

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR

**AS MÚLTIPLAS FUNCIONALIDADES DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NA
APLICAÇÃO DA PENA E A VEDAÇÃO DO *BIS IN IDEM*: UMA ABORDAGEM À
LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

BIANCA BEZ GOULART

FLORIANÓPOLIS – SC

2015

BIANCA BEZ GOULART

**AS MÚLTIPLAS FUNCIONALIDADES DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NA
APLICAÇÃO DA PENA E A VEDAÇÃO DO *BIS IN IDEM*: UMA ABORDAGEM À
LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Francisco Bissoli Filho, Dr.

FLORIANÓPOLIS – SC

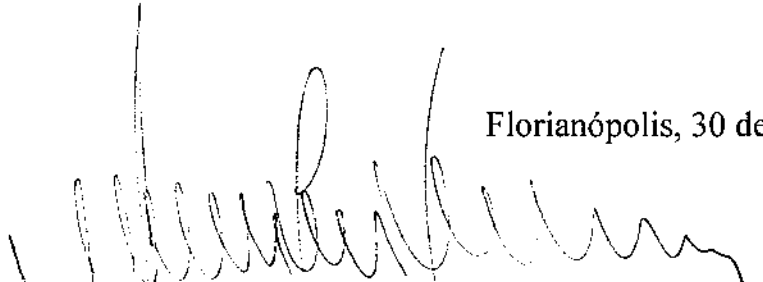
2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

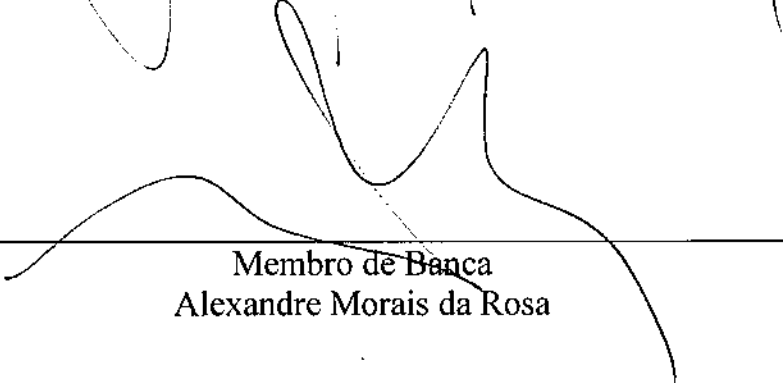
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso intitulado “**As Múltiplas Funcionalidades das Circunstâncias Judiciais na Aplicação da Pena e a Vedação do *bis in idem*: uma abordagem à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**”, elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Bianca Bez Goulart**, defendida em **30/06/2015** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014

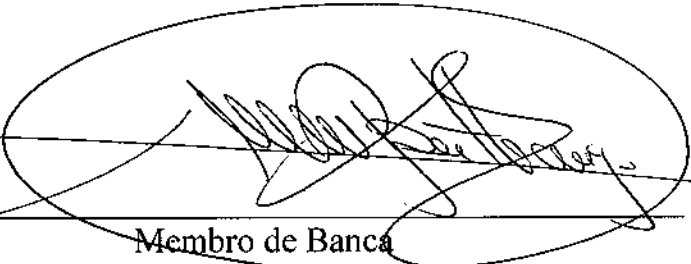
Florianópolis, 30 de JUNHO de 2015



Professor(a) Orientador(a)
Francisco Bissoli Filho



Membro de Banca
Alexandre Morais da Rosa



Membro de Banca
Marcelo Brito de Araújo



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno (a): Bianca Bez Goulart

RG: 5.349.818 ✓

CPF: 073.638.099-09

Matrícula: 11103411

Título do TCC: As múltiplas funcionalidades das circunstâncias judiciais na aplicação da pena e a incidência do bis in idem: uma análise à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Orientador (a): Dr. Prof. Francisco Benedito Filho

Eu, Bianca Bez Goulart

acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, SC, 30 de junho de 2015

Bianca Bez Goulart
Bianca Bez Goulart

AGRADECIMENTOS

Agradeço à força superior denominada Deus, que, ao conceder-me o milagre da vida, tornou tudo possível.

Agradeço à minha amada e guerreira mãe, que, desde os meus primeiros passos, guiou-me por um caminho de virtudes e princípios a serem seguidos; ensinou-me a ter fé e a seguir meu coração com determinação; mostrou-me como a felicidade está nos sorrisos daqueles que amamos e que, antes de desistirmos das batalhas de todos os dias, devemos apenas tentar mais uma vez e ainda outra.

Agradeço à minha protetora e adorada irmã, que todos os dias me ensina o verdadeiro significado da palavra superação e do amor incondicional.

Agradeço ao meu amado padrasto, que, com a força de um guerreiro e a sensibilidade de um músico, ensinou-me a conjugar determinação e disciplina, a buscar o conhecimento com humildade e a sorrir diante das dificuldades da vida.

Agradeço aos meus avós, Maria e Valdir, fortalezas inabaláveis, pela sabedoria e amor infinitos. Agradeço, ainda, aos demais familiares, tios, tias, primos e cunhado, por depositarem sua fé em mim e por sempre me apoiarem.

Agradeço ao meu namorado, Murilo, em cujo olhar encontrei a força e a calma necessárias para seguir em frente, pela cumplicidade e companheirismo de muitos anos; por poder dividir os meus anseios e as minhas conquistas; e, sobretudo, pela certeza de que, juntos, continuaremos trilhando nosso caminho.

Agradeço a Grazi e ao André, minha segunda família, pelos ensinamentos, não apenas profissional, mas espiritual e valorativo, concedidos através da convivência; bem como por depositarem sua fé e confiança nos meus passos e, ainda, pelo apoio mutuamente representado.

Agradeço ao meu orientador, Professor Dr. Francisco Bissoli Filho, que, com o seu talento profissional singular, consegue despertar em seus alunos o interesse e a paixão pelo Direito Penal; agradeço-lhe, ainda, pelas inúmeras oportunidades concedidas a mim, pela confiança depositada, pelos profundos ensinamentos galgados e, sobretudo, por representar um exemplo profissional e um ser humano imergido em princípios e valores a serem seguidos. Agradeço, também, à equipe da 16^a Procuradoria de Justiça Criminal, especialmente a Paola, Alexandra e Ivana, pela amizade e por todo o aprendizado construído.

Agradeço ao meu (ex) chefe, Dr. Marcelo Brito de Araújo, por ter me concedido a primeira oportunidade profissional; pela confiança em mim depositada e pelos inúmeros ensinamentos desenvolvidos ao longo dos anos. Agradeço, ainda, às colegas da 35ª Promotoria de Justiça da Capital, Anna Carolina, Marina e Luiza, pela amizade construída e pela certeza de apoio mútuo.

Agradeço ao Dr. Luiz Fernando F. Pacheco, pelos memoráveis ensinamentos proferidos em tão pouco tempo, pelas histórias contadas e por representar um caminho profissional a ser seguido.

Agradeço à minha chefe, Dra. Juliana Padrão Serra de Araújo, pela oportunidade concedida, pela confiança depositada e pelos novos ensinamentos profissionais enunciados. Agradeço, também, aos colegas da 31ª Promotoria de Justiça da Capital, pela convivência e apoio diários.

Agradeço ao Professor Dr. Alexandre Morais da Rosa, pelos incontáveis ensinamentos proferidos em sala de aula, bem como por ter aceito o convite para participar da banca de avaliação do presente trabalho.

Agradeço aos demais Professores da Universidade Federal de Santa Catarina, pelos profundos e concretos ensinamentos enunciados ao longo dos anos de faculdade, bem como aos colegas e amigos de graduação, notadamente a Maty Lice Brancher, Evandro Lambert de Faria, Conrado Prioli Duarte e Fernando Luiz, sem os quais o percurso de aprendizados teria se tornado ainda mais árduo.

Agradeço, por fim, a todos que contribuíram, direta ou indiretamente, para a conclusão do presente trabalho de conclusão de curso.

“Não importa quais sejam os obstáculos e as dificuldades. Se estamos possuídos de uma inabalável determinação, conseguiremos superá-los independentemente das circunstâncias, sendo sempre humildes, recatados e despidos de orgulho.”

Dalai Lama

“A lei de ouro do comportamento é a tolerância mútua, já que nunca pensaremos todos da mesma maneira, já que nunca veremos senão uma parte da verdade e sob ângulos diversos”

Ghandi

RESUMO

GOULART, Bianca Bez. *As múltiplas funcionalidades das circunstâncias judiciais na aplicação da pena e a vedação do bis in idem: uma abordagem à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2015. Monografia (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas/CCJ, Curso de Graduação em Direito, Florianópolis, 2015.

Trata-se de trabalho monográfico cujo precípua objeto consiste na análise das múltiplas funcionalidades das circunstâncias judiciais na aplicação da pena ante as implicações oriundas da vedação do *bis in idem*, levando-se em consideração, sobretudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. As circunstâncias judiciais, dados acidentais ou circundantes do delito, em sendo parte da temática da aplicação das sanções penais, são, há muito, debatidas e estudadas por aqueles que se debruçam sobre o Direito Penal. Todavia, as certezas que permeiam as funcionalidades representadas pelas circunstâncias judiciais são poucas. Assim, considerando-se as funções inerentes às referidas circunstâncias, que podem se comportar como *determinantes* do aumento na primeira fase dosimétrica ou como *critério e requisito* nas demais etapas da aplicação da sanção penal, o objetivo do presente trabalho monográfico é indagar, sob o manto da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e tendo como referencial a teoria dos direitos e garantias fundamentais, se essas múltiplas funcionalidades das circunstâncias judiciais constituem, ou não, ofensa ao princípio do *ne bis in idem*. As respostas ao sobredito questionamento foram formuladas a partir do conteúdo inerente aos princípios constitucionais-penais, em especial o princípio do *ne bis in idem* e da garantia da fundamentação das decisões judiciais. Por conseguinte, buscou-se analisar a razoabilidade do alcance que as circunstâncias judiciais exercem nas diversas etapas da individualização da sanção penal, notadamente como critério de dosagem das majorantes ou minorantes de quantidade variável, sobre as quais não haja parâmetro específico. Exatamente sob esse aspecto, após análise das ações de *Habeas Corpus* n. 112.776 e 109.193, ambas julgadas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, cujo idêntico objeto tratava sobre a possibilidade de utilização das circunstâncias judiciais da natureza e da quantidade de substância entorpecente como critério de aferição da causa de diminuição relativa ao tráfico eventual, observou-se que houve uma limitação da sobredita funcionalidade das circunstâncias judiciais, na medida em que restou reconhecida a ofensa ao princípio do *ne bis in idem* quando consideradas tanto na primeira fase da dosimetria da pena, como determinantes do aumento da pena-base, quanto na terceira etapa dosimétrica, deixando a cargo do magistrado sentenciante a escolha sobre em qual das duas fases caberá utilizar os referidos elementos. Discorreu-se, portanto, acerca das possíveis consequências desse atual entendimento preconizado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, ainda que tenha limitado a funcionalidade de critério das circunstâncias judiciais, acabou por reconhecê-la. Fundado no princípio do *favor rei*, o presente trabalho, ainda, apresenta algumas sugestões no que concerne à escolha do momento em que as circunstâncias judiciais da natureza e da quantidade de droga poderão ser consideradas e, ao final, concluiu-se sustentando a possibilidade de extensão do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal às demais causas de aumento ou de diminuição de pena de quantidade variável, respeitando-se as limitações impostas pelos sobreditos princípios.

