

CÁLCULO DE PENA E O DEVER DE MOTIVAR

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

1. Histórico e fundamento do dever de motivar — 2. Necessidade de fundamentação do cálculo de pena — 3. As fases do cálculo; 3.1 A pena-base; 3.2 As atenuantes e agravantes; 3.3 Das causas de aumento e de diminuição — 4. Conclusão — 5. Bibliografia.

1. Histórico e fundamento do dever de motivar

Registra a história do direito precedentes antigos de decisões que não precisavam ser motivadas. A partir da consagração no Ocidente do racionalismo iluminista tal concepção alterou-se. Já no final do séc. XVIII algumas legislações passam a adotar a necessária motivação das sentenças. Esta surge “como conquista liberal e garantia do cidadão no Estado de Direito, a qual remonta à revolução francesa. Apareceu, por primeira vez, na lei de 8-9.10.1789, que impediu o juiz de usar a fórmula *pour le cas résultant du procès*”.¹ A obrigatoriedade de motivação constituiria um traço marcante das legislações que se seguiram. O séc. XIX foi marcado por inúmeros códigos que adotaram a medida em seus textos. O “Code de Procédure Civile” francês de 1807, o “Codice di Procedura Civile” italiano de 1865, a “ley de Enjuiciamiento” civil espanhola de 1881, a Ordenação alemã de 1877, a Ordenação austríaca de 1895, são alguns exemplos de diplomas normativos que adotaram a fundamentação como necessária.

“Dado relevante é a atribuição de dignidade constitucional, em mais de

um país, ao dever, imposto aos juízes, de motivar as decisões. O fenômeno não esgota sua significação no acréscimo de estabilidade que assim imprime à norma, colocada ao abrigo das vicissitudes legislativas em nível ordinário; sugere, ademais, visualização diversa da matéria, pela adequada valoração de seu enquadramento num sistema articulado de garantias fundamentais. O exemplo mais conhecido é o da Itália, onde o art. 111 da Constituição de 1948 reza na 1.ª alínea: *tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*; podem citar-se a Constituição belga de 1931 (art. 97), as Constituições gregas de 1952 (art. 93) e de 1968 (art. 117) e as de vários países latino-americanos: Colômbia, Haiti, México, Peru”.² Entre nós, a partir de 1988, tal princípio processual também foi constitucionalizado. Encontra-se consagrado no inc. IX do art. 93, assim vazado: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados

2. Barbosa Moreira, José Carlos, “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito”. *Temas de direito processual*, 2.ª série, Saraiva, S. Paulo, 1980, p. 84.

1. Fragoso, Heleno Cláudio, “A Motivação da Sentença na aplicação da pena”, *RF*, v. 227/15, jul.-set./1969.

atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

A obrigatoriedade de motivar-se a sentença tem suas raízes no direito lusobrasileiro. As Ordenações Filipinas dispunham sobre a matéria, no Liv. III, Tít. LXVI, § 7: “E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juizes de mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam letrados, ora não o sejam, declarem especificadamente em suas sentenças definitivas, assim na 1.^a instância, como no caso de apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar”.

Seguindo-se essa tradição, já na República velha, muitos códigos estaduais de processo adotaram dispositivos que determinavam ao julgador que fundamentasse seu julgado. Assim o fez o Código de Processo Civil do Rio Grande do Sul (art. 499), o baiano (art. 308), o mineiro (art. 382), o paulista (art. 333). O Código de Processo Civil em vigor, em seu art. 131 estatui: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento”. O Código de Processo Penal, em seu art. 381, estabelece que: “A sentença conterá: III. a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.

Se o dever de motivar é consagrado constitucionalmente e, também, na legislação infraconstitucional de cunho processual, qual o fundamento a justificar a sua imposição em julgados? Com o fim do sistema tarifado ou legal e a adoção do sistema de livre convencimento, há a necessidade de estabelecer parâmetros

para, garantindo o poder discricional do juiz na busca da verdade real, limitar o eventual arbítrio que poderia surgir da falta de motivação.³

Antes de adentrarmos aos fundamentos técnicos, merece ser feita a abordagem das razões políticas do dever de motivar. Firma-se a convicção de que o problema se põe, hoje, sobretudo, no plano dos princípios fundamentais de ordem política. “Nesse contexto, avulta a idéia de garantia como inspiração básica e fim precípua da imposição do dever de enunciar, publicamente, as razões justificativas da decisão proferida”.⁴

