

2. DOCTRINA NACIONAL

CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

SUMÁRIO: 1. O tipo e a legalidade: 1.1 A legalidade; 1.2 O tipo como decorrência lógica da legalidade; 1.3 O tipo penal e a Parte Geral do Código Penal – 2. Breve exame comparativo Brasil – EUA – 3. Modelo dogmático brasileiro: 3.1 A pena-base; 3.2 As agravantes e atenuantes; 3.3 Causas de aumento e diminuição – 4. Considerações críticas e notas conclusivas.

1. O tipo e a legalidade

1.1 A legalidade

A Parte Geral dos Códigos Penais modernos tem a precípua função de delimitar as condições de eficácia das normas proibitivas. Estas surgem como responsável consequência do princípio da legalidade e de segurança perante o Estado. A ordenação sistemática da construção legislativa penal se põe como postulado básico que decorre do princípio do *nullum crimen sine lege*. Em palavras mais simples, e no dizer de Miguel Reale Jr., “a teoria da tipicidade vem a ser a elaboração científica e técnica do princípio da legalidade, exercendo de forma mais segura a função de garantia”.¹

Necessário, pois, fazer uma breve digressão para explorarmos a matéria. Tema de todos conhecido é aquele que concerne ao princípio da legalidade. No entanto, a discutida questão merece estudo detalhado em função de sua importância, particularmente no que diz respeito ao estudo da tipicidade. É o princípio da

legalidade a regra essencial, substancial de todo o ordenamento penal. É uma proposição constitutiva de ponto de partida de um sistema. No plano penal, o corolário do Estado Democrático de Direito é exatamente o princípio da legalidade, como uma das garantias e direitos individuais (art. 5.º, XXXIX), ou um valor do Direito Penal Constitucional.

O princípio da legalidade se desdobra em quatro decorrências lógicas: não se admite a edição de leis retroativas; proíbe-se o agravamento da punibilidade ou a simples punição pelo direito consuetudinário; descarta-se a idéia de analogia *in malam partem*; afasta-se a admissibilidade de leis indeterminadas.

A lei que institui o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se quer punir. É necessária a existência de uma tipologia de condutas humanas que ofendam bens jurídicos tutelados pelo Estado. A eficácia do princípio da legalidade está condicionada à técnica legislativa para a descrição de condutas proibidas. Deve o legislador procurar formar tipos observando que ao mesmo tempo não sejam vagos – o que destruiria o próprio princípio –, sem perder de vista a generalização de condutas existentes (mais adi-

⁽¹⁾ REALE JR. *Parte geral do Código Penal* (nova interpretação). São Paulo : RT, 1988. p. 20.

ante voltaremos a mencionar o assunto). “A técnica legislativa de formar tipos utilizando-se de cláusulas gerais é de todo incompatível com o Estado de Direito. O princípio da legalidade implica que o fato constitutivo do delito se mostre descrito de modo diferenciado, isto é, exige-se que a lei enuncie, mediante a indicação de diversos caracteres da conduta delitiva, a matéria de proibição, a fim de que os limites entre o lícito e o ilícito não fiquem à mercê da decisão judicial. Do contrário, o legislador nada mais faria do que transferir sua incumbência ao juiz, sobrecarregando-o com tarefas que não lhe são afetas, porque próprias do poder legislativo.”²

A segunda decorrência lógica do princípio da legalidade concerne à inadmissibilidade da invocação do direito consuetudinário para fundamentar a agravção da pena. O direito, quando não estiver melhorando a situação do agente do fato, pode tão-somente partir de leis escritas evitando-se, assim, a reedição do que ocorria no direito medieval, com extremado arbítrio do juiz, que podia julgar conforme os costumes.

Outro corolário do princípio da legalidade é a proibição do emprego de analogia em relação às normas incriminadoras que possam agravar a pena em hipóteses não previstas em lei, semelhantes às que estão mencionadas. Analogia, por ser uma forma de suprir a lacuna da lei, supõe a inexistência de uma norma legal específica. Ora, a exigência da lei prévia e estrita impede a aplicação da analogia *in malam partem*, não obstante, obviamente, sua aplicação em benefício do agente do delito, por simples questão de equidade.