Palavras-chave: Direito Penal. Aplicação da pena. Circunstâncias judiciais. Princípio do *ne bis in idem*. Garantia da fundamentação das decisões judiciais. Limitações. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 CARACTERIZAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.....	15
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	15
2.2 DISTINÇÃO ENTRE ELEMENTARES E CIRCUNSTÂNCIAS.....	15
2.3 CONCEITO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E SUA DISTINÇÃO EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS ESPÉCIES DE CIRCUNSTÂNCIAS.....	18
2.3.1 As qualificadoras e os privilégios	19
2.3.2 Causas gerais e especiais de aumento ou diminuição de pena.....	21
2.3.3 Agravantes e atenuantes	24
2.3.4 Circunstâncias judiciais	27
2.4 ESPÉCIES DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS	30
2.4.1 Circunstâncias judiciais previstas no Código Penal.....	30
2.4.1.1 <i>Culpabilidade</i>	31
2.4.1.2 <i>Antecedentes</i>	35
2.4.1.3 <i>Conduta Social</i>	37
2.4.1.4 <i>Personalidade do agente</i>	38
2.4.1.5 <i>Motivos do crime</i>	40
2.4.1.6 <i>Circunstâncias do crime</i>	41
2.4.1.7 <i>Consequências do crime</i>	41
2.4.1.8 <i>Comportamento da vítima</i>	42
2.4.2 Circunstâncias judiciais específicas previstas na legislação especial extravagante.	43
2.4.2.1 <i>Natureza e quantidade da substância ou do produto entorpecente</i>	43
2.4.2.2 <i>Gravidade do fato, antecedentes ambientais e situação econômica do infrator</i>	44
3 AS MÚLTIPLAS FUNÇÕES DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NA APLICAÇÃO DA PENA	46
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	46
3.2 AS ETAPAS DA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PENAIS	46

3.3 A FUNÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS COMO “DETERMINANTES” DO AUMENTO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA.....	61
3.4 OUTRAS FUNÇÕES DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NA APLICAÇÃO DA PENA.....	63
3.4.1 A função das circunstâncias judiciais como “critério” de aferição das penas na terceira fase dosimétrica	63
3.4.1.1 <i>Na dosagem das causas de aumento ou de diminuição de pena de quantidade variável</i>	63
3.4.2 A função das circunstâncias judiciais como requisito nas demais etapas da aplicação da pena.....	67
3.4.2.1 <i>Na escolha da pena.....</i>	67
3.4.2.2 <i>Na fixação do regime inicial</i>	68
3.4.2.3 <i>Na substituição da pena privativa de liberdade por outras modalidades punitivas ...</i>	70
3.4.2.4 <i>Na concessão da suspensão condicional da pena</i>	71
3.4.2.5 <i>Na incidência ou não da continuidade delitiva específica</i>	72
3.4.2.6 <i>Na suspensão condicional do processo e na transação penal</i>	76
4 AS MÚLTIPLAS FUNÇÕES DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM FACE DA VEDAÇÃO DO <i>BIS IN IDEM</i>	78
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	78
4.2 A VEDAÇÃO DO <i>BIS IDEM</i> COMO DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	78
4.3 A GARANTIA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	84
4.4 A RAZOABILIDADE DA FUNÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS COMO CRITÉRIO E REQUISITO NAS DEMAIS ETAPAS DA APLICAÇÃO DA PENA.....	90
4.4.1 As circunstâncias judiciais como critério ou requisito explícito	91
4.4.2 As circunstâncias judiciais como critério subsidiário	96
4.4.2.1 <i>Causa especial de redução de pena relativa ao tráfico eventual.....</i>	96
4.4.2.2 <i>A aplicabilidade do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal às demais leis penais extravagantes e ao Código Penal</i>	109
4 CONCLUSÃO.....	114
REFERÊNCIAS.....	117

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico trata das múltiplas funcionalidades das circunstâncias judiciais na aplicação da pena e das suas implicações em face da vedação do *bis in idem*, em uma abordagem que leva em consideração, sobretudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A temática da aplicação das sanções penais, há muito estudada por aqueles que se debruçam sobre o Direito Penal, sempre foi palco de poucas certezas e de muitas controvérsias, sobretudo no que concerne às circunstâncias que tangenciam as infrações penais e que devem ser levadas em consideração na aplicação das sanções penais.

No entanto, em que pese serem raras as obras que se dediquem, exclusivamente, à análise dessas circunstâncias, é certo que o papel por elas desempenhado constitui uma importante etapa da aplicação das sanções penais, mormente quando observamos a mudança que meros dados acidentais, circundantes da norma penal incriminadora, podem impingir na individualização da pena.

Por conseguinte, levando-se em consideração que a principal consequência inerente à aplicação das sanções penais recai sobre os direitos fundamentais do indivíduo, em especial a liberdade de locomoção, consectário do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, e artigo 5º, incisos XV, LIV e LXI, todos da Constituição Federal), a abordagem que se realizará no presente trabalho é contemporânea, porquanto realizada à luz doutrina atual e jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal.

É essencial, portanto, que se realize o correto sopesamento das circunstâncias do fato criminoso, a fim de que seja possível estabelecer a exata correspondência entre a pena aplicada e o destinatário da sanção penal. Para tanto, convém ressaltar, será necessário construir uma alinhada compreensão acerca das circunstâncias judiciais, as quais estão previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, bem como na legislação penal extravagante, como o artigo 42 da Lei n. 11.343/2006 e o artigo 6º da Lei n. 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais).

Destarte, considerando-se que as referidas circunstâncias constituem a essência do presente trabalho, verificar-se-á que a primeira função por elas desempenhada, quando invertida a sua carga axiológica naturalmente positiva, é a de serem *determinantes* do aumento na primeira fase da dosimetria da pena. Em continuidade, observar-se-á que as circunstâncias judiciais atuam, também, como *requisito* e *critério* nas demais etapas da

fixação da sanção penal, respectivamente, na determinação do regime inicial de cumprimento de pena, na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na concessão da suspensão condicional da pena, na incidência ou não da continuidade delitiva específica e, exalando sua natureza de critério, na dosagem das causas de aumento ou de diminuição de pena de quantidade variável.

Nesse contexto, tendo em vista que as circunstâncias denominadas judiciais exercem funções diversas em diferentes etapas da sanção penal, produzindo efeitos e influências em momentos distintos da individualização da pena, questiona-se, sob o manto da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos princípios constitucionais-penais, se essas múltiplas funcionalidades constituem ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

Ante esta indagação, ressalta-se que o objetivo principal do presente trabalho reside justamente em analisar as diversas funcionalidades apresentadas pelas circunstâncias judiciais durante a aplicação da sanção penal, sob a perspectiva do conteúdo inerente ao princípio do *ne bis in idem* e da garantia da fundamentação das decisões judiciais, utilizando-se, para tanto, na sua abordagem, o método dedutivo, uma vez que se parte de categorias mais gerais para a conclusão específica relacionada à implicações decorrentes das exigências do referido princípio e da mencionada garantia, fundada na técnica de pesquisa bibliográfica, em especial as fontes doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais. No seu procedimento, seguir-se-á o método descritivo nos dois primeiros capítulos e, no último, o argumentativo, uma vez que far-se-á uma sustentação acerca das múltiplas funcionalidades das circunstâncias judiciais e suas relações com o princípio do *ne bis in idem* e com a garantia da fundamentação das decisões judiciais.

Aliado a isso, salienta-se que o referencial utilizado neste estudo é a teoria dos direitos e garantias fundamentais, na medida em que as possíveis respostas à questão ora formulada serão examinadas à luz dos princípios constitucionais-penais, em especial o princípio do *ne bis in idem* e da garantia da fundamentação das decisões judiciais, sem se olvidar do contraponto em relação à contemporânea jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O presente trabalho monográfico está dividido em três capítulos.

No capítulo inicial, cujo precípua escopo é tratar da caracterização das circunstâncias judiciais, buscar-se-á, em um primeiro momento, descrever as diferenças que permeiam as elementares do tipo penal incriminador e as circunstâncias. Em seguida, apresentar-se-á a conceituação das circunstâncias judiciais e a sua distinção em relação às demais

circunstâncias. Em um terceiro e derradeiro momento, descrever-se-ão as diversas espécies de circunstâncias judiciais, previstas tanto no Código Penal quanto na legislação extravagante.

Em continuidade, no segundo capítulo, passar-se-á à descrição dos aspectos atinentes à aplicação da sanção penal, ressaltando-se as múltiplas funcionalidades apresentadas pelas circunstâncias judiciais no decorrer da individualização da pena. Dividido, também, em três momentos, tratar-se-á, no primeiro, das etapas que integram a aplicação das sanções penais para, em seguida, destacar as funções das circunstâncias judiciais na pena-base e, ao final, os demais desempenhos concernentes à sua natureza.

Por derradeiro, ao terceiro capítulo, argumentar-se-á sobre as limitações que as circunstâncias judiciais sofrem em decorrência da vedação do *bis in idem*. Inicialmente, apresentar-se-á esse princípio como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, e, num segundo momento, discorrer-se-á sobre a garantia da fundamentação das decisões judiciais. Por fim, far-se-á uma sustentação sobre a razoabilidade do alcance que as circunstâncias judiciais representam nas diversas etapas da aplicação da sanção penal, como critério ou requisito em diferentes etapas da individualização da pena, com especial destaque à causa específica de redução de pena relativa ao tráfico eventual de entorpecentes a partir do atual entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal.

2 CARACTERIZAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo trata da caracterização das circunstâncias judiciais. Dividido em três momentos, busca-se, no primeiro, descrever a distinção existente entre as elementares do tipo penal incriminador e as circunstâncias, passando, em seguida, à conceituação das circunstâncias denominadas judiciais e à sua distinção em relação às demais circunstâncias. Por fim, partindo-se da definição anteriormente angariada, procura-se descrever as diversas espécies de circunstâncias judiciais previstas no Código Penal e na legislação especial, sobretudo as estabelecidas pela Lei de Drogas e pela Lei das Infrações Penais Ambientais.

2.2 DISTINÇÃO ENTRE ELEMENTARES E CIRCUNSTÂNCIAS

A partir da definição etimológica, tem-se que o termo *circunstância*, consoante assinala Boschi (2011, p. 160), “provém de *circum* (círculo) e de *stare* (estar) e indica tudo que *está em torno, que está ao redor de algo*”. Ou seja, como entes orbitais, circunstâncias “são dados, fatos, elementos ou peculiaridades que apenas *circundam* o fato principal” (BITENCOURT, 2011, p. 663).

Nesse sentido, Prado (2010, p. 492) enuncia que a palavra circunstância não existe de *per si*, de maneira que o seu conteúdo não é constitutivo porquanto pressupõe um ente principal, sobre o qual advém como dado acidental ou secundário. Em contrapartida, as elementares são pressupostos essenciais ou requisitos fundamentalmente integrantes do tipo penal incriminador.

Desse modo, conforme pondera Bitencourt (2011, p. 662), os “fatores que integram a descrição da conduta típica são as *elementares* do tipo, ou elementos essenciais constitutivos do delito”, de forma que, na ausência de tais condições, conforme infere Aguiar Júnior (2000, p. 202), a conduta punível deixaria de existir ou passaria a constituir outra figura penal. Ou seja, diferenciando a conceituação atribuída às elementares daquelas impostas às circunstâncias, esclarece Bruno (1967, p. 107) que estas últimas são:

Condições acessórias, que acompanham o fato punível, mas não penetram na estrutura conceitual e, assim, não se confundem com os seus elementos

constitutivos. Vêm de fora da figura típica, como alguma coisa que se acrescenta ao crime já configurado, para impor-lhe a marca de maior ou menor reprovabilidade.