Para Couture, a motivação é da própria essência do sistema democrático, elemento intrínseco necessário “para a aproximação da Justiça aos cidadãos”.⁵ Reforçando tal entendimento merece citação a opinião de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci quando afirmam que: “realmente, dada a dimensão de seu significado jurídico-político, afloram, em nossos dias, a necessidade de controle (extraprocessual) generalizado e difuso sobre o *modus operandi* do juiz no tocante à administração da justiça. E isso significa, como adverte Taruffo, que os destinatários da motivação não são somente as partes, os seus advogados e o juiz da impugnação, mas também a opinião pública entendida em seu complexo, com opinião *quisque de populo*”.⁶

Sendo, hoje, a garantia de motivação de índole constitucional, além de princípio inserido na lei federal, o controle a

3. Bellavista, G. e Tranchina G., *Lezioni di diritto processuale penale*, 9.^a ed., Milão, p. 477.

4. Barbosa Moreira, José Carlos, op. cit., p. 87.

5. Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3.^a ed., Buenos Aires, Depalma, 1966, p. 87.

6. “Constituição de 1988 e Processo: regramentos e garantias constitucionais do processo”. S. Paulo, Saraiva, 1989, p. 77.

seu respeito poderá ser feito via recurso especial, através do STJ (controle da legalidade) e via STF (controle da constitucionalidade), aferindo os órgãos de cúpula sua observância pelos Tribunais estaduais e federais que tiverem julgado a causa em última ou única instância. Daí a importância de se verificar o âmbito de abrangência da garantia da motivação.⁷

Além da motivação entendida como garantia do Estado Democrático de Direito para a tutela da liberdade individual, avultam aspectos mais puramente técnicos que se relacionam, de forma específica, com o direito infraconstitucional. Relaciona-se com o direito penal que, em nossos dias, orienta-se no sentido da realização da justiça material, ampliando-se, por isso mesmo, os poderes discricionários do juiz na verificação do merecimento concreto da pena (em caso de decreto condenatório). Em contrapartida, maior rigor deve haver na motivação da pena imposta. Relaciona-se, ainda, com o direito processual, posto que é da própria essência de nosso processo a motivação dos decisórios, seja para permitir sua impugnação, seja para uniformizar os julgados.

A doutrina clássica entende a sentença como fruto de uma delicada e complexa operação lógica em que o juiz manifesta por escrito o raciocínio por ele seguido e que tem suas raízes na consciência moral do julgador.⁸ A motivação, enquanto rigidamente estruturada segundo uma combinação lógica necessária, surge principalmente como um modo de impor a decisão, reforçando a autoridade substancial e formal, posto que tende a demonstrá-la, mais que justificá-la, pon-

do em evidência seu caráter racional. “Assim considerada, afigura-se correta a asserção de que, do ponto de vista subjetivo, a motivação da sentença tem por escopo imediato demonstrar ao próprio juiz, antes mesmo do que às partes, a ‘ratio scripta’ que legitima o ato decisório, cujo teor se encontrava em sua intuição”.⁹

De tudo o quanto já foi dito, ao contrário do que poder-se-ia imaginar, quanto maior o conteúdo discricionário da decisão mais necessária é a motivação, especialmente para que se possa aquilatar se o juiz usou bem ou mal a liberdade que lhe foi conferida. Mais do que isso, serve a motivação para que o órgão *ad quem* possa verificar quando da necessidade de reforma ou de manutenção do decisório. Só a aferição das razões constantes da sentença permitirá dizer se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador. A motivação é garantia das partes, pois permite que elas possam constatar se o juiz levou em conta os argumentos e a prova que produziram.¹⁰

Ademais, serve a motivação “como condição eficaz dos mecanismos destinados a promover a uniformização da jurisprudência, para a qual são as teses jurídicas que importam, e não as conclusões nuas dos julgados”.¹¹ Assim, em nosso entender, não só a ausência de motivação como a motivação deficitária podem viciar o ato decisório.¹² Isto decorre, logicamente, da idéia segundo a qual as conclusões só afloram quando decorrem de razões fundamentadas.