A última consequência doutrinária do princípio da legalidade é a exigência de uma lei certa, com tipos legais que não sejam indeterminados. Na realidade, o direito penal não admite cláusulas gerais ou conceitos carecedores de preenchimento valorativo. Os elementos típicos devem ser objetivos e descritos concretamente na lei, de tal forma que seu conteúdo de sentido e significação aflore do texto a partir de uma simples interpretação. A legalidade aqui entendida exclui, na criação das incriminações, a lei que admita os tipos “abertos”, ou seja, definições de infrações formuladas de uma maneira vaga que, na prática, possam nelas ser incluídos quaisquer atos.

1.2 O tipo como decorrência lógica da legalidade

No início do séc. XX os diversos penalistas ainda não haviam adotado o conceito de tipicidade. Franz von Liszt, por exemplo, definia o crime como sendo “o fato ao qual a ordem jurídica associa a pena como legítima consequência”, esclarecendo que o fato delituoso se tripartia em “ato humano, contrário ao direito e culpável”.³

A partir de 1906, com a publicação de *Die Lehre vom Verbrechen*, por Ernst Beling, dá-se a primeira idéia objetiva do conceito de tipicidade. O professor da Universidade de Munique altera totalmente a idéia de *Tatbestand* que assumia em obras do século anterior (Stubel, em, 1805, Karcher, em 1873). O conceito de tipicidade remonta ao direito processual penal, particularmente ao direito inquisitorial italiano, e está vinculado ao *corpus delicti* desenvolvido pelos processualis-

(2) FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei 7.209/84*. São Paulo : Saraiva, 1986. p. 4.

(3) LIZST, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Trad. de Jiménez de Asúa. Madrid : Reus, 1927. p. 252.

tas com caráter predominantemente objetivo, não sendo certo que o tenha sido por absoluta irrelevância o aspecto subjetivo. O mérito de Beling, portanto, foi tornar independente o *Tatbestand* na sua função descritiva da antijuridicidade e da culpabilidade.⁴

Nesta primeira fase, o tipo se configura como constituído dos elementos objetivos contidos na enunciação normativa do delito, caracterizando-se por nele não estarem incluídos quaisquer elementos que tenham implicações axiológicas, ou que configurem estados anímicos ou situações subjetivas de qualquer ordem. "Somente integram o tipo, nesta primitiva concepção do mestre de Munich, aqueles aspectos destituídos de conotações valorativas e subjetivas, uma vez que ele é essencialmente objetivo descrevendo aquilo que integra o delito, sem referências axiológicas e sem alusões a posturas psíquicas do sujeito de crime." A tipicidade, que anteriormente a Beling era concebida como mera imagem conceitual do delito, sem correspondência direta na lei, passa a ser um tipo reitor, ou seja, o lado objetivo do delito capitulado na lei, tomado no sentido de mera representação. A sua função é meramente descritiva e, observe-se, inteiramente separada da antijuridicidade e da culpabilidade. É apenas um indício, tanto da ilicitude como da culpabilidade, quando ele se concretiza.⁵

O entendimento do tipo como algo acromático, meramente descritivo, despojado de qualquer conteúdo valorativo, passa a sofrer uma série de objeções, da parte de inúmeros autores. Em face da

avalancha de críticas formuladas ao conceito inicial de tipo, Beling, em 1930, em monografia renovada sobre o assunto, *Die Lehre vom Tatbestand*, retoma a discussão da questão com nova abordagem sobre o tema. Ele reconhece a existência de algumas deficiências e salienta que o problema surgido se vinculou ao estabelecimento da relação entre adequação de um fato ao delito-tipo. Sua diferenciação, no entanto, entre uma e outra definição não logra êxito, e a doutrina subsequente deixa de adotar sua tese reformulada. O próprio Beling passa a adotar uma outra posição, no dizer de Juarez Tavares.⁶

Em linhas gerais, o quadro evolutivo do conceito de tipo pode ser dividido em algumas fases, marcadamente determinadas, segundo pensamento de Luiz Jiménez de Asúa: inicia-se com a fase da *independência*. Aqui, o tipo tem uma função exclusivamente descritiva, absolutamente separada da antijuridicidade e da culpabilidade. Matar alguém é o tipo do delito de homicídio, uma mera descrição. Dizer se a morte foi ou não contrária ao direito é uma função valorativa que se concretiza no estudo da ilicitude, e não no exame da tipicidade. Numa segunda fase, em que os primeiros críticos de Beling examinavam as falhas da teoria da tipicidade, o tipo apresenta um caráter *indiciário*. Segue mantendo a independência da antijuridicidade. Mas afirma que o fato delituoso é um indício de ilicitude. A função indiciária se cumpre principalmente em relação aos elementos normativos do tipo (como, por exemplo, "mulher honesta", no crime de posse sexual mediante fraude, "coisa alheia", no crime de furto). A fase posterior considera o tipo como *ratio essendi* da

(4) CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro : Forense, 1982. p. 8.