De fato, o cerne para se entender a distinção entre as elementares e as circunstâncias reside, em especial, no nível de integralidade que cada uma possui com relação ao tipo penal incriminador, pois, enquanto aquela é essência, esta é aparência, no sentido de encontrar-se na superfície, tangenciando a conduta cominada como crime sem, propriamente, constituí-la.

Assim, “de cunho accidental, apesar de ter incidência sobre a mensuração da responsabilidade penal, não serve de fundamento à espécie delitiva”, ou seja, a razão da existência das circunstâncias na lei penal “constitui exigência do princípio da proporcionalidade – na necessidade de individualização dos delitos e de suas respectivas consequências” (PRADO, 2010, p. 493).

Nesse diapasão, consoante ensina Jorge (2004, p. 437), “as circunstâncias são elementos que se agregam ao delito, sem alterá-lo substancialmente, embora produzam efeitos e consequências relevantes”. Destarte, para que se consiga determinar se certa condição ou característica é elementar do tipo penal ou mera circunstância, conforme expõe com maestria Bitencourt (2011, p. 663),

[Basta] excluí-la, hipoteticamente; se tal raciocínio levar à descaracterização do fato como crime ou fizer surgir outro tipo de crime, estar-se-á diante de uma elementar. Se, no entanto, a exclusão de determinado requisito não alterar a caracterização do crime, tratar-se-á de uma circunstância do crime.

Essa exclusão hipotética, portanto, poderá levar a uma atipicidade absoluta, quando, com a exclusão de um determinado dado não resultar caracterizada nenhuma conduta típica prevista no ordenamento jurídico penal, ou a uma atipicidade relativa, quando, embora não caracterizado o delito objeto da análise, remanesça assinalada outra infração prevista na referida legislação. Ou seja, consoante assinala Greco (2010, p. 144), diante da indispensabilidade das elementares para a caracterização do crime, uma vez ausentes “[...] o fato poderá ser considerado atípico – hipótese de atipicidade absoluta –, ou haverá aquilo que chamamos de desclassificação – atipicidade relativa”.

A título de exemplificação, pode-se trazer à baila o delito de prevaricação, inscrito no artigo 319 do Código Penal¹, cujo dado “funcionário público” é considerado uma elementar do tipo penal em questão, posto que, uma vez excluído, impede a caracterização da referida conduta típica e de qualquer outra prevista no ordenamento jurídico penal. De igual forma, quando se procede à exclusão do fator “mediante grave ameaça ou violência a pessoa”,

¹ Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

² Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou

circunscrito ao delito de roubo, previsto no artigo 157 do diploma referido², tem-se a sua não configuração, porém, certamente, a conduta ainda poderia ser desclassificada para o crime de furto, o qual está descrito no artigo 155 do Código Penal³, já que é desnecessário o emprego de grave ameaça ou violência. Trata-se, portanto, o primeiro caso, de atipicidade absoluta, e o segundo, de atipicidade relativa.

Por conseguinte, pode-se dizer que as elementares são pressupostos, requisitos, condições, dados essenciais, indispensáveis à formação do tipo penal básico incriminador, isto é, da própria conduta a ser valorada como criminosa – *essentialia delicti*. Já as circunstâncias, consideradas entes orbitais, acidentais, agasalhadores da norma penal em sentido estrito, não são determinantes para a configuração do delito, porém, como se pôde observar nos exemplos ilustrativos acima colacionados, são capazes de influir na quantificação da pena a ser aplicada pelo magistrado sentenciante – *accidentalialia delicti*⁴.

Outrossim, tem-se que o espaço ocupado pelas circunstâncias do crime é amplo e de difícil compreensão, pois, como abordado por Nucci (2013, p. 135), “[...]sem apresentar uma sistemática própria [...]”, brotam “[...] na sua forma jurídica pelo modo como o legislador elege a sua posição na lei penal [...]”, refletindo, precipuamente, na aplicação da sanção penal. Daí, ao demais, advém a relevância não apenas teórica, mas evidentemente prática na diferenciação entre as elementares e as circunstâncias do delito, uma vez que caberá ao juiz sentenciante, ao aplicar a pena, não incorrer em ofensa ao princípio do *non bis in idem*.

Ou seja, quando certo aspecto ou elemento for determinado como sendo uma elementar do crime, “não pode ele novamente ser ponderado para a fixação da pena em alguma de suas fases. Nesse sentido, prevalece a regra de que o mesmo fator deve ser utilizado apenas uma vez, de modo que mais atue a favor ou contra o réu” (AGUIAR JÚNIOR, 2000, p. 203).

Essa característica, salienta-se, será mais bem abarcada no item 4.2, que tratará da vedação do *bis in idem* como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, objeto do quarto capítulo do presente trabalho. Apenas para ilustrar, a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça⁵ foi editada com base na visão ora esposada, isto é, no sentido de que cabe ao magistrado atentar-se para não levar em consideração duas ou mais vezes idêntica

² Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência.

³ Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

⁴ As expressões *essentialia delicti* e *accidentalialia delicti* são utilizadas por Nucci (2013, p. 134) para designar, respectivamente, as elementares do crime e as circunstâncias.

⁵ Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

circunstância ou, além da elementar do crime, dados *estéticos* já contidos no tipo penal incriminador.

Destarte, compreendidas as características norteadoras das elementares do crime, bem como das circunstâncias – aquelas como elementos fundantes ou essenciais e estas como entes que contornam a figura básica do tipo penal incriminador –, tem-se que o próximo passo, objeto do presente trabalho, é conceituar as circunstâncias judiciais, inscritas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, e distingui-las das demais espécies de circunstâncias.

2.3 CONCEITO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E SUA DISTINÇÃO EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS ESPÉCIES DE CIRCUNSTÂNCIAS

As circunstâncias, segundo a sua previsão legal, podem ser classificadas em diversos grupos, constituindo-se, portanto, em gênero de diversas espécies, consoante elucida Boschi (2011, p. 160), que sustenta que o termo *circunstância*

É *gênero*, cujas *espécies* são as circunstâncias judiciais listadas no art. 59, as circunstâncias legais agravantes e atenuantes previstas nos artigos 61 a 66, as qualificadoras agregadas aos tipos na Parte Especial e as majorantes e minorantes previstas tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial do Código.

Nesse diapasão, conforme se pode observar, o universo atinente às circunstâncias é complexo, pois ora irão funcionar “[...] como qualificadora/privilégio, ora como causa de aumento/diminuição de pena, ora como agravante/atenuante, ora como residual circunstância judicial” (NUCCI, 2013, p.135). No entanto, ainda que determinem aspectos diferentes durante a aplicação da pena, ou seja, não obstante as espécies sobreditas apresentem funções diversas na concretização da sanção penal, não perdem elas o caráter de elementos circundantes da figura básica do tipo penal incriminador, consubstanciando-se, em último plano, em dados agasalhadores da conduta eleita criminosa – como dito, circunstância é aparência, não essência do tipo penal incriminador.

O objetivo do presente item é apresentar uma conceituação das circunstâncias judiciais e a sua distinção em relação às demais circunstâncias, propósito que somente pode ser alcançado com a descrição das demais espécies de circunstâncias, para, ao final, distingui-las das circunstâncias denominadas judiciais.

2.3.1 As qualificadoras e os privilégios

Inicia-se a descrição das espécies de circunstâncias pelas qualificadoras e privilégios por consubstanciarem-se em dados que têm um caráter específico. Conceitualmente, as denominadas qualificadoras e privilégios, conforme dispõe Nucci (2013, p. 137), são circunstâncias legais específicas que integram o tipo penal derivado e, portanto, consoante ensina Prado (2010, p. 508), “[...] modificam as margens penais previstas no tipo básico”. Ou seja, as circunstâncias qualificadoras determinam a cominação de nova pena mínima e máxima abstratamente cominada pelo legislador, distinta daquela estabelecida no tipo fundamental para o cálculo da pena-base.

Nessa linha, vinculadas de forma direta ao tipo penal incriminador, constata-se que as qualificadoras “[...] são produtoras da elevação da faixa de aplicação da pena, em patamares prévia e abstratamente estabelecidos, aumentando de forma concomitante o mínimo e o máximo previstos para o crime” (NUCCI, 2013, p. 144). Por sua vez, observa-se que os privilégios também alteram a pena mínima e máxima previstas no preceito secundário da norma penal em sentido estrito, mas, em sentido diametralmente oposto ao das qualificadoras, estabelecem diminuição da faixa de aplicação da pena.

A título exemplificativo, cita-se o artigo 121 do Código Penal, o qual, consistindo em figura básica, descreve o tipo penal de “homicídio simples” “matar alguém”, cominando, em seu preceito secundário, pena de reclusão, entre seis e vinte anos. Na sequência, observa-se que o parágrafo 2.º desse mesmo artigo, nas hipóteses descritas nos seus incisos, abarca diversas circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio, as quais, conseqüentemente, são os elementos ensejadores da nova faixa de aplicação da pena, qual seja, “de doze a trinta anos”.

Dessa forma, conforme destaca Bitencourt (2004, p. 614), “[...] as qualificadoras constituem verdadeiros tipos penais – tipos derivados – com novos limites, mínimo e máximo [...]”, sempre, por conseguinte, “[...] cominando pena privativa de liberdade em margens *novas e mais graves* que as cominadas nos tipos *dos quais derivam*” (BOSCHI, 2011, p. 251).

No entanto, após estabelecer, em tópico anterior, a distinção entre as elementares e as circunstâncias, torna-se imperioso salientar que apenas os tipos penais básicos ou autônomos⁶ são detentores das elementares do crime, já que, conforme destaca Bitencourt (2011, p. 663), “os chamados tipos derivados – qualificados – contêm circunstâncias especiais que, embora

⁶ Segundo Nucci (2013, p. 134), “denomina-se tipo básico a figura central do crime, cuja rubrica, normalmente aposta ao lado da descrição da conduta, fornece a sua titulação jurídica”.

constituindo elementos específicos dessas figuras derivadas, não são elementares do crime básico, cuja existência ou inexistência não alteram a definição deste”. Portanto, “nenhuma circunstância, por mais grave que seja, pode remediar a ausência de um elemento substancial da figura típica: para que se possa falar em circunstância do crime, é necessário que este exista em sua inteira configuração” (BRUNO, 1967, p. 108).

Por conseguinte, as qualificadoras e os privilegiantes são dados que possuem um caráter híbrido, pois podem exercer, ao mesmo tempo, a função de elementares do tipo penal incriminador, se forem vistas apenas em relação ao tipo derivado, e de circunstâncias, se forem compreendidas em face do tipo fundamental ou básico.

Nesse contexto, por exemplo, se a violência empregada no crime de roubo resulta em “lesão corporal grave”, hipótese prevista no parágrafo 3.º do artigo 157 do Código Penal, tem-se que tal particularidade, uma vez retirada hipoteticamente, não deixará de configurar a figura básica do delito de roubo. Ou seja, nos termos utilizados por Nucci (2013, p. 135), “alterar uma dessas circunstâncias, previstas no tipo penal, em sua forma derivada, não altera a figura básica, refletindo tão somente na quantificação da pena, para mais ou para menos”.

Urge ressaltar, ao demais, que “[...] as qualificadoras não fazem parte das etapas de fixação da pena, pois integram o preceito secundário do tipo penal e, deste modo, são consideradas como ponto de partida para a dosimetria da pena” (CUNHA, 2013, p. 391). Ou seja, sendo indiscutível que, se presente, a nova faixa de pena determinada pelo crime qualificado é que será utilizada *ab initio* para a aplicação da sanção penal, Delmanto *et al* (2010, p. 309) ainda afirma que “[...] as qualificadoras incidem na primeira fase da fixação da pena, onde se encontrará a pena-base”. Esse mesmo raciocínio é cabível em relação às circunstâncias privilegiantes.