9. Tucci, Rogério Lauria e Tucci, José Rogério Cruz e, op. cit., p. 74.

10. Grinover, Ada Pellegrini *et alii*, *As nulidades no processo penal*, 2.ª ed., S. Paulo, p. 159.

11. Barbosa Moreira, José Carlos, op. cit., p. 87.

12. Também nesse sentido o pensamento de Paulo Cláudio Tovo em *Nulidades do Processo Penal Brasileiro*, p. 55.

7. Grinover, Ada Pellegrini, “O Controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros”, in *Ajuris*, n. 50, nov./90, p. 8.

8. Nesse sentido, Bettiol *Istituzioni di diritto e procedura penale*, p. 220; Calamandrei, *La genesi logica della sentenza civile*, p. 14.

2. Necessidade de fundamentação do cálculo de pena

A reforma de 84 conferiu maior amplitude aos poderes discricionários do juiz penal, para poder melhor habilitá-lo a proceder a uma individualização de pena mais justa. O processo que o juiz realiza para determinação da pena atenta para o desvalor da conduta, aplicando a pena que seja suficiente e necessária em face da culpabilidade do autor do delito. Pode o juiz substituir a privativa de liberdade por restritivas de direitos, multa, ou ainda conceder suspensão condicional da pena.

Com o advento do CP/40, duas correntes, entestadas por Nélson Hungria e Roberto Lyra, divergiam sobre a forma de proceder ao cálculo. Para este a operação era bifásica. Num primeiro momento analisavam-se as circunstâncias judiciais do art. 42 (atual 59). Fixada a pena base, incidiam todas as demais circunstâncias legais, fossem agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.¹³ Como é evidente, do concurso de todas essas circunstâncias previstas para a 2.^a fase da fixação da pena, diluíam-se os fundamentos motivadores da pena, fazendo com que o grau de incerteza fosse muito maior.

Para Hungria o procedimento era trifásico. No primeiro estágio do cálculo o juiz verificaria as circunstâncias judiciais previstas, hoje, no art. 59 do CP, para *a posteriori* levar em consideração as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por derradeiro, aplicar as causas de aumento e de diminuição, quer previstas na Parte Geral, quer na Parte Especial. Esta alternativa, à evidência, permite um maior controle sobre o raciocínio elaborado pelo magistrado para atingimento do resultado final. A Reforma, seguindo o moderno pensamento segundo o qual o

grau de incerteza deve ser minimizado, adotou a tese de Hungria, acabando com a polêmica e estatuidando o procedimento trifásico da seguinte forma: Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

A exata motivação do *quantum* da pena aplicada é um elemento de garantia do condenado. Este sabe que sua pena não exorbitará os parâmetros que escapam ao bom senso, quer por seu crime ter causado comoção popular, quer por uma inclinação do juiz em ser mais rigoroso em determinados crimes. Diz Hélio Tornaghi, no seu "Curso de Processo Penal", que "O juiz tem que dizer não somente por que razão condena, mas também por que aplica determinada pena, especialmente no que respeita à quantidade".¹⁴

Não é exatamente o mesmo que ocorre, p. ex., nos EUA. No ano de 1989, com grande publicidade, chegou ao fim o processo criminal contra o "televangelista" Jim Bakker. Acusado de obtenção fraudulenta de 158 milhões de dólares de seguidores de sua Igreja, foi condenado a 45 anos de prisão. Tal pena, segundo os padrões norte-americanos, foi considerada como extremamente rigorosa. Excede, em muito, às penas normalmente atribuídas a crimes graves (9 anos e 4 meses, por estupro; 8 anos, por homicídio; 3 anos e 9 meses, por fraude).¹⁵ A flexibilidade imperante como decorrência lógica do sistema do *Common Law* acaba por trazer grande dose de incerteza nas

14. *Curso de Processo Penal*, 6.^a ed., S. Paulo, Saraiva, 1989, II/174. Com igual conteúdo merece lembrança o trecho da obra de Adalberto Dias Tristão, *Sentença Criminal*, 2.^a ed., Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1993, p. 31.