(5) LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova lei penal*. Porto Alegre : Fabris, 1987. p. 15.

(6) TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*. São Paulo : RT, 1980. p. 22.

antijuridicidade. A tipicidade deixa de ser um mero indício, uma simples descrição, ou *ratio cognoscendi* da ilicitude, mas sua base real. É o pensamento de Mezger, que definia o delito como ação tipicamente antijurídica e culpável. Mencione-se, ainda, a fase *defensiva*, em que Beling reformula sua teoria (no início da década de 30) e a fase *destrutiva*, pensamento fundado em teorias autoritárias que serviram ao nacional-socialismo, que se constituíram numa quebra total do princípio da legalidade (e portanto da própria tipicidade). Caracteriza-se esta última fase por um extremismo que fez derivar a pena não de um resultado lesivo, mas sim da conduta perigosa do agente, não pela ação, mas pela vontade.⁷

Muitos autores, depois das teses aportadas por Welzel, passam a mencionar uma nova característica da tipicidade. Para os finalistas o tipo é representado por uma ação tipificada, ou seja, como formalização jurídico-penal dos componentes de ação, acrescidos de elementos caracterizadores de cada delito em cada espécie e constituindo, por consequência, a própria matéria de proibição. “A estrutura ontológica da ação tem existência prévia a toda valoração ou regulação. Se não a tomarmos em atenção, o resultado será necessariamente falso; se pelo contrário a respeitarmos, obteremos determinadas soluções verdadeiras e conformes com as leis do ser, entre as quais sobressaem sobretudo a posição do dolo no seio da ação, e com ela as consequências que derivam da teoria da culpa para a doutrina do erro.”⁸

Uma última teoria do delito, a teoria social da ação, faz sua abordagem sobre o tipo de forma singular. Para tal teoria o crime tem um sentido social, isto é, só é crime aquilo que é socialmente relevante. Assim, por exemplo, a entrega de presentes de pouca monta a um funcionário do fórum, a título de “presente de fim de ano”, embora seja tipificado no Código Penal como fato delituoso, deve ser entendido como comportamento socialmente adequado, portanto desautorizando-se o fato como conduta típica e antijurídica. Esta teoria, apesar dos inúmeros críticos ao seu grau de incerteza, permite, em alguns casos, uma interpretação restritiva de certos tipos penais que, redigidos com excessiva amplidão, estendem em demasia o âmbito das normas proibitivas. É, pois, um instrumento válido no plano de uma atividade integradora do fato à norma.

A construção do tipo penal não é uma mera elucubração do legislador, mas nasce de uma tensão própria, da tarefa de, a partir do concreto, da realidade que se apresenta, formular um paradigma, um modelo. “Destarte, tipo penal como estrutura não é uma construção arbitrária, livre, mas decorre do real submetido a uma valoração. O real tem uma ordem imanente, resta captar as relações entre os pontos componentes deste *compositum*, definindo qual seja o invariável elementar... Com a fixação do invariável elementar tem-se o perfil do objeto, a conformidade por trás da diversidade, de modo a se construir um modelo pelos traços fundamentais de um comportamento, cabendo ao observador estabelecer as regularidades e os encadeamentos envoltos em uma ordem uniforme.”⁹

(7) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz. *La ley y el delito*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1958. p. 237-49.

(8) ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos L. Natscheradetz, Lisboa : Vega, 1986. p. 113.

(9) REALE JR., Miguel. Op. cit. p. 22-3.

1.3 O tipo penal e a Parte Geral do Código Penal

O termo “tipo” exprime a idéia de “modelo”, “esquema” e é utilizado em várias áreas de conhecimento para separar e agrupar em classes, objetos de estudo que apresentam coisas em comum. Foi inicialmente usado em direito penal como modelo abstrato de comportamento proibido. Ao ser usado com essa acepção, identificou as condutas criminosas e, por via de consequência, descriminou os fatos não delituosos. Vale dizer, o modelo serve para identificar o fato típico e o atípico. Nesse sentido, a tipicidade enquanto técnica não é exclusividade dos chamados tipos penais incriminadores. Os conceitos acima expendidos alcançam também os institutos da Parte Geral. Observe-se, a propósito, que estes surgem como desdobramento lógico de um processo evolutivo oriundo do Iluminismo, com objetivo precípuo de assegurar a liberdade do cidadão. A Parte Geral nasce dos institutos da Parte Especial, de uma natural tendência ordenadora característica do processo codificador que distinguiu o séc. XVIII. Já no Código Prussiano de 1794, no Código Penal austríaco de 1803 e no francês de 1791 encontram-se partes gerais destacadas dos tipos incriminadores da parte especial.