Em verdade, já que inseridas em tipo penal incriminador específico e, conseqüentemente, por determinar, em seu preceito secundário derivado, nova faixa de pena a ser considerada pelo magistrado sentenciante, tem-se estreme de dúvidas que, tanto as qualificadoras quanto os privilégios, serão considerados aprioristicamente, “[...] antes mesmo de se iniciar o processo de aplicação da pena, ou seja, tratando-se de crime qualificado, o juiz começará o processo através do estabelecimento da pena-base já levando em consideração a nova banda, criada pelo legislador, para concretizar a pena” (NUCCI, 2013, p. 145). Diferente não é em relação aos tipos penais privilegiados.

Certamente, portanto, rebuscando o exemplo do crime de homicídio, constante no artigo 121, *caput*, do Código Penal, se o delito foi perpetrado na sua modalidade simples, o

magistrado deverá levar em conta a faixa de 6 (seis) a 20 (anos) “[...] para eleger a pena-base e dar prosseguimento à inserção de agravantes/atenuantes, causas de aumento/diminuição” (NUCCI, 2013, p. 145). Entretanto, se a conduta criminosa levada a efeito pelo agente encontra-se acometida de qualquer dos elementos inseridos pelos cinco incisos do parágrafo 2.º do artigo 121 do diploma referido, pode-se afirmar que o crime foi praticado na sua modalidade qualificada, razão por que a banda a ser considerada para proceder à escolha da pena-base e às demais etapas dosimétricas será de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Outrossim, como hipótese de privilégio, tome-se a conduta descrita no parágrafo único do artigo 242 do Código Penal, o qual rebaixa a banda da pena a ser aplicada ao crime de parto suposto ou de alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido quando “[...] praticado por motivo de reconhecida nobreza”, cominando pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Por conseguinte, conquanto a conclusão a frente também se refira às causas de aumento ou diminuição de pena, observa-se que “[...] o fato punível que se realiza, além daqueles elementos essenciais que o ajustam ao tipo legal, acompanha-se de circunstâncias várias, que lhe dão, às vezes, um sentido particular, aumentando ou diminuindo a reprovação sobre ele [...]” e, conseqüentemente, “[...] levando a lei a admiti-las como condições modificadoras da pena, influindo na sua mensuração para exasperá-la ou embrandecê-la” (BRUNO, 1967, p. 107).

Convém mencionar, por fim, que as qualificadoras e privilégios do crime, conforme leciona Boschi (2011, p. 251), por estarem vinculadas aos tipos básicos, fundamentais ou autônomos, “[...] figuram tão só na Parte Especial do Código Penal” - fato este que será abarcado como critério diferenciador em relação às causas de aumento ou diminuição da pena, já que estas, como se demonstrará na sequência, figuram tanto na Parte Geral quanto Especial do diploma sobredito, além de constarem, também, na legislação penal extravagante.

2.3.2 Causas gerais e especiais de aumento ou diminuição de pena

Assim como as qualificadoras, as causas de aumento ou de diminuição de pena são consideradas “[...] circunstâncias legais específicas” (NUCCI, 2013, p. 138), sendo conhecidas, também, por majorantes ou minorantes, respectivamente, consoante destaca Bitencourt (2004, p. 613). Como a própria nomenclatura sugere, tais espécies de circunstâncias “são fatores de aumento ou de redução da pena, fixos ou variáveis [...]”

(PRADO, 2010, p. 509), que incidem na terceira etapa da aplicação da sanção penal sobre a pena-provisória, após a concretização da segunda fase dosimétrica, ou sobre a pena-base, quando ausentes agravantes e atenuantes.

As causas gerais de majoração ou de abrandamento de pena estão previstas na Parte Geral do Código Penal. É exemplo de causa geral de majoração a participação dolosamente distinta prevista no parágrafo 2º do artigo 29 do Código Penal. Embora com aplicação diferenciada, pode-se, também, indicar como exemplo dessas causas, o concurso formal e o crime continuado, previstos, respectivamente, nos artigos 70 e 71 do Código Penal. Entre as causas gerais de diminuição de pena estão a tentativa, referida no artigo 14, inciso II e parágrafo único, do Código Penal, o arrependimento posterior e o erro sobre a ilicitude do fato, aquele previsto no artigo 16 e este no artigo 21 desse mesmo diploma legal. Por sua vez, as causas especiais de aumento ou de diminuição de pena são encontradas na Parte Especial do Código Penal e na legislação extravagante, constituindo exemplos de majoração previstos no Código Penal o parágrafo 4.º do artigo 121; o parágrafo 2.º do artigo 157⁷; e o parágrafo 1.º do artigo 158; e hipóteses de minoração o parágrafo 1.º do artigo 121; o parágrafo 4.º do artigo 129; e o parágrafo 2.º do artigo 155. Constantes na legislação penal extravagante, citam-se, como exemplos de causas de aumento e de diminuição de pena, nesta ordem, o artigo 40 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) e o parágrafo único do artigo 38 da Lei n. 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais).

Com efeito, observa-se que as causas de aumento ou de diminuição de pena podem estar previstas tanto em quantidades variáveis⁸ como em cotas fixas. São hipóteses de causas variáveis, as previstas no parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal e, de causas fixas, as hipóteses relacionadas no artigo 226 desse mesmo diploma legal. No entanto, “[...]”

⁷ Como se pode perceber, o parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal expõe causas de aumento de pena e não qualificadoras, sendo mais coerente, portanto, a expressão *roubo circunstanciado*. No entanto, conforme descreve Nucci (2013, p. 145), “[...] utiliza-se o termo *roubo qualificado*, porque as causas de aumento, como já mencionado, são as *qualificadoras em sentido amplo*”. Essa terminologia, no entanto, é inadequada, pois leva à confusão com as qualificadoras do crime, que, conforme anteriormente exposto, têm incidência distinta das causas especiais de aumento.

⁸ Ressalta-se, conforme dispõe Delmanto *et al* (2010, p. 309), que, “tratando-se de causa de aumento prevista em quantidade ou limites variáveis, o acréscimo acima do mínimo por ela cominado deve ser fundamentado (CR, art. 93, IX)”. Nesse sentido destaca-se o teor da ação de *Habeas Corpus* n. 145910/SP, julgada, em 21.10.2010, pela 5.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, cuja relatoria é do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: “nos delitos de roubo qualificado, mostra-se inadmissível o critério meramente quantitativo para o aumento da pena, consistente numa fração do aumento máximo correspondente ao número de circunstâncias, por não atender às exigências de individualização da pena, se não se faz acompanhar de fundamentação que examine as circunstâncias concretamente existentes.” Corroborando o precedente alhures mencionado, o Superior Tribunal de Justiça confeccionou a Súmula n. 443, a qual dispõe: “o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.”

independentemente do critério legal (quantidade fixa ou variável), a estrutura normativa das majorantes ou minorantes se caracteriza pela apresentação da circunstância modificativa da pena seguida de uma definição do *quantum* de aumento ou de diminuição” (CARVALHO, 2013, p. 442).

Nesse sentido, registra-se que a principal diferença entre a qualificadora e a causa de aumento de pena consiste na “[...] alteração feita pelo legislador dos valores mínimo e máximo no caso da primeira, enquanto esta última possui um aumento adicionado à pena prevista para o tipo básico (ex.: o furto noturno prevê o aumento de 1/3 sobre a pena do furto simples – de 1 a 4 anos)” (NUCCI, 2013, p. 144). Em outros termos, as qualificadoras são caracterizadas pela inteira alteração da faixa de aplicação da pena, ou seja, na hipótese de conduta que se subsuma ao furto qualificado, a pena a ser levada em consideração pelo juiz sentenciante passa a ser de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

Outra diversidade, imprescindível de ser destacada, diz respeito ao momento em que o magistrado irá utilizar e considerar as qualificadoras e as causas de aumento ou de diminuição de pena. Com relação às primeiras, como mencionado no item 2.3.1 e abordado por Boschi (2011, p. 251), observa-se que o seu exame “[...] compõe o universo de considerações *iniciais* destinadas à mensuração da *pena-base* [...]”, enquanto às últimas “[...] compõe o objeto das considerações *finais* voltadas à mensuração da *pena definitiva*”. Ou seja, as causas de aumento ou de diminuição de pena majoram ou abrandam a pena durante a concretização da terceira fase dosimétrica – podendo, inclusive, extrapolar o mínimo e o máximo da pena abstratamente cominada pelo legislador –, enquanto as qualificadoras, por óbvio, *qualificam* o crime, “[...] dando-lhe novo preceito secundário” (CUNHA, 2013, p. 420).

Ademais, o último critério diferenciador a ser ressaltado é o topológico, isto é, “[...] relativo ao lugar onde elas estão situadas no Código” (BOSCHI, 2011, p. 251). Nesse viés, constata-se que as qualificadoras do crime, vinculadas aos tipos fundamentais, figuram, apenas, na Parte Especial do Código Penal, enquanto as causas de aumento ou de diminuição de pena podem ser encontradas, também, na Parte Geral e na legislação penal extravagante.

Atinente à espécie de circunstância ora analisada, consoante infere Cunha (2013, p. 421-423), está a possibilidade da existência de pluralidade de majorantes ou de minorantes, bem como concurso de causas de aumento e de diminuição de pena. Sobre cada hipótese – concurso homogêneo de causas de aumento, concurso homogêneo de causas de diminuição e concurso heterogêneo de causas de aumento e de diminuição – há critérios específicos para a sua solução (princípios da incidência isolada ou cumulativa), porém, por razões

metodológicas, deixa-se de avaliar cada caso, limitando-se o presente trabalho, em face dos seus objetivos, à abordagem de questões concernentes à conceituação e à diferenciação das espécies de circunstâncias.

Resumindo: as causas de aumento ou de diminuição de pena, previstas em quantidades fixas ou variáveis, incidem na terceira fase da dosimetria da pena, sobre a pena-provisória, após a incidência das agravantes ou atenuantes, ou sobre a pena-base, quando ausentes estas últimas espécies de circunstâncias. As denominadas causas gerais ou genéricas de majoração ou de abrandamento da pena, constantes na Parte Geral do Código Penal, podem ser aplicadas a qualquer tipo de infração penal, como é o caso do artigo 29, parágrafo 2º, e dos artigos 70 e 71 do diploma referido (concurso formal e hipótese de crime continuado). Já as chamadas causas especiais ou específicas de aumento ou de diminuição de pena, por estarem vinculadas aos tipos incriminadores específicos, inscritos na Parte Especial do Código Penal ou na legislação extravagante, devem ser levadas em consideração pelo magistrado sentenciante apenas quando no tipo penal, o que não ocorre com todas as condutas.

2.3.3 Agravantes e atenuantes

Nos dizeres de Santos (2012, p. 320), “a segunda fase do processo judicial de individualização da pena tem por objeto o exame das *circunstâncias legais*, constituídas pelas circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas (art. 68, CP)”. Nesse passo, são *legais* porquanto, “[...] regidas pelo princípio da legalidade⁹, devem estar expressas em lei, como ocorre nos artigos 61 a 65 do CP” (BOSCHI, 2011, p. 198)¹⁰. Além de estarem adstritas à

⁹ O princípio da legalidade, disposto no artigo 5.º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, bem como na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. XI, 2) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 9.º), possui, como principal função, conforme destaca Batista (2007, p. 68) “[...] a função *constitutiva*, através da qual se estabelece a positividade jurídico-penal, com a criação do crime (pela associação de uma pena qualquer a um ilícito qualquer. Nem sempre se percebe que o princípio da legalidade não apenas *exclui as penas ilegais* (função de garantia), porém ao mesmo tempo *constitui a pena legal* (função constitutiva)”. Nesse diapasão, leciona Bissoli Filho (2010, p. 64) que referido princípio “[...] impõe que a sanção penal seja cominada em lei estrita (elaborada pela casa legislativa competente, cujos representantes devem ser eleitos pelo voto popular, e com observância do respectivo processo legislativo), escrita (vedando-se a instituição de sanções penais por meio do costume ou da analogia), certa (que estabeleça claramente a consequência penal, tanto em espécie quanto em quantidade) e prévia (que esteja estabelecida antes da ocorrência da conduta em face da qual a sanção penal será aplicada).