15. Cruz, José Raimundo Gomes da, "Individualização da pena e garantias do acusado", in *RT* 671/395 set./1991.

13. Noronha, E. Magalhães, *Direito penal*, 1.^o v., S. Paulo, Saraiva, 1963, p. 313.

decisões criminais condenatórias. Levando em conta tais incertezas é que, em 1984, o Congresso Norte-americano criou uma comissão com objetivos de ensinar um enquadramento uniforme para as punições (*U. S. Sentencing Commission*), que tomaria por referência circunstâncias como o uso de arma de fogo, o grau de prejuízo, a idade da vítima etc. O novo sistema passou a vigorar, somente no âmbito dos crimes federais, a partir de 1987.

A dificuldade para resolução do problema nos EUA é agravada pela autonomia que aquele sistema federativo atribui aos membros da Federação. Lá, cada Estado-membro pode legislar sobre direito substancial e direito processual, o que dificulta a criação de uma norma com alcance mais abrangente. "A doutrina entende que no 'sistema do Direito anglo-americano' não existe norma impondo 'o dever de inserção dos fundamentos' nos julgamentos (José Rogério Cruz e Tucci, *A motivação da sentença no processo civil*, S. Paulo, Saraiva, 1987, p. 96). Haveria apenas o uso reiterado de 'motivação espontânea' e não um requisito legal da sentença (Cruz e Tucci, ob. cit., pp. 96 e 97)".¹⁶

Em nosso sistema, "para que sua atuação possa ser apreciada e se tenha, assim, uma demonstração de como usou do *arbitrium* que a lei lhe outorgou na aplicação da pena, cumpre ao magistrado, em sua sentença, fundamentar e motivar a orientação que seguiu. Ao graduar a sanção penal tem o juiz de dar conta, na sentença condenatória, dos motivos que o levaram a fixá-la no *quantum* expresso na parte dispositiva do julgado, sob pena de ser nulo o seu pronunciamento".¹⁷

16. Cruz, José Raimundo Gomes da, op. cit., p. 397.

17. Frederico Marques, José, *Tratado de Direito Processual Penal*, S. Paulo, Saraiva, III/253.

A defesa e a acusação têm o direito de saber por quais caminhos e com quais fundamentos o juiz chegou à fixação da pena definitiva. Escamotear tais caminhos é cercear a defesa ou desarmar a acusação. É, principalmente, impossibilitar o ataque lógico ao julgado objeto de recurso.

A Jurisprudência paulista acolheu tal entendimento, conforme se verifica do Julgado acostado em RT 612/301, da lavra do Des. Gonçalves Sobrinho (Ap. 45.716-3, J. 8.9.86, 4.^a C., v.u.): "Sentença Criminal — Nulidade — Inexistência de fundamentação no tocante à aplicação da pena — Falta de menção à pena-base e à redução efetuada — Inadmissibilidade — Apelação provida — Inteligência e aplicação do art. 68 do CP.

Cumpra ao juiz, sob pena de nulidade da sentença, destacar nesta, motivadamente, os fatores que explicam a pena-base e a redução que for operada. O Código Penal, com a inovação da Lei 7.209/84, tornou obrigatório o critério chamado 'trifásico' para o cálculo da reprimenda".

E também, neste recente acórdão, contido em RT 688/312, relatado pelo Des. Renato Talli: "Sentença — Nulidade — Fixação da pena com inobservância do critério trifásico — Inadmissibilidade — Inteligência do art. 68 do CP.

É de se anular a sentença que inobserva o critério trifásico previsto no art. 68 do CP para o cálculo da pena, não estabelecendo a pena-base e não esclarecendo o *quantum* das alterações por ela sofridas em virtude das atenuantes e agravantes, bem como a influência exercida na parte final pelas causas de aumento e de diminuição". (HC 128124-3/0 — 2.^a C., j. 6.7.92, v.u.).

Com o mesmo teor o acórdão inserto em RT 606/420, da 2.^a T. do STF, rel. Min. Francisco Rezek, no HC n. 63.597-1-SP, j. 4.3.86, v.u.: "Cumpra ao juiz, na sentença, destacar, motivadamente, os

fatores que explicam o alvitre da pena-base acima do mínimo legal. O CP, com a inovação da Lei 7.209/84, tornou obrigatório o critério chamado trifásico, para o cálculo da reprimenda (art. 68)".