Merece destaque a opinião de Reale Jr. quando afirma que: “Se a Parte Geral decorre do princípio da legalidade, fixando diretrizes comuns de eficácia das normas incriminadoras, é evidente que, também, as estruturas normativas que a compõem devem estar revestidas de caráter típico, sendo um enunciado de dados elementares, cuja presença é de se verificar na realidade, constatando-se a congruência do abstrato e do concre-

to”.¹⁰ E, mais adiante, conclui o mestre: “As normas da Parte Geral para desempenhar o papel em função do qual surgem nas codificações penais não poderiam estar isentas de estrutura típica, pois só assim alcançariam a sua primordial finalidade de revestir de maior garantia a aplicação da lei penal”.¹¹

É inescandível o caráter típico de certos institutos da Parte Geral do Código Penal. Ao se falar em crime consumado como aquele que reúne todos os elementos de sua definição legal (art. 14, I), o que se está fazendo é a reafirmação do tipo, previsto na Parte Especial. A desistência voluntária e o arrependimento eficaz, por sua vez, nada mais são do que a “destipificação” da tentativa, desde que o autor voluntariamente não pratique todos os atos de execução necessários à consumação, ou não tenha o *iter* interrompido por circunstâncias alheias à sua vontade. A inserção do § 2.º ao art. 13, na Reforma de 84, estabelecendo quando é relevante a omissão (crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios), nada mais é do que a tipificação do sujeito ativo próprio do delito.

Destarte, a estrutura típica é própria a todos os institutos, da Parte Geral ou Especial, não estando excluídos aqueles que concernem à aplicação da pena, que dispõem sobre suspensão condicional, que regem a aplicação das penas alternativas etc. No que concerne à aplicação da pena, avulta a discussão sobre as *circunstâncias do crime*: elementos típicos modificadores que alteram a tipificação a ponto – até mesmo – de excluir ou incluir, por exemplo, determinado fato da vida do âmbito de abrangência estatuído pela Lei dos

⁽¹⁰⁾ REALE JR., Miguel. Op. cit. p. 25.

⁽¹¹⁾ Ibidem, p. 26.

Juizados Especiais Criminais.¹² Portanto, as circunstâncias dos crimes “ade-rem” a estes de modo que estão previstos pelo próprio leque de alcance do princípio da legalidade, com todas as suas consequências jurídico-penais.

2. Breve exame comparativo Brasil – EUA

A Reforma Penal brasileira de 84 conferiu maior amplitude aos poderes discricionários do juiz penal, para poder habilitá-lo a proceder a uma individualização de penas mais justas. O processo que o juiz realiza para determinação da pena atenta para o desvalor da conduta e do resultado, 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. A Reforma, seguindo o moderno pensamento segundo o qual o grau de incerteza deve ser minimizado, adotou a tese de Hungria, superando sua polêmica com Roberto Lyra e estatuidando 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

determinadas infrações. A estes parâmetros podemos dar o nome de circunstâncias do crime. 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”.¹³

Não é exatamente o mesmo que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos. 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).¹⁴ A flexibilidade imperante como decorrência lógica do sistema da *Common Law* acaba por trazer grande dose de incerteza nas decisões criminais condenatórias. Levando em conta tais incertezas é que, em 1984, o Congresso norte-americano criou uma comissão com objetivos de ensejar 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 comissão de sentenças é um órgão inde-

(12) JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 39-40.

(13) *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1989. v. II, p. 174. Com igual conteúdo merece lembrança o trecho da obra de Adalberto Dias Tristão, *Sentença criminal*. 2. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 31.

(14) CRUZ, José Raimundo Gomes da. Individualização da pena e garantias do acusado, RT 671/395.

pendente, pertencente ao poder judiciário, composto de sete membros votantes e dois não votantes. Tem como objetivo declarado estabelecer políticas e práticas de determinação das penas para o sistema de justiça criminal federal.