¹⁰ Convém esclarecer que, apesar do presente trabalho utilizar-se do termo *circunstâncias legais*, este não é totalmente adequado, pois, ao vinculá-lo com o princípio da legalidade, olvida-se das circunstâncias atenuantes inominadas, previstas no artigo 66 do Código Penal, o qual autoriza o reconhecimento e a incidência “[...] de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

necessária previsão legal, Boschi ainda destaca que as circunstâncias das agravantes e atenuantes caracterizam-se como “[...] *genéricas, taxativas e obrigatórias*”.

O termo *genérico*, assim como observado em relação às causas gerais de aumento ou de diminuição de pena, traduz que as agravantes e atenuantes “[...] podem permear a prática de qualquer delito [...]” (MASSUD, 2009, p. 178)¹¹, desde que, certamente, já não estejam concretizadas no tipo penal incriminador como elementar da figura básica ou, inclusive, quando já cumprirem o papel de qualificadora, privilégio ou causa de aumento ou de diminuição de pena, evitando-se, assim, ofensa ao princípio da proibição da dupla valoração pelo mesmo fato.

No entanto, excepcionando a característica da generalidade, conforme dispõe Boschi (2011, p. 198), estão as infrações culposas, “[...] em relação às quais não se aplicam, por incompatibilidade teórica e prática, as agravantes *subjetivas*.”¹² Ora, incongruente seria, apesar de existirem controvérsias¹³, se à conduta levada a efeito por imprudência, negligência ou imperícia, “[...] que determina, involuntariamente, um resultado lesivo ou põe em perigo um bem jurídico protegido pelo direito penal” (LUIZI, 1987, p. 75), fossem aplicadas, por exemplo, na concretização da segunda fase da aplicação da pena, as agravantes do motivo fútil ou torpe, previstas na alínea “a” do inciso II do artigo 61 do Código Penal.

Outrossim, adverte-se que, aliado ao princípio da legalidade, o rol das circunstâncias agravantes ou atenuantes é exaustivo (*numerus clausus*), ou seja “[...] o juiz não pode inventar outra circunstância, que não esteja prevista em lei” (GOMES, 2005, p. 81). Discorrendo a respeito, Greco (2010, p. 144) acrescenta que, relativamente às agravantes, não se admite “[...] a sua ampliação por via de interpretação ou mesmo pelo emprego de analogia.” No entanto, Estefam (2012, p. 383) ensina que “a lista das atenuantes, por outro lado, é exemplificativa,

¹¹ Contudo, conforme dispõe Cunha (2013, p. 397), “nada impede que a legislação especial traga, para os crimes de que dispuser, atenuantes e agravantes próprias. É o que ocorre, por exemplo, com a Lei de Crimes Ambientais, que prevê agravantes e atenuantes específicas para estes crimes”, as quais estão dispostas, respectivamente, nos artigos 14 e 15 da Lei n. 9.605/1998.

¹² A reincidência, disposta no inciso I do artigo 61 do Código Penal, alcança, além dos tipos penais dolosos, os culposos, já que, “[...] por ser agravante objetiva, refoge a esse critério de especificidade [...]” (BOSCHI, 2011, p. 198-199). Em sentido contrário, Cunha (2013, p. 403) considera que a reincidência “[...] tem natureza jurídica de circunstância agravante genérica de caráter subjetivo ou pessoal”, bem como que, por esse motivo, “[...] não se comunica aos demais concorrentes do crime, nos termos do artigo 30 do Código Penal.”

¹³ Apesar desta consideração, como mencionado por Boschi (2011, p. 199), há precedente do Superior Tribunal Federal em sentido contrário: “[...] além da reincidência, outras circunstâncias agravantes podem incidir na hipótese de crime culposo: assim, as atinentes ao motivo, quando referidas à valoração da conduta, a qual, também nos delitos culposos, é voluntária, independentemente da não voluntariedade do resultado: admissibilidade, no caso, da afirmação do motivo torpe – a obtenção fácil de lucro – que, segundo o acórdão condenatório, teriam os agentes ao comportamento imprudente e negligente de que resultou o sinistro. Sempre que a conversão da pena de prisão em restrição de direito ou o seu cumprimento em regime inicial sejam, em princípio, legalmente admissíveis, a negativa de uma ou do outro há ser idoneamente motivada [...]” (*Habeas Corpus* n. 70362-3, STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05.10.93, maioria, Informativo STF 17.04.96, n. 26).

como expressamente enuncia o legislador (CP, art. 66)¹⁴; ainda que o Código não fosse explícito, poderia se cogitar de ampliar este rol por analogia, pois esta seria *in bonam partem*”.

Por derradeiro, ressalta-se que as agravantes e atenuantes são obrigatórias¹⁵, de modo que, quando concretamente verificadas, não podem ser deliberadamente descartadas pelo juiz sentenciante, com exceção, relativamente às primeiras, se constituírem fundamentalmente o tipo penal incriminador, qualificarem ou figurarem como causa de aumento de pena, haja vista a necessária preservação do princípio do *ne bis in idem*. Contudo, apesar de a lei abarcar termo absoluto – *sempre* agravam ou atenuam a pena –, apreende-se da maioria doutrina, acompanhada pela jurisprudência, que “nenhum acréscimo ou diminuição de pena pode superar o máximo ou ficar aquém do mínimo legal, sendo certo que, apesar de não expreso, está subentendido que as quantidades de penas relativas às agravantes e às atenuantes não podem extravasar os limites punitivos do tipo” (FRANCO *et al*, 2007, p. 382)¹⁶.

Ademais, urge salientar que o legislador, a exemplo das circunstâncias judiciais, “[...] não fixou o *quantum* de aumento ou diminuição para as circunstâncias agravantes e atenuantes, deixando ao prudente arbítrio do juiz, que deverá sempre fundamentar sua decisão” (CUNHA, p. 397). Consagrou-se, porém, na jurisprudência e na doutrina, que o magistrado sentenciante deve utilizar a fração de 1/6 (um sexto) para cada circunstância agravante ou atenuante, pois, caso contrário, estas “[...] se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena, que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes)” (BITENCOURT, p. 2004, p. 612).

¹⁴ O artigo 66 do Código Penal prevê as circunstâncias atenuantes inominadas: “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

¹⁵ O artigo 61, *caput*, do Código Penal dispõe que as agravantes “são circunstâncias que sempre agravam a pena”, bem como, o artigo 65, *caput*, do diploma referido, estabelece que as atenuantes “são circunstâncias que sempre atenuam a pena”.

¹⁶ Nesse sentido, temos a Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe que: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Contudo, cumpre mencionar que a utilização dessa súmula fere, no mínimo, três princípios constitucionais: da legalidade, da isonomia e da individualização da pena. “Não existindo previsão legal, a proibição viola a legalidade. Aliás, não permitir ao juiz reduzir a pena intermediária aquém do mínimo quando diante de uma atenuante, significa impedi-lo de individualizar a reprimenda, culminando, não raras vezes, por tratar sentenciados com condições distintas, com penas iguais (afrontando a isonomia)” (CUNHA, 2013, p. 398). Assim também entende Greco (2010, p. 152): “Por que razão utilizaria o legislador o advérbio *sempre* se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, quando a pena-base fosse fixada em seu grau mínimo?” No entanto, convém destacar que, permitir a fixação da pena abaixo do mínimo na segunda fase dosimétrica, levando-se em consideração as atenuantes, é autorizar a aplicação ilimitada das circunstâncias agravantes, pois, assim como consta na redação do artigo 65 do Código Penal, o advérbio *sempre* também está presente no artigo 61 do referido diploma legal, fato este que possibilitaria a fixação de penas exorbitantes.

Assim, acaso repute necessário recrudescer o patamar sobredito, deve bem fundamentar sua aplicação, sob pena de nulidade¹⁷.

Por conseguinte, diante da fundamentação ora esposada, tem-se que as circunstâncias agravantes e atenuantes, consoante afirmava Bruno (1976, p. 107), “[...] são circunstâncias modificadoras da pena, porque modificadoras da reprovabilidade do crime [...]”, cuja incidência ocorre na segunda fase da dosimetria da pena, incidindo após a consideração das circunstâncias judiciais na fase inicial, as quais, conforme se demonstrará no tópico seguinte, são determinantes da pena-base do crime.

2.3.4 Circunstâncias judiciais

A nomenclatura *judicial*, designada para as circunstâncias estabelecidas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, quais sejam, a *culpabilidade*, os *antecedentes*, a *personalidade do agente*, os *motivos*, as *circunstâncias e consequências do delito* e o *comportamento da vítima*, advém da ausência expressa de definição legal, isto é, em derradeira análise, tais particularidades dependerão “da avaliação do juiz, ao estabelecer a pena-base” (NUCCI, 2013, p. 136).

De fato, como elucida Noronha (1972, p. 242), “na aplicação da pena foi dada certa latitude ao juiz”, de modo que restou a seu cargo, relativamente aos elementos constantes no *caput* do artigo 59 do diploma referido, “a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente” (BITENCOURT, 2011, p. 663).

No entanto, consoante destacam Franco *et al* (2007, p. 339), apesar de o magistrado sentenciante ser detentor de uma larga discricionariedade, quando da consideração das circunstâncias judiciais na aplicação da pena, esta não é tida como livre, ou seja, o juiz “[...] está preso às finalidades da pena e aos fatores determinantes do *quantum* punitivo”, sobretudo diante da necessidade da fundamentação das decisões judiciais penais, imposta pelo inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, sob pena de nulidade.

¹⁷ Corroborando a conclusão enxertada, cita-se parte da ementa da ação de *Habeas Corpus* n. 275.072, de São Paulo, publicada em 03 de fevereiro de 2014, cuja relatora foi a Ministra Laurita Vaz, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: [...] O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do magistrado fixar o patamar necessário, dentro dos parâmetros razoáveis e proporcionais. As instâncias ordinárias fixaram o patamar de 1/3 (um terço), tão-só em razão da condição de reincidente específico do paciente. Conduto, quando se verifica que ostentava ele apenas uma condenação anterior, capaz de ser contabilizada para fins de reincidência, evidencia-se a desproporcionalidade do incremento da pena, impondo-se a sua redução para 1/6 (um sexto).

Concomitantemente, portanto, o termo *judicial* salienta os limites estabelecidos à discricionariedade do magistrado, pois, consoante explicita Bitencourt (2011, p. 663), as circunstâncias em análise “indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base”. Assim, conforme descreve Prado (2010, p. 494), as circunstâncias judiciais “são, em verdade, fatores legais de medição da pena, ou seja, elementos que o magistrado aprecia quando da determinação judicial da sanção penal”.

Em continuidade à política do *laissez-faire* em âmbito jurisdicional, Aguiar Júnior (2000, p. 203) ressalta que o legislador também não definiu quais circunstâncias devem ser consideradas favoráveis ou desfavoráveis, “indicando apenas a sua natureza, cabendo ao juiz fazer a investigação pertinente durante a instrução probatória e depois individualizá-las na sentença”.