3. As fases do cálculo

Como já se mencionou acima, o cálculo de penas, após a Reforma de 84, passou a ser, obrigatoriamente, um procedimento trifásico. Seguindo a sequência do art. 68 do CP, na 1.^a fase fixa-se a pena-base, em face dos critérios estabelecidos no art. 59 do CP. Na 2.^a operação são apreciadas as circunstâncias atenuantes e agravantes previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66 do CP, que são aplicadas sobre a pena anteriormente estabelecida. A operação derradeira discute as causas gerais e especiais de aumento e de diminuição de pena, aplicadas, estas, por sobre o resultado a que se chegou na 2.^a fase. Analisemos *de per se* cada uma dessas operações.

3.1 A pena-base

Na 1.^a fase o juiz deverá examinar as circunstâncias judiciais enfeixadas no art. 59 do CP. Estas circunstâncias dependem de uma boa colheita de provas na fase instrutória. Muitas das questões que, posteriormente, servirão para fundar o *quantum* da pena fixada dependem de um eficiente interrogatório (art. 188 do CPP), o que nem sempre é feito. Como saber-se, p. ex., sobre a conduta social prévia do agente do crime se o próprio agente e as testemunhas arroladas não o disserem?

Há quem tenha indagado, alhures, em qual fase do cálculo consideram-se as circunstâncias qualificadoras. A resposta é simples: na 1.^a fase. Assim, se o homicídio for qualificado — e não simples — a pena deverá variar de 12 a 30 anos (e não de 6 a 20). O mesmo ocorrerá se houver qualquer uma das

hipóteses previstas no art. 155, § 4.^o do CP, em caso de furto. A pena, outrossim, não pode exceder os limites quantificados no tipo penal (seja o simples, seja o qualificado), de tal forma que a privação da liberdade não poderá ficar aquém ou além do limite mínimo e máximo *in abstracto*.

Outro aspecto a ser considerado é o alerta levantado pelo Prof. Nelson Ferraz. Diz ele que "quando a mesma circunstância for comum a mais de uma fase da dosimetria, deverá ser utilizada uma só vez, e na última fase em que couber. Assim, em se tratando de réu reincidente, esta circunstância não poderá incidir a título de antecedentes, da 1.^a fase da dosimetria, mas tão-somente, como circunstância legal da 2.^a fase — art. 61, I, do CP".¹⁸

A proibição desse *bis in idem* é matéria fartamente analisada por nossos Tribunais. Inúmeros os Acórdãos que reformaram decisórios proferidos pelos juízos monocráticos por estes terem considerado um mesmo aspecto em duas fases distintas do cálculo. V., a propósito, os julgados constantes de *RJTACRIM* 5/145, 10/118, 10/138, 15/130; *RT* 683/328, este último cuja ementa se transcreve: "Pena — Furto — Aumento com base em maus antecedentes — Novo aumento face à reincidência — Impossibilidade — Reconhecimento de antecedentes criminais não é causa de majoração, mas sim de fixação da pena-base — Sentença reformada — Inteligência dos arts. 59 a 61 do CP".

(Ap. 707173-5, 6.^a C. do TACrim-SP, j. 29.1.92 — Rel. Juiz Almeida Braga).

Um outro problema, na maioria das vezes não analisado pela doutrina, é a fixação da pena-base quando há o concurso de circunstâncias judiciais, ora favorável, ora desfavorável ao agente do delito. Como resolver essa situação? As variantes poderiam ser assim elencadas:

18. Ferraz, Nelson, "Dosimetria da pena", in *RT* 680/319, S. Paulo, jun./1992.

a) todas as situações judiciais são favoráveis ao réu; b) todas são desfavoráveis; c) algumas são favoráveis, outras desfavoráveis.

Na 1.^a situação, como é evidente, a pena ficará no mínimo legal, posto que nada é desfavorável ao condenado.

A 2.^a hipótese é um pouco mais complexa. Poderia, desde logo, ser fixada a pena máxima? Em nosso entender não. Aqui, invoca-se o magistério de Fábio Bittencourt da Rosa, em excelente artigo sobre o tema, onde faz-se a advertência da cautela necessária nesta situação: "cabe ao juiz muita atenção, porque deverá considerar a eventual existência de circunstância agravante. É que, como regra, a simples consideração das circunstâncias do art. 59 não poderá ensejar pena superior à média (soma no mínimo e do máximo, dividida por dois). E somente um quadro de gravidade nas agravantes genéricas justificaria uma aproximação do limite máximo da pena abstratamente prevista."¹⁹

Na 3.^a hipótese — situação de algumas circunstâncias favoráveis e outras desfavoráveis — deve o juiz utilizar-se, analogicamente, dos critérios previstos no art. 67, verificando quais as circunstâncias preponderantes e quais os motivos que determinaram o cometimento do crime. Assim, os antecedentes devem prevalecer sobre a conduta social do agente; os motivos do crime preponderam sobre o comportamento da vítima etc.

