. Niterói: Impétus, 2009.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MARCÃO, Renato; MARCON, Bruno. **Rediscutindo os fins da pena.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2661>>. Acesso em: 19 out. 2012.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de direito penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIRABETE, Julio Frabbrin. **Código Penal Interpretado.** São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NORONHA, Edigar Magalhães. **Direito Penal.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral e especial.** 8. ed. São Paulo, RT, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena.** 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

NUNES, Adelino. **Da execução penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PRADO. Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 3. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena.** São Paulo: RT, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. CC 113271/ RS, Relator Ministro Og Fernandes, 13 de abril de 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1987.

ZAFFARONI, Raul Eugênio; PIERAGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 8. ed. São Paulo: RT, 2011.v.1.

ANEXOS