A dificuldade para resolução do problema nos Estados Unidos 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. No Brasil, “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*, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 96). Haveria penas o uso reiterado de ‘motivação espontânea’ e não um requisito legal da sentença (Cruz e Tucci, op. cit, p. 96-97)”.¹⁵

Em nosso país a motivação das decisões remonta às Ordenações Filipinas que dispunham sobre a matéria no Livro III, Título LXVI, § 7.º: “E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os juízes de mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os juízes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos desembargadores, e quaisquer outros julgadores, ora sejam letrados, ora não o sejam, declarem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso de apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou a revogar”.

A necessidade de fundamentar as decisões segundo as circunstâncias do cri-

me é fruto do racionalismo iluminista. No final do séc. XVIII várias legislações européias 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 de outubro de 1789, que impediu o juiz de usar a fórmula *pour le cas résultant du procès*”.¹⁶ A obrigatoriedade de motivação constituiria um traço marcante de todas as legislações que se seguiram, particularmente nos países da *Civil Law*.

Nos Estados Unidos, um dos principais resultados da comissão de sentenças está consubstanciado em uma tabela de punição. O objetivo é simples. Os mesmos atos devem ser punidos com as mesmas penas, de acordo com as circunstâncias que envolvem cada caso. Com esse propósito, a comissão de sentenças deu mais poder ao juiz ao abolir o sistema de penas indeterminadas e de conselhos de livramento condicional que decidiam acerca do sistema de penas. Por outro lado, retirou poderes do magistrado, estabelecendo um minucioso e detalhado sistema de instruções sobre as penas em cada caso individual.

Tendo o juiz decidido o tipo penal que incide em cada caso, encontrará um nível-base de delito. A cada nível corresponde uma determinada quantidade de pena. Assim, do nível 1 ao 3 a pena oscila de 0 a 6 meses de prisão. No nível 15, por exemplo, a pena passa a ser de 18 a 24 meses de prisão. No 22 é de 41 a 51 meses de prisão. No nível 42 a pena é fixada em 360 meses de prisão. O nível máximo é o 43, em que a pena de prisão é perpétua.

Vejamos tabela na próxima página:

⁽¹⁵⁾ CRUZ, José Raimundo Gomes da. Op. cit. p. 397.

⁽¹⁶⁾ FRAGOSO, Heleno Cláudio. A motivação da sentença na aplicação da pena. *RF*, v. 227, p. 15, jul./set. 1969.

Tabela de determinação das penas (em meses de prisão)
Categoria do Histórico Criminal (Pontos do Histórico Criminal)

nível do delito	I (0 ou 1)	II (2 ou 3)	III (4,5,6)	IV (7, 8, 9)	V (10, 11, 12)	VI (13 ou mais)
1	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6
2	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6
3	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6
4	0-6	0-6	0-6	2-8	4-10	6-12
5	0-6	0-6	1-7	4-10	6-12	9-15
6	A0-6	1-7	2-8	6-12	9-15	12-18
7	1-7	2-8	4-10	8-14	12-18	15-21
8	2-8	4-10	6-12	10-16	15-21	18-24
9	4-10	6-12	8-14	12-18	18-24	21-27
10	6-12	8-14	10-16	15-21	21-27	24-30
11	8-14	10-16	12-18	18-24	24-30	27-33
12	10-16	12-18	15-21	21-27	27-33	30-37
13	12-18	15-21	18-24	24-30	30-37	33-41
14	15-21	18-24	21-27	27-33	33-41	37-41
15	18-24	21-27	24-30	30-37	37-46	41-51
16	21-27	24-30	27-33	33-41	41-51	46-57
17	24-30	27-33	30-37	37-46	46-57	51-63
18	27-33	30-37	33-41	41-51	51-63	57-71
19	30-37	33-41	37-46	46-57	57-71	63-78
20	33-41	37-46	41-51	51-63	63-78	70-87
21	37-46	41-51	46-57	57-71	70-87	77-96
22	41-51	46-57	51-63	63-78	77-96	84-105
23	46-57	51-63	57-71	70-87	84-105	92-115
24	51-63	57-71	63-78	77-96	92-115	100-125
25	57-71	63-78	70-87	78-97	100-125	100-137
26	3-78	70-87	63-78	70-87	110-137	120-150
27	70-87	78-97	70-87	78-97	120-150	130-162
28	78-97	87-108	97-121	110-137	130-162	140-175
29	87-108	97-121	18-135	121-151	140-175	151-188
30	97-121	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210
31	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235
32	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235
33	135-168	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293
34	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293	262-237
35	168-210	188-235	210-262	235-293	262-327	292-365
36	188-235	210-262	235-293	262-237	292-365	324-405
37	210-262	235-293	262-327	292-365	324-404	360-*
38	235-293	262-327	292-365	324-405	360-*	360-*
39	262-327	292-365	324-405	360-*	360-*	360-*
40	292-365	324-405	360-*	360-*	360-*	360-*
41	324-405	360-*	360-*	360-*	360-*	360-*
42	360-*	360-*	360-*	360-*	360-*	360-*
43	*	*	*	*	*	*