Uma última hipótese pode ocorrer. Ela só acontecerá se não existirem dados que sirvam de parâmetros para avaliação global. Isto só acontece se o juiz, no decorrer da instrução, não puder fazer vir aos autos elementos que sirvam de referência para o cálculo (muitas vezes o agente do delito é desconhecido na ci-

dade em que o crime foi cometido, ou não se tem conhecimento de suas atividades sociais, etc.). Se isso ocorrer, dada a impossibilidade de se prejudicar o agente do delito, que não pode sofrer pela ineficiência do Estado, a pena-base deverá ser fixada em seu mínimo.

3.2 As atenuantes e agravantes

Na 2.^a fase da aplicação da pena faz-se o exame das circunstâncias legais previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66 do CP. São as circunstâncias agravantes e atenuantes. Superada a fase anterior, passa o juiz a examinar aquelas circunstâncias legais. Elas só serão apreciadas nesta fase se não constituírem, qualificarem ou privilegiarem o delito. Assim, um homicídio cometido por motivo torpe, em face da existência da qualificadora (torpeza) prevista no § 2.^o, I, do art. 121, terá a agravante desconsiderada. Da mesma forma, se o homicídio tiver sido cometido por motivo de relevante valor social ou moral. Aplica-se, pois, a regra acima mencionada segundo a qual sempre que a circunstância for comum a mais de uma fase da dosimetria, deverá ser utilizada uma só vez, e na última fase em que couber.

A lei penal, ao contrário do que faz com as causas de aumento e de diminuição, não fixa o *quantum* a ser majorado ou mitigado nesta fase. É a jurisprudência que o faz, caso a caso, e de acordo com critérios variáveis; hoje, tem fixado em 1/6. No entanto, qualquer majoração ou mitigação de pena não pode conduzir a resultado que exceda os limites do tipo. Não se vai além do máximo e nem se vem aquém do mínimo. Este critério rígido, aparentemente simples, ainda hoje suscita inúmeras reformas de sentenças de 1.^o grau. Senão vejamos: "Pena — Aplicação — Redução a um nível inferior ao mínimo cominado — Circunstância atenuante — Impossibilidade — Entendimento: Impossível a redução da

19. Rosa, Fábio Bittencourt da, "A pena e sua aplicação", in RT 668/246, S. Paulo, jun./1991.

pena-base a nível inferior ao mínimo cominado, por incidência de circunstância atenuante, sendo que tal propriedade é conferida tão-somente a causa de diminuição.” (RTJACRIM 13/156, Ap. 721.385/2, 7.^a C., j. 17.3.1993, v.u., rel. Juiz Corrêa de Moraes).

E, ainda, este Acórdão inserto em RT 671/299, relatado pelo Des. Ary Belfort: “Pena — Fixação — Circunstâncias atenuantes e agravantes — Impossibilidade de alterarem os limites cominados da reprimenda-base como se fossem causas de diminuição e aumento. Institutos diversos, sendo aquelas acidentais e estas essenciais do crime — necessidade de observância do critério trifásico estatuído no art. 68 do CP”. (Ap. 80.733-3, 4.^a C., j. 22.10.90, v.u.).

No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve considerar as circunstâncias preponderantes. São prevalentes as de caráter subjetivo. São objetivas as circunstâncias relativas à natureza, espécie, meios, ao objeto, ao lugar, à modalidade e à forma de execução. As circunstâncias subjetivas são aquelas que decorrem dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente, e da reincidência. Saliente-se que a menoridade terá destaque especial, preponderando sobre qualquer substância de caráter subjetivo. Prepondera, até mesmo, sobre a reincidência. Havendo uma circunstância agravante subjetiva e outra atenuante subjetiva elas se anulam, posto que ambas têm a mesma natureza. Só haverá prevalência de uma sobre outra quando tiverem natureza distinta. Resumindo a ordem de importância: menoridade, reincidência, circunstâncias subjetivas e, por derradeiro, agravantes/atenuantes objetivas.