Por conseguinte, conclui-se que “[...] o legislador não estabeleceu ao juiz criminal qualquer critério para sua aferição, limitando-se a enunciar quais são os fatores a serem levados em consideração” (ESTEFAM, 2012, p. 2012). Com efeito, consubstanciando-se em “[...] dados sugeridos em um critério de orientação ao juiz na sua função de aplicar a medida penal [...]” (BRUNO, 1967, p. 108), as circunstâncias judiciais, dispostas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, classificam-se, consoante dispõe Boschi (2011, p. 261) e Carvalho (2013, p. 346), em subjetivas e objetivas.

A primeira categoria é composta pelas circunstâncias da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade e dos motivos, por compreender elementos atinentes à pessoa, isto é, refere-se às suas condições de caráter pessoal, ou seja, “[...] as relações do agente com o mundo exterior, com outros seres, com estado de pessoa, de parentesco etc.” (BITENCOURT, 2004, p. 457). Já a segunda classificação, das espécies objetivas, abarca as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, haja vista que dispõe sobre elementos extrínsecos, atinentes ao próprio fato objetivamente acatado (CARVALHO, 2013, p. 346).

Em contraponto, discorre Stoco (2013, p. 54) que o legislador, ao criar o artigo 59, *caput*, do Código Penal, privilegiou

[...] os critérios *subjetivos*, oferecendo ao magistrado um campo vasto de oportunidades para aumentos injustificados de pena, com sérios prejuízos ao dever de proporcionalidade entre a resposta penal e o injusto praticado e à racionalidade do processo de individualização da sanção, que deve estar guiado por critérios que se relacionem primordialmente ao fato, e não ao agente.

É de suma relevância registrar, ainda, que o artigo 59 do Código Penal, por meio do conjunto determinado pelas circunstâncias judiciais, “[...] traça as principais regras que devem nortear o juiz no cumprimento do princípio constitucional da individualização da pena [...]” (DELMANTO *et al*, 2010, p. 272), consoante estabelece o inciso XLVI do artigo 5.º da Constituição Federal. A conclusão do autor é precisa, na medida em que, conforme destaca Bissoli Filho (2011, p. 421), ao prolatar sentença condenatória e esta transitar em julgado, estar-se-á formado um juízo de certeza, ou seja, é neste momento que advêm, “[...] como realidades concretas, o crime ou a contravenção penal e o criminoso ou o contraventor, modificando sensivelmente o estado deste, de inocente para culpado”. Assim, à luz do devido processo legal substancial¹⁸, torna-se imprescindível que o magistrado, ao considerar as circunstâncias judiciais durante a primeira fase dosimétrica da aplicação da pena, alie o princípio da individualização da pena ao da impreterível motivação das decisões judiciais penais, sob pena de nulidade da deliberação exarada¹⁹.

No entanto, assim como se fez com as agravantes e atenuantes, vale ressaltar que o legislador não fixou o *quantum* de aumento ou de diminuição para as circunstâncias judiciais desfavoráveis ou partidárias ao sentenciado, deixando ao discernimento do juiz a sua aplicação, que deverá ser fundamentadamente prolatada entre o mínimo e máximo de pena abstratamente cominada no preceito secundário do tipo penal incriminador, conforme estabelece o inciso II do artigo 59 do Código Penal.

Especificamente sobre a dosagem das circunstâncias judiciais, convém mencionar, ainda, que a jurisprudência sugere a fração de 1/6 (um sexto) para cada uma delas que se verificarem presentes.²⁰ Por outro lado, a doutrina entende que o mais coerente seria

¹⁸ Segundo Rosa (2013, p. 152), “o devido processo legal substancial se manifesta pelos procedimentos específicos, atendido o processo como procedimento em contraditório”.

¹⁹ Ressalta-se que a garantia da fundamentação das decisões judiciais será analisada em tópico próprio, especificamente no quarto capítulo, item 4.3.

²⁰ Nesse viés, destaca-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode depreender da parcial ementa extraída da ação de *Habeas Corpus* n. 218.944/MS, oriunda da sua Sexta Turma, publicado em 12 de setembro de 2013, cuja relatora foi a Ministra Maria Thereza de Assis Moura: “[...] A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009. Na espécie, constitui fundamentação adequada para o acréscimo das penas-base, em 1/6 (um sexto), considerar como negativa a circunstância relativa aos antecedentes do paciente. Todavia, notabiliza-se que com relação às demais circunstâncias judiciais não foram arrolados elementos concretos, sendo imprescindível o decote do incremento sancionatório. Para que o juiz esteja autorizado a imprimir patamar superior a 1/6, na consideração das circunstâncias judiciais durante a primeira fase dosimétrica, imprescindível à individualização da pena que ele exare decisões plenamente motivadas, consoante se preconiza na ação de *Habeas Corpus* n. 264.981/SP, julgada pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 25 de março de 2014, cuja relatora foi a Ministra Laurita Vaz.

estabelecer o patamar em 1/8 (um oitavo), já que correspondente à quantidade de circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal²¹.

Diante das considerações alhures mencionadas, resume-se que a primeira etapa de aplicação da sanção penal tem por finalidade, consoante destaca Cunha (2013, p. 392), determinar a fixação da pena-base a partir do preceito secundário do tipo penal básico ou qualificado, “[...] sobre o qual incidirão as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal [...]”, cujas espécies serão, logo abaixo, prestigiadas.

2.4 ESPÉCIES DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

2.4.1 Circunstâncias judiciais previstas no Código Penal

Anteriormente à reforma proporcionada pela Lei n. 7.209 de 11 de julho de 1984, o artigo 42, *caput*, do Código Penal trazia, como espécies de circunstâncias judiciais, apenas, os antecedentes, a personalidade do agente, a intensidade do dolo ou grau da culpa, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime. Após a promulgação das modificações por ela abarcadas, acrescentaram-se ao rol das circunstâncias judiciais a conduta social do agente e o comportamento da vítima, bem como a expressão *dolo ou grau da culpa* foi *substituída* pela circunstância da culpabilidade, todas, doravante, dispostas no *caput* do artigo 59 do diploma referido.

Em verdade, conforme os ensinamentos preconizados por Bruno (1967, p. 107), “a ideia de pôr [sic] em função na medida da pena certas circunstâncias do *crime* é antiga e havia naturalmente de nascer diante do propósito de retribuir, com a sanção adequada, o crime na sua existência de fato, não na sua abstração da fórmula da lei”. Contudo, seguramente, em relação ao artigo 42 da antiga Parte Geral do Código Penal de 1940, a reforma abarcada pela Lei n. 7.209/1984, mais especificamente o seu artigo 59, acarretou relevantes modificações.

Resumidamente: conforme destacam Franco *et al* (2007, p. 341), a primeira alteração a ser considerada seria a “inclusão da ‘culpabilidade’ não apenas como um dos fundamentos, mas também como um limite da pena. Tal postura põe à mostra o comportamento do

²¹ Assim entende Helton Jorge (2004), para o qual a “[...] a fixação da pena-base ficaria mais transparente se o julgador destacasse a quantidade de pena correspondente a cada circunstância judicial – que não poderia ultrapassar a 1/8 da variação entre o mínimo e o máximo da pena prevista *in abstracto* – o que facilitaria o exame de sua correção, ou seja, se bem dosada, evitando-se a elaboração de outros cálculos aritméticos”.

ordenamento penal com o princípio do *nullum crimen sine culpa* que se tornou a viga mestra de todo o sistema [...]”. Outrossim, a segunda modificação ressaltada pelo autor mencionado, diz respeito ao “[...] desdobramento do conceito de ‘antecedentes’ do agente, dando-se autonomia ao de ‘conduta social’”, bem como à introdução, “[...] no rol dos fatores determinantes da pena, do conceito de ‘comportamento da vítima’”.

Nesse diapasão, tem-se que o próximo passo, necessário ao entendimento do presente trabalho, consubstancia-se na análise de cada circunstância judicial prevista no *caput* do artigo 59 do Código Penal, as quais, conforme alhures mencionado, são divididas em dois grupos: o das circunstâncias subjetivas – culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos – e o grupo das circunstâncias objetivas – circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima.

2.4.1.1. *Culpabilidade*

A primeira espécie de circunstância judicial a ser examinada é a culpabilidade, pois, conforme salienta Bueno de Carvalho *et al* (2001, p. 36), “[...] a medida da pena-base deve ser dada pelo grau de culpabilidade [...]”, ou seja, tal circunstância constitui-se “[...] no balizador máximo da sanção aplicável, ainda que invoquem *objetivos ressocializadores* ou de recuperação social” (BITENCOURT, 2004, p. 607)²².

Aprioristicamente, vislumbra-se a necessidade de se afirmar que a culpabilidade, como circunstância judicial de determinação ou de medição da pena-base, é completamente diferente da culpabilidade como terceiro substrato do conceito de crime. Ou seja, quando extraímos da doutrina, a exemplo de Fragoso (1985, p. 202), que a culpabilidade é a “[...] reprovação da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajuste ao direito”, estamos diante da culpabilidade como fundamento do delito, pois, em verdade, a espécie contida no

²² Sob esse aspecto, o qual, salienta-se, não deve ser abarcado de forma profunda no presente trabalho, já que não tão próximo do seu precípua objeto, Franco *et al* (2007, p. 342), discorrendo sobre a circunstância judicial da culpabilidade, afirma que esta, “[...] enquanto juízo de reprovação incidente sobre o agente pela prática de fato ilícito, quando poderia ele ter atuado conforme o Direito, não basta para justificar a pena, porque esta não visa só e exclusivamente retribuir a conduta culpável. A pena deve atender também a ponderações de prevenção, tanto geral como especial: ser necessária para fortalecer o sentimento jurídico e a fé da sociedade no direito e, ainda, suficiente para criar condições que permitam o reinserimento do condenado na sociedade. [...] Destarte, a culpabilidade, por si só, não é suficiente para embasar a pena se nenhum efeito de prevenção geral ou especial se torne necessário.

artigo 59, *caput*, do Código Penal cuida “[...] do maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do agente” (CUNHA, 2013, p. 394).

Para Santos (2012, p. 311), apesar do termo culpabilidade angariar conceitos diversos, quando entendida como fundamento da pena ou como elemento de medição desta, a introdução pela reforma penal ocorrida em 1984

[...] da culpabilidade como *circunstância judicial* de formulação do *juízo de reprovação* constitui impropriedade metodológica, porque o *juízo de culpabilidade*, como elemento do conceito de crime, não pode ser, ao mesmo tempo, simples *circunstância judicial* de informação do juízo de culpabilidade.

No entanto, consoante aludido no parágrafo antecedente, a circunstância judicial da culpabilidade, inserta no *caput* do artigo 59 do Código Penal, impõe que se examine “[...] a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade da conduta praticada [...]” (BITENCOURT, 2011, p. 664). Logo, conforme preconiza Greco (2010, p. 139), percebemos que o legislador impõe ao magistrado uma dupla avaliação do termo culpabilidade, em um primeiro momento como pressuposto do crime, a fim de que se possa verificar a concretização da infração penal, e, em seguida, na primeira fase dosimétrica, quando deverá ser abalizada a pena-base levando-se em consideração a influência das circunstâncias judiciais, entre outras circunstâncias, o grau dessa culpabilidade.

Portanto, frisa-se, novamente, que a visualização da culpabilidade, como espécie de circunstância judicial, não pode ser confundida com os elementos que compõe a culpabilidade²³ pressuposto do crime – imputabilidade, inexigibilidade de conduta diversa e potencial consciência de ilicitude –, mas são sobre esses fundamentos do delito que o magistrado deverá proceder à aferição das suas intensidades, com vistas a apurar um maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do agente²⁴.