* Prisão perpétua

Extraído de *A indústria do controle do crime*, por Nils Christie.

Imaginemos um exemplo concreto: um roubo em domicílio. As instruções para o caso são as seguintes:

“Roubo em domicílio

a) nível-base do delito.....17

b) características específicas do crime

1) Se o delito envolveu mais que um planejamento mínimo, aumentar dois níveis.

2) Se as perdas excederem US\$ 2.500,00, aumentar o nível da seguinte forma:

Perda (aplicar a maior)	Aumento do nível
A) \$ 2.500 ou menos	Não há aumento
B) mais de \$ 2.500	aumentar 1
C) mais de \$10.000	aumentar 2
D) mais de \$ 50.000	aumentar 3
E) mais de \$ 250.000	aumentar 4
F) mais de \$ 800.000	aumentar 5
G) mais de \$ 1.500.000	aumentar 6
H) mais de \$ 2.500.000	aumentar 7
I) mais de \$ 5.000.000	aumentar 8

3) Se uma arma de fogo, aparelho destrutivo ou substância controlada tiver sido roubada, ou se o roubo deste item for um objeto de delito, aumentar um nível.

4) Se uma arma perigosa (incluindo arma de fogo) for usada, aumentar dois níveis”.¹⁷

Dessa explicação pode ser constatado que o nível mínimo de punição seria o 17 (de 24 a 30 meses) e o máximo seria o 30 (97 a 121 meses). Estes dados abrangem aquilo que nós chamaríamos de

circunstâncias judiciais do crime. Dependendo do histórico do criminoso pode haver, ainda, alguns aumentos. Esta fase se dá em uma progressão horizontal (e não vertical), o que permitirá um acréscimo não tão pronunciado. Acrescentam-se três pontos para cada sentença anterior de prisão que exceda 1 ano e 1 mês. Se houver sentença de até 16 dias acrescentam-se dois pontos. Havendo crime no curso do *probation*, liberdade vigiada, prisão semi-aberta: mais dois pontos. Se a condenação anterior for recente (menos de 2 anos), mais dois pontos. O resultado é que a pena, embora no mesmo nível 30, pode ir para o patamar de 168-210 meses.¹⁸

Se o manual explicita o que pode ser incluído no cálculo de penas, também o faz com as circunstâncias que não devem ser incluídas. São elas: idade; educação e preparo intelectual; condições psíquicas e emocionais; registros de empregos anteriores; vínculos e responsabilidades familiares; laços comunitários; raça, sexo, origem, credo, religião e situação socioeconômica.

Não há causas que possam fazer diminuir as penas.

Os resultados de tais tabelas, dentro deste modelo, são claros. Há uma extrema objetivação do cálculo punitivo, uma vez que as circunstâncias do crime serão sempre de caráter objetivo. As circunstâncias que apontam para situações contextuais ditas subjetivas estão excluídas. Elimina-se, pois, toda a questão da justiça social. Se alguém furta por fome, ou em face de um difícil contexto econômico, isso passa a ser irrelevante. Se há uma agressão e o réu foi vítima de agressões na infância e agora está reproduzindo o ambiente igual ao de seu crescimento e amadurecimento, este fato

⁽¹⁷⁾ CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 138.

⁽¹⁸⁾ CHRISTIE, Nils. Op. cit. p. 139.

também é irrelevante. O problema da criminalidade, como é cediço, está vinculado às condições sociais de uma sociedade e, portanto, as decisões sociais não de refletir o contexto do ambiente em que vive o delinqüente. Descontextualizar o réu de seu entorno, eliminando as circunstâncias subjetivas que envolvem o caso, é levar a um positivismo exacerbado, incompatível como nosso sistema penal, ancorado no Estado Democrático de Direito e que se funda na dignidade dos cidadãos.