A Jurisprudência acolhe tal entendimento, ainda que com algum titubeio. O STF, em acórdão da lavra do Min. Celso de Mello assim assentou a questão: “Pena — Aplicação — Concorrência entre circunstância agravante e cir-

cunstância atenuante — Prevalência daquela de índole subjetiva — Aplicação do art. 67 do CP.

Na hipótese de concurso entre uma circunstância agravante (a vítima era cônjuge do paciente) e uma circunstância atenuante (confissão espontânea do acusado), deve prevalecer, em face de seu caráter de preponderância, aquela de índole subjetiva, fundada nos motivos determinantes da prática delituosa”. (RT 678/399, HC 68.643-5, 1.^a T., j. 4.6.1991, v.u.).

3.3 Das causas de aumento e de diminuição

Na última fase do cálculo da pena privativa de liberdade haverá a consideração das causas de aumento e de diminuição, sejam elas previstas na parte geral ou na especial. A partir do resultado obtido na fase intermediária é que passará a incidir as causas de aumento e diminuição. Nesta fase, diferentemente do que ocorre nas anteriores, a pena pode suplantiar os limites do tipo. Imagine-se, p. ex., um furto simples, na forma tentada. A Pena que tinha sido fixada em seu mínimo, na 1.^a fase, confirmada na fase seguinte em face da inexistência de causas agravantes ou atenuantes, será diminuída de 1 a 2/3, podendo atingir o *quantum* de 4 meses.

A dificuldade passa a surgir quando, no mesmo cálculo, há mais de uma causa a incidir sobre a fase anterior. Três hipóteses surgem: a) duas causas de diminuição; b) duas causas de aumento; c) uma (ou mais) de aumento e diminuição. Analisemos todas as situações:

Havendo duas causas de diminuição elas incidem cumulativamente. Isto significa que são feitas duas operações sucessivas. Se assim não for corre-se o risco de se chegar à pena “zero”. Tome-se como exemplo um homicídio privilegiado cometido na forma tentada. A

pena-base foi fixada no mínimo. Se nós diminuirmos $1/3$ pelo privilégio mais $2/3$ pela tentativa chegaremos ao absurdo de se proferir sentença condenatória sem qualquer pena ($6 \text{ anos} - 3/3 = \text{zero}$). Como se faz esse cálculo? Em fases sucessivas. Subtrai-se $1/3$ de 6 anos. Obtém-se 4 anos. Desse *quantum* subtrai-se $2/3$. O resultado final é 1 ano e 4 meses. Esta é a pena definitiva. Observe-se, outrossim, que havendo duas causas de diminuição prevista na parte especial, a lei faculta ao juiz limitar-se a uma só diminuição (ou aumento), conforme parágrafo único do art. 68. Essa questão será melhor examinada a seguir.

Havendo duas causas de aumento, o cálculo não é cumulativo mas sucessivo. Se assim não fosse, na segunda incidência de causa de aumento estaria embutido, de novo, nessa operação, o *quantum* da pena relativo ao primeiro aumento. Imaginemos um furto praticado durante o repouso noturno (aumento de $1/3$), continuamente (art. 71, aumento de $2/3$). Tendo sido a pena fixada no mínimo, ou seja, 1 ano, a pena final deve ser de 2 anos ($1 \text{ ano} + 3/3$). Se, ao contrário, fizermos o cálculo cumulativo teríamos: $1 \text{ ano} + 1/3 = 1 \text{ ano e } 4 \text{ meses}$. A partir daí incidiria $+ 2/3$ e o resultado final seria 2 anos 2 meses e 20 dias, extremamente lesivo ao condenado pela incidência de $2/3$ sobre um valor já acrescido (de $1/3$).

Outro aspecto comum é o de duplo aumento previsto na parte especial do código. O juiz pode limitar-se a um só aumento. Imagine-se um roubo com emprego de arma, cometido em concurso de pessoas. Para Álvaro Mayrink da Costa “quando há duas causas de aumento em relação ao mesmo ilícito penal há maior desvalor no obrar razão pela qual advoga-se que o aumento seja da metade, e não uma sendo admitida como qualificativa e a outra como circunstância agravante (é a orientação dominante no

TACRIM-RJ)”.²⁰ Assim, a pena aplicada a esse roubo seria de 6 anos e não 5 anos e 4 meses, como normalmente acontece no Estado de São Paulo, em que o Tribunal de Alçada tem posição divergente daquela preconizada pelo professor carioca.