Assim, nos dizeres de Prado (2010, p. 494), tem-se que a culpabilidade, como elemento configurador do crime, corresponde “[...] à censurabilidade pessoal da conduta típica e ilícita [...]”. Porém, conforme destacam Oliveira *et al* (2010, p. 57), a análise do nível

²³ Boschi (2011, p. 164) salienta que “a crise da culpabilidade decorre da dificuldade de demonstração no mundo empírico da base filosófica sobre a qual ela se assenta (o livro arbítrio), porque o juiz não pode voltar no tempo para conferir se o acusado estava mesmo ou não em condições de manter a sua conduta em conformidade com as normas jurídico-penais.”

²⁴ Nesse sentido, destaca-se o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai de parte da ementa dos autos da Ação de *Habeas Corpus* n. 107795, publicada em 2 de março de 2009, pela sua 6.^a Turma, cujo relator foi o Ministro Og Fernandes: “[...] a circunstância judicial da culpabilidade deve ser aferida levando-se em conta a reprovabilidade da conduta do agente, mostrando-se inadmissível considerá-la maculada tão somente em função de ele possuir plena consciência da ilicitude do fato. Não há que se confundir a culpabilidade como elemento do crime com a medida da culpabilidade do agente, sendo que apenas esta última encontra previsão no art. 59 do Código Penal [...]”.

de reprovabilidade da conduta perpetrada pelo agente criminoso não deve se pautar apenas nas suas condições pessoais, mas, também, nas questões fáticas.

Cumprido ressaltar que, a partir da reforma penal ocorrida em 1984, o dolo passou a integrar o tipo penal (teoria finalista da ação) e não mais a culpabilidade, como ocorria na teoria causal. Dessa forma, frisa-se que graduar ou censurabilizar a intensidade do dolo ou da culpa ocorre na aplicação da pena, isto é, após o juiz já ter verificado a presença dos fundamentos do crime, dentre eles, a tipicidade e, conseqüentemente, o dolo ou a culpa. Ou seja, a dosagem destes elementos subjetivos, para que se possa determinar a maior ou menor reprovabilidade da conduta, ocorre posteriormente à conclusão do magistrado no sentido de que o réu deve ser condenado, pois presentes os fundamentos do delito.

Nesse viés, Gomes (2005, p. 75) entende que o magistrado sentenciante, ao promover a graduação da culpabilidade na primeira fase dosimétrica, deve levar em conta “[...] a posição do agente frente ao bem jurídico violado: (a) de menosprezo total (que se dá no dolo direto); (b) de indiferença (que ocorre no dolo eventual) e de (c) descuido (que está presente nos crimes culposos)”. Ou seja, “não se pode equiparar²⁵, seguindo essa ótica, um homicídio praticado imbuído do elemento volitivo claro e dirigido à obtenção do resultado (dolo direto) com outro em que o agente, embora não quisesse necessariamente o resultado, assumiu o risco de produzi-lo [...]” (MASSUD, 2009, p. 148-149).

Em verdade, consoante aduz Santos (2012, p. 311), “[...] a *culpabilidade* do autor pela realização do tipo de injusto não é mero elemento *informador* do juízo de reprovação, mas o próprio *juízo de reprovação* pela realização do *tipo de injusto* (o que é reprovado no autor) [...]”, ou seja, a extensão da imputabilidade, o nível de consciência do injusto e o grau de exigibilidade de comportamento diverso. Destarte, segundo preconiza referido autor (2012, p. 313), “esse conceito de *culpabilidade* constitui, em conjunto com o conceito de *tipo de injusto*, o conceito de *fato punível* – e, por essa razão, não é redutível a simples *circunstância judicial*, equivalente a outros elementos informadores da *pena-base* [...]”.

Com relação aos crimes culposos, tome-se a hipótese do agente que, ao conduzir veículo automotor em altíssima velocidade e não respeitar os sinais de trânsito, acaba abalroando-se com outro automóvel, causando a morte do seu motorista. Nesse caso, pode-se dizer que a culpa, na modalidade imprudência, é consideravelmente intensa. Entretanto, o

²⁵ Apesar da afirmação contida no parágrafo, nos termos ressalvados por Massud (2009, p. 149), “[...] nem sempre a intensidade do dolo ou o grau da culpa são atestados de maior censura que se possa fazer à conduta. No que concerne ao dolo, ninguém nega que os atos de vingança são um inequívoco termômetro de sua intensidade. Nem por isso são sempre mais reprováveis. Exemplo disso são as agressões cometidas por parentes de vítimas de crimes sexuais contra quem as estuprou”.

comportamento empregado pelo agente criminoso pode ser maculado de maior reprovabilidade, ainda, no momento em que restar comprovado que ele estava, também, completamente embriagado ou, em contraponto, a censura reputada à sua conduta pode ser minorada quando estiver demonstrado que o agente estava a caminho do Hospital, já que transportava pessoa enferma.

Para Nucci (2013, 156-160), ainda que a culpabilidade seja “[...] a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem”, o elemento subjetivo do delito (dolo ou culpa), “[...] inserido que está na tipicidade, não deve servir de guia para o juiz, se analisado em contexto isolado, pois o importante é a reprovabilidade gerada pelo fato delituoso.” Assim, para a obtenção do conceito relativo à espécie de circunstância judicial posta em análise, sustenta o autor sobredito que a culpabilidade, entendida em sentido *lato*, seria o conjunto dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos do crime, das circunstâncias do delito, das consequências e do comportamento da vítima, pois, compreendida dessa forma, a intensidade do dolo ou o grau da culpa estariam circunscritos ao cenário da personalidade do agente.²⁶

Contudo, nos termos preconizados por Bueno de Carvalho (2001, p. 40), não devemos utilizar a culpabilidade como “[...] atributo (adjetivo) da pessoa, mas apenas como uma relação de comportamento [...], pois a interioridade da pessoa não deve interessar ao Direito Penal mais do que para deduzir o grau de culpabilidade de suas ações” – correspondendo, por conseguinte, “[...] ao atuar, mas nunca ao ser do autor”.

Não obstante, Santos (2012, p. 518-519) enuncia que “[...] a transformação da culpabilidade, ainda existente como *qualidade* do fato punível, isto é, como **reprovação** do autor pela realização do *tipo de injusto*, em culpabilidade como quantidade de reprovação, isto é, como **medida** da pena criminal [...]” pressupõe a realização dos seguintes parâmetros:

- a) o nível de *consciência* do injusto no psiquismo do autor varia numa escala graduável entre os extremos de *pleno conhecimento do injusto* (que define plena reprovação) e de *erro de proibição inevitável* (que define ausência de reprovação), passando por todos os níveis intermediários de gradações de *evitabilidade do erro de proibição*, necessariamente mensuradas na *reprovabilidade do autor* e expressas na *medida* da pena; b) o grau de *exigibilidade de comportamento diverso* de autor consciente do tipo de injusto varia numa escala graduável entre o extremo de *plena normalidade* das circunstâncias do tipo de injusto (que define a *plena dirigibilidade normativa*), como máximo *poder pessoal de não fazer o que faz*, e o extremo de *plena anormalidade* das circunstâncias do tipo de injusto (que define ausência de

²⁶ Nucci (2013, p. 160) entende que, se o agente “[...] atuou com *culpa grave*, demonstra ser pessoa de acentuada leviandade no modo de ser; caso aja com *dolo intenso*, pode estar caracterizada a perversidade, o maquiavelismo ou a premeditação [...]”, os quais, segundo o autor, se encaixariam, “[...]perfeitamente, no campo da personalidade negativa do condenado, podendo até resvalar para o campo da motivação”.

dirigibilidade normativa), como inexistência do *poder pessoal de não fazer o faz*, expressa nas *situações de exculpação* legais e supralegais, passando por todos os graus intermediários das gradações de *normalidade/anormalidade* do tipo de injusto, que reduzem o poder pessoal de *não fazer o que faz*, necessariamente mensuradas na *exigibilidade de comportamento diverso* e, portanto, expressas na *medida* da pena.

Percebe-se, diante das diversas compreensões postuladas por diferentes autores, que a tarefa imposta ao magistrado sentenciante, no sentido de considerar e aferir a circunstância judicial da culpabilidade na primeira fase da dosimetria da pena, não é fácil. Além de estabelecer e verificar a presença da culpabilidade como terceiro substrato do crime, cabe ao juiz, primeiramente, não confundir e utilizar os elementos que compõe aquela para justificar a presença da circunstância judicial da culpabilidade, devendo entender, num segundo plano, que esta diz respeito ao comportamento do agente, bem como à conseqüente censurabilidade que sobre ele deve recair.

2.4.1.2 Antecedentes

Como bem observa Boschi (2011, p. 166), o termo “antecedentes” assinala, etimologicamente, tudo aquilo que *vem antes*, que *está antes*, e, “[...] em direito penal, permite conhecer a *vita ante acta* do acusado [...].” Representa, dessa forma, “[...] a vida pregressa do agente, sua vida antes do crime” (CUNHA, 2013, p. 394), a qual, certamente, poderá abarcar fatos bons ou ruins, consoante destaca Bitencourt (2011, p. 664)²⁷.

Nesse diapasão, Bissoli Filho (1998, p. 59) ensina que

antecedentes ou precedentes são todos os atos, episódios, comportamentos ou condutas, próximos ou remotos, positivos ou negativos, da vida individual, familiar, militar, profissional, intelectual e social do agente, que possam interessar, de qualquer modo, à avaliação subjetiva do crime e da personalidade do agente.

Em um Estado Democrático, não há como discorrer sobre a circunstância judicial dos antecedentes sem aliá-la ao princípio constitucional da presunção de inocência (ou de não culpabilidade), o qual impõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5.º da Constituição Federal. Todavia, considerando-se o teor do conceito alhures mencionado, os

²⁷ Em contraponto, Nucci (2013, p. 163) afirma que, “antes da Reforma de 1984, os antecedentes do réu abrangeriam todo o passado do réu, desde as condenações porventura existentes até seu relacionamento na família, no trabalho e em outros lugares. Atualmente, no entanto, destacando-se a conduta social do contexto dos antecedentes, terminou sendo esvaziado este último requisito, merecendo circunscrever sua abrangência à folha de antecedentes”.

antecedentes têm “[...] por característica a amplitude, a negatividade, a subjetividade, a relatividade, a antijuridicidade e a perpetuidade” (BISSOLI FILHO, 1998, pp. 64-67).

Por conseguinte, para aferir a negatividade atribuída aos antecedentes, não pode o magistrado sentenciante valer-se de inquéritos policiais em andamento ou já arquivados, bem como de ações penais em curso ou findadas por decisão absolutória.

Esse entendimento, conquanto haja discordância no tocante às ações penais ainda em curso²⁸, foi firmado pela Súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor veda “[...] a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.²⁹ Destarte, para que se possam reputar existentes os maus antecedentes, pautando-se nas já citadas doutrinas e no Código Penal, devem ser consideradas, apenas, as condenações definitivas não configuradoras da circunstância legal da reincidência (GRECO, 2013, p. 564), “[...] seja pelo decurso do prazo de 5 anos após o cumprimento ou extinção da pena (art. 64, I, CP), seja pela condenação anterior por crime militar próprio ou político (art. 64, II), seja pelo fato de o novo crime ter sido cometido antes da condenação definitiva por outro delito” (CUNHA, 2013, p. 395). Ou seja, somente as decisões condenatórias irrecorríveis, respeitando-se, por analogia, a limitação temporal contida no artigo 64 do Código Penal³⁰, é que podem ser consideradas negativas para efeito de majoração da pena-base na primeira fase dosimétrica, ante a verificada presença dos maus antecedentes.³¹

²⁸ Nesse sentido, foi reconhecida, nos autos do Recurso Extraordinário n. 591054, a repercussão geral da controvérsia, ainda pendente, portanto, de julgamento, conforme ementa que segue: “CRIMINAL – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL – PROCESSOS EM CURSO – PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE – ALCANCE. Possui repercussão geral controvérsia sobre a possibilidade de processos em curso serem considerados maus antecedentes para efeito de dosimetria da pena, ante o princípio da presunção de não-culpabilidade. (RE 591054 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 23/10/2008, DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-16 PP-03104 LEXSTF v. 31, n. 361, 2009, p. 256-259)”.