Ou ainda, no dizer de Nils Christie: "Este sistema decisório tem também a consequência óbvia de criar uma distância em relação à pessoa a ser julgada. Quando os atributos sociais são eliminados, cria-se um sistema aparentemente 'objetivo' e impessoal. O dano é a unidade monetária — dano cujo preço é a pena. É um sistema que se harmoniza com padrões burocráticos normais, e ao mesmo tempo extraordinariamente bem ajustado aos detentores do poder. Numa estrutura hierárquica, cria-se uma distância maior através da atuação de acordo com ordens. A Tabela de sentenças é esta ordem que vem de cima. O juiz pode ser menos rigoroso. Pode entender o que é uma vida na miséria. Mas a Tabela está lá. Lamento, mas o seu nível de condenação é o 38. Não é uma decisão pessoal minha, apenas tenho que aplicá-la".¹⁹

3. Modelo dogmático brasileiro

Como já se mencionou acima, o cálculo de penas, após a Reforma de 84, passou a ser, obrigatoriamente, um procedimento trifásico. Seguindo sequência do art. 68 do CP, na primeira fase fixa-se a pena-base, em face dos critérios

estabelecidos no art. 59 do CP. Na segunda 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 segunda fase. Analisemos de per si cada uma dessas operações.

3.1 A pena-base

Na primeira 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, por exemplo, 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 primeira 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 por Nelson Ferraz. Diz

(19) Ibidem, p. 147.

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 primeira fase da dosimetria, mas tão-somente como circunstância legal da segunda fase – art. 61, I, do CP”.²⁰

3.2 As agravantes e atenuantes

Na segunda fase da aplicação da pena faz-se o exame das circunstâncias legais previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66 do Código Penal. 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 qualificar ou privilegiar 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 nem se vem aquém do mínimo. No item subsequente voltaremos à discussão desta questão.

No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve considerar as circunstâncias preponderantes. São prevalecentes as de caráter subjetivo (ao contrário do sistema americano em que elas nem são consideradas). 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.

3.3 Causas de aumento e 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 suplantar os limites do tipo, observado o limite máximo de pena. Imagine-se, por exemplo, um furto simples, na forma tentada. A pena que tinha sido fixada em seu mínimo, na 1.ª fase, confirmada na

⁽²⁰⁾ FERRAZ, Nelson. Dosimetria da pena, RT 680/319.

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 anos - 3/3 = zero). Como se faz esse cálculo? Em fases sucessivas. Subtrai-se 1/3 de 6 anos. Obtêm-se 4 anos. Desse *quantum* subtraem-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 previstas 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), continuadamente (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 ano + 3/3). Se, ao

contrário, fizermos o cálculo cumulativo teríamos: 1 ano + 1/3 = 1 ano e 4 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 um roubo com emprego de arma, cometido em concurso de pessoas. Para Alvaro Mayrink da Costa, "quando há duas causas de aumento em relação ao mesmo ilícito penal há maior desvalor no obrar razão pela qual se advoga 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)".²¹ Assim, a pena aplicada a esse roubo seria de 6 anos e não de 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 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 cinco meses e dez dias..."²²

A última dificuldade surge quando há uma causa de aumento e outra de diminuição com índices operacionais iguais

(21) COSTA, Alvaro Mayrink. *Direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1988. vol. I, p. 1.069.

(22) Op. cit. p. 321.

(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.

4. Considerações críticas e notas conclusivas

O sistema de valoração das circunstâncias do crime, na sistemática brasileira, concede uma relativa discricionariedade ao magistrado. É ele que vai ponderar todos os fatores que envolvem a prática delituosa. Se ele não está adstrito a uma tabela de distribuição penal, também é verdade que não tem liberdade plena para inovar ultrapassando certos limites legais. No entanto, mesmo no âmbito do sistema legal vigente, existem alguns caminhos novos que estão sendo trilhados de tal forma a flexibilizar nosso sistema de aplicação penal, que se pode chamar de semi-rígido. Grande discussão existe quando se fala da proibição de vir aquém da pena mínima na 2.^a fase do cálculo de pena. Analisemos a questão.