A última situação prevista é a da existência de uma causa de diminuição e outra de aumento. Imagine-se um furto com a exasperante de $1/3$ por ter sido cometido durante repouso noturno e com a mitigação de $2/3$ pela tentativa. Como bem observa Nelson Ferraz: “é irrelevante a ordem de aplicação das causas especiais, sendo que a pena final, em qualquer caso, será de 5 meses e 10 dias...”.²¹

A última dificuldade surge quando há uma causa de aumento e outra de diminuição com índices operacionais iguais (ex: roubo, com emprego de arma, porém tentado, com uma diminuição do mínimo previsto no art. 14, parágrafo único). Tais índices ($- 1/3$ e $+ 1/3$) não podem ser simplesmente desconsiderados, posto que prejudicial ao condenado. Necessária a operação sucessiva deles. É o entendimento dominante de nossos Tribunais: “Pena — Fixação — Causas de aumento e diminuição — Atuação em momentos sucessivos — Inadmissibilidade de compensação por iguais os índices operacionais — Procedimento prejudicial ao réu, eis que a causa de redução deve operar por último, sobre o quantitativo maior”. (RT 671/371, TARS, Ap. 290155266, 1.ª C., Rel. Juiz Aristides Pedroso de Alburquerque Neto, v.u.).

4. Conclusão

Na consideração das circunstâncias legais e judiciais, confere o Código ao juiz um amplo poder discricionário. Essa discricionariedade não pode ser confun-

20. Costa, Alvaro Mayrink, *Direito Penal*, 2.ª ed., RJ, Forense, 1988, I/1.069.

21. Op. cit., p. 321.

dida com arbitrariedade. Por isso, o juiz tem a obrigação de motivar o exercício do poder discricionário que lhe foi conferido. É de mister que o julgador deixe dito como e por que chegou à fixação ou dosagem das penas que impôs na sentença: como e por que reduziu certa quantidade de pena e não outra; como e por que segue este caminho ou outro distinto. A sentença não é um ato de fé, mas um documento de convicção racionalizada e as fases do cálculo de pena devem ser muito claras para que defesa e Ministério Público tenham ciência do julgado e possam dele recorrer. O réu, especialmente ele, não tem apenas o direito de saber por que é punido, mas também o direito de saber por que lhe foi imposta esta ou aquela pena.

5. Bibliografia

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, "A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito". *Temas de Direito Processual*, 2.ª série, Saraiva, 1980.
- BELLAVISTA, G. e TRANCHINA, G., *Lezione di diritto processuale penale*, 9.ª ed., Milão, 1984.
- BETTIOL, Giuseppe, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Milão, Giuffrè, 1966.
- CALAMANDREI, Piero, *La genesi logica della sentenza civile*, Firenze, Universitaria, 1959.
- COSTA, Álvaro Mayrink da, *Direito Penal*, 2.ª ed., RJ, Forense, 1988, 1.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1966.
- CRUZ, José Raimundo da, "Individualização da pena e garantias do acusado", *RT* 671, set./91.
- FERRAZ, Nelson, "Dosimetria da pena", *RT* 680, jun./92.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, "A motivação da sentença na aplicação da pena", *RF*, v. 227, jul./set., 1969.
- FREDERICO MARQUES, José, *Tratado de Direito Processual*, S. Paulo, Saraiva, v. III, 1980.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, "O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros", *AJURIS*, n. 50, nov./90.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*, *As nulidades no processo penal*, 2.ª ed., S. Paulo, 1992.
- NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito Penal*, 1.ª v., S. Paulo, Saraiva, 1963.
- ROSA, Fábio Bittencourt da, "A pena e sua aplicação", *RT*, jun./91.
- TORNAGHI, Hélio, *Curso de processo penal*, 6.ª ed., S. Paulo Saraiva, 1989.
- TOVO, Paulo Cláudio, *Nulidades do Processo Penal Brasileiro*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- TRISTÃO, Adalberto Dias, *Sentença Criminal*, 2.ª ed., Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1993.
- TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e, *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*, S. Paulo, Saraiva, 1989.