²⁹ Consoante destacado por Santos (2012, p. 313), ainda que soe completamente inconstitucional, há a posição tradicional, a qual considera como maus antecedentes “a existência de inquéritos instaurados, de processos criminais em curso, de absolvições por insuficiência de provas, de extinção do processo por prescrição abstrata, retroativa ou intercorrente e de condenação criminal sem trânsito em julgado ou que não constitui reincidência”.

³⁰ Certamente, a fim de evitar a infinidade temporal dos antecedentes (BISSOLI FILHO, 1998, pp. 64-66), o que afrontaria os princípios constitucionais da racionalidade e da humanidade das penas, “o recurso à analogia, nos permite limitar o prazo de incidência dos antecedentes no marco dos cinco anos – delimitação temporal da reincidência –, visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal” (BUENO DE CARVALHO *et al*, 2001, p. 44).

³¹ Bueno de Carvalho *et al* (2001, p. 45) afirmam que o uso do instituto dos antecedentes “[...] afronta, em absoluto, o princípio da secularização [...]”, pois entendem eles que “[...] o dispositivo legal, agregado à circunstância conduta social, reforça ainda mais a culpabilidade de autor, em detrimento da culpabilidade fato [...]”.

2.4.1.3 Conduta Social

Inserida no rol das circunstâncias judiciais a partir da reforma de 1984, proporcionada pela Lei n. 7.209, a conduta social, antes analisada em conjunto com os antecedentes, representa o comportamento do agente no seu contexto familiar, laboral, na convivência com os outros (vizinhança, escola etc.). Ou seja, enquanto elemento norteador do magistrado no processo de fixação da pena, consoante inferem Franco *et al* (2007, p. 345), a circunstância judicial ora analisada conduz à verificação das condutas que, de maneira recorrente, o acusado apresenta no inter-relacionamento humano e social.

No entanto, conforme expõe Estefam (2012, p. 377), “[...] o Direito Penal democrático baseia-se no fato e não no autor”, de forma que a valoração da conduta social, voltada à censura do modo de ser do agente criminoso e não, propriamente, da conduta e do dano concreto por ele angariado ao bem jurídico tutelado, reforça modelos de Direito Penal do autor (CARVALHO, 2013, p. 365). É que, consoante ensina Boschi (2011, p. 169), “cada indivíduo tem o seu modo próprio de viver e de conviver com o *alter*”.

Em sendo assim, buscando a efetivação do princípio da individualização da pena, as diferenças inerentes a cada pessoa necessitam ser apreendidas pelo juiz sentenciante, pois, ainda que possa existir alternativa por uma indesejável culpabilidade penal de autor, “[...] não há como preservar-se a equidade e o sentimento de justiça se na sentença o juiz fixar penas iguais para indivíduos comunitária e socialmente inseridos e desalinhados dos padrões que regem a vida na família, no emprego, na vizinhança, enfim, nas relações com os outros” (BOSCHI, 2011, pp. 170-171).

Nesse diapasão, consoante explicita Nucci (2013, p. 167), “um péssimo pai e marido violento, em caso de condenação por lesões corporais graves, merece pena superior à mínima, por exemplo.” Em contraponto, “[...] pode ser que o agente do delito seja considerado excelente pai e dedicado esposo, tornando justificável a aplicação de pena-base mais próxima do mínimo”.³² Entretanto, conforme preconizam Estefam (2012, p. 377) e Carvalho (2013, p. 365), as peculiaridades do comportamento do agente praticado em relação aos outros só podem ser consideradas para a fixação da pena-base, durante a primeira fase dosimétrica,

³² Discordando do ora esposado, Massud (2009, p. 160) enuncia que “[...] as considerações a respeito da conduta social do agente, por se encontrarem fora dos limites do injusto penal, não podem servir ao aumento da pena, senão apenas para diminuí-la. O indivíduo que é bom marido, mulher, filho, vizinho, amigo, que sempre foi solidário, abnegado, cumpridor dos deveres sociais e cívicos, merece, mesmo, que sua pena, medida pela culpabilidade estritamente ligada ao fato, seja mitigada. Isso não legitima, contudo, que se puna mais severamente – para além da culpabilidade medida pelo fato – aquele que não se comporta dessa maneira. Pensar o contrário é pôr [sic] em risco o próprio princípio *nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime)”.

quando demonstrado que, de alguma forma, possuem relação ou influência com o ato delituoso perpetrado.

Igualmente, para que o magistrado possa valorar negativamente a circunstância judicial ora analisada e, conseqüentemente, conforme aduz Boschi (2013, p. 170), dissolver a presunção de idoneidade da conduta social do acusado, deverá ele verificar a existência de provas nos autos do processo que permitam esse proceder³³, salientando-se que as informações utilizadas para a avaliação das circunstâncias judiciais dos antecedentes e da personalidade não poderão ser consideradas quando examinada a conduta social, e vice-versa, por pura imposição do princípio do *ne bis in idem*.

2.4.1.4 Personalidade do agente

Consoante afirmava Bruno (1976, p. 95), “definir a personalidade de um homem é tarefa laboriosa e sob vários aspectos problemática”. Segundo Bitencourt (2004, p. 610), a circunstância judicial da personalidade deve ser entendida como a “[...] a síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo”, pautando-se sua análise na verificação de “[...] sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu”.

Nos dizeres de Bruno (1967, p. 154), “a personalidade é um todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano”. Ou seja, não é apenas levar em consideração “[...] os atributos psíquicos, em particular o caráter, mas toda a sua estrutura e o seu dinamismo, em suma, a maneira de ser peculiar do indivíduo de que depende a sua maneira de agir” (BRUNO, 1976, p. 95). Portanto, a personalidade é algo dinâmico, permanentemente em construção e reconstrução, o que dificulta a sua análise diante da inexistência de um padrão.

Destarte, como bem observa Boschi (2011, p. 172), desprovido dos recursos técnicos necessários, o juiz sentenciante, ao valorar a circunstância judicial da personalidade do acusado, acaba limitando-se a fazer afirmações genéricas do tipo “‘personalidade ajustada’, ‘desajustada’, ‘agressiva’, ‘impulsiva’, ‘boa’ ou ‘má’, afirmações que nada dizem

³³ Conforme destaca Greco (2013, p. 396), “é por conta do julgamento que se faz da conduta social na aplicação da pena que o réu costuma arrolar, em sua defesa, as chamadas ‘testemunhas de beatificação’ [abonatórias], assim consideradas aquelas que nada sabem sobre os fatos, mas que têm contato suficiente com o acusado para depor sobre o seu comportamento pretérito.”

tecnicamente, salvo em nível de temperamento ou de caráter”. Certamente, isso ocorre pois, em geral, “[...] os operadores do sistema de justiça criminal carecem de formação acadêmica em Psicologia ou Psiquiatria para decidir sobre o complexo conteúdo do conceito de *personalidade* [...]” (SANTOS, 2012, p. 315), não sendo suficiente, como acredita Nucci (2013, p. 175), “[...] o natural bom senso [...]” do magistrado para aferir adequadamente a circunstância ora analisada.³⁴

Ademais, na hipótese de o juiz ser plenamente capaz de realizar a correta avaliação da personalidade, tal proceder, por estar “[...] assentado em valoração estritamente moral sobre o ‘ser’ do acusado”, consoante defende Bueno de Carvalho (2001, p. 51), levando em consideração o princípio da secularização, seria ilegítimo, haja vista a impossibilidade de qualquer pessoa opinar acerca da interioridade de outra, bem como levando-se em consideração o princípio da secularização. Por outro lado, Nucci (2013, p. 176), pautando-se no princípio da individualização da pena, acredita que afastar a possibilidade de aferição da personalidade e, conseqüentemente, angariar menos liberdade ao juiz na tarefa individualizadora da aplicação da pena, acabaria aumentando as chances de padronização das penas³⁵.

Diante desse conturbado cenário, impossível não concordar com Boschi (2011, p. 176), o qual exalta que o mais recomendável, no momento da valoração das circunstâncias judiciais, seria que “[...] o juiz se declarasse, simplesmente, sem condições de emitir juízo crítico sobre a personalidade do acusado”, a não ser que esta tenha sido devidamente e tecnicamente aferida, o que possibilitaria eventual consideração dessa circunstância judicial na fixação da pena-base³⁶.

³⁴ “[...] é certo que não basta o tosco empirismo da observação cotidiana. A investigação do juiz não poderá alhear-se dos conhecimentos com que um grupo tão vigoroso de ciências avança cada dia mais um passo na compreensão a maneira de ser e agir do homem, conhecimentos aplicáveis à investigação da individualidade total daquele homem, que, pelo seu crime, foi posto diante do juiz. Seria absurdo que este se pusesse a decidir em matéria de tamanha relevância, pondo deliberadamente de parte as contribuições com que aquelas ciências, que constituem um setor tão importante da nossa cultura, tentam a aproximação desse mundo íntimo e dificilmente abordável, que é a personalidade humana” (BRUNO, 1967, p. 155).

³⁵ Para o Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode depreender de parte do teor da ação de *Habeas Corpus* n. 282402 / DF, julgada pela Quinta Turma no dia 7 de agosto de 2014, cuja relatora foi a Ministra Laurita Vaz, “a personalidade do agente não pode ser valorada negativamente se não existirem, nos autos, elementos concretos para sua efetiva e segura aferição pelo julgador, como na espécie.”

³⁶ Nesse sentido é o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, consoante revela a parcial ementa do acórdão proferido, no dia 9 de outubro de 2014, pela sua colenda Quarta Câmara Criminal, nos autos do processo n. 2014.046017-5, cujo relator foi o Desembargador Roberto Lucas Pacheco: “[...] DOSIMETRIA DA PENA. INSURGÊNCIA QUANTO AO NÃO RECONHECIMENTO DA INCIDÊNCIA, NA PRIMEIRA FASE, DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS REPUTADAS COMPROVADAS. IMPROCEDÊNCIA DOS ARGUMENTOS. PERSONALIDADE DO AGENTE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS E TÉCNICOS A DEMONSTRAR O ALEGADO DESVIRTUAMENTO. [...] PENA-BASE MANTIDA NO

Como se observa, as questões atinentes à personalidade, além de interdisciplinares, são muito complexas e controvertidas, de modo que, por razões metodológicas, deixa-se de avaliar cada uma delas, pois isso poderia ser objeto de uma única monografia, preferindo o presente trabalho apenas pontuar as principais digressões da doutrina e da jurisprudência.

2.4.1.5 *Motivos do crime*

Como a própria nomenclatura sugere, os motivos da infração penal “são as razões que moveram o agente a cometer o crime” (DELMANTO *et al*, 2010, p. 275), isto é, são os impulsos que determinam a vontade e a esta inexoravelmente se incorporam, “[...] como o seu momento inicial e a força que a alimenta” (BRUNO, 1967, p. 158). De modo mais claro, “correspondem ao ‘porquê’ da prática [