Alguns autores, fazendo uma exegese mais consentânea com a Reforma de 1984, passaram a defender a possibilidade de a pena baixar aquém do mínimo legal na segunda fase do cálculo de penas. Quase que por uma tradição, advinda da interpretação textual do Código de 40, é que não se admitia a possibilidade de fazer com que a pena mínima viesse abaixo do limite penal mínimo previsto no tipo. A partir de 1985, no entanto, o entendimento deve mudar. Uma reflexão mais profunda nos permite entender que “enquanto para a fixação da ‘pena-base’ se determina que devem ser obedecidos os ‘limites previstos’ da pena aplicável (art. 59, II), o art. 68 não apresenta essa restrição ao dispor

que, após essa fixação, ‘serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes’, liberando-se o julgador para aplicação de pena superior ao máximo ou inferior ao mínimo. Tal interpretação não era possível durante a lei anterior, visto que se entendia serem consideradas na fixação da ‘pena-base’ as circunstâncias judiciais e as atenuantes e agravantes. Além disso, o art. 42 da lei anterior, referente à fixação da ‘pena-base’, mencionava as ‘circunstâncias do crime’, entendendo-se que se referiam elas às agravantes e atenuantes. Tal obstáculo não mais existe porque as ‘circunstâncias’ previstas no art. 59 não se referem a elas, como deixa claro o art. 68 ao estabelecer as fases do cálculo de aplicação da pena”.²³

Esta postura doutrinária levou a uma recente modificação também na esfera jurisprudencial. Não obstante ainda ser matéria polêmica, surgem inúmeros julgados como os constantes da RT 702/329 e da RSTJ 90/384 que passam a admitir a vulneração do limite mínimo do tipo penal. Merece destaque este último, da lavra do Min. Vicente Cernicchiaro, em REsp 68.120-0:

“PENAL – PENA – INDIVIDUALIZAÇÃO – ATENUANTE – FIXAÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL – O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5.º, XLVI), materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato,

(23) MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1997, v. 1, p. 306; no mesmo sentido do texto: MACHADO, Agapito. As agravantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal, RT 647/388; LOEBMANN, Miguel. As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal, RT 676/390; TUBENCHLAK, James. Atenuantes, *Informativo Adv.*, p. 416, 1987.

do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito. A cominação, estabelecendo grau mínimo e máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme o critério do art. 68 do CP, fixar a pena *in concreto*. A lei trabalha com o gênero. Da espécie, cuida o magistrado. Só assim, ter-se-á Direito dinâmico e sensível à realidade, impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso concreto, buscando realizar o direito justo. Na espécie *sub judice* a pena-base foi fixada no mínimo legal. Reconhecida, ainda, a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d). Todavia, desconsiderada porque não poderá ser reduzida. Essa conclusão significaria desprezar a circunstância. Em outros termos, não repercutir na sanção aplicada. Ofensa ao princípio e ao disposto no art. 59, CP, que determina ponderar todas as circunstâncias do crime”.

Na consideração das circunstâncias legais e judiciais, confere o Código ao juiz um amplo poder discricionário. Essa discricionariedade não pode ser confundida 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. No entanto, há que ressaltar que o juiz, no momento de julgar, não deve proceder com um metro que toma a lei como medida, mas ser crítico da legislação, adaptando axiologicamente a lei ao caso concreto.

A título de conclusão merece ser feita uma última reflexão. A Justiça criminal deve afastar-se de seu conteúdo ideológico, forjado no período autoritário, de “guerra contra o crime”, como se houvesse uma dicotomia maniqueísta a só considerar o bem e o mal. Em nome do generalizado desejo de punição, da ilusória e perversa ilusão de segurança, parece cada vez mais distante a realização material da justiça. Aqui se postula uma nova atuação da justiça criminal, superando o Estado Liberal e vivenciando o Estado Democrático de Direito. Uma justiça orientada para a aplicabilidade efetiva das garantias penais, asseguradas pelas legislações constitucional e infraconstitucional, constituir-se-ia em enorme avanço no sentido de fazer do exercício do poder contido na função judiciária um instrumento de limitação, controle e redução da violência punitiva;²⁴ mas, principalmente, de crítica reflexiva ao sistema punitivo e de aplicação penal. Estamos diante daquilo que Nils Christie chama de métodos de decisão sobre a dor. Cabe a nós refletirmos como utilizá-lo, tendo em conta aquilo que Friedrich Nietzsche disse em uma de suas principais obras, *Assim falou Zaratustra*: “Desconfiai de todos em que o impulso de castigar é poderoso!”.

(24) KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal, *RBCCrim*, v. 6, p. 125, abr./jun., 1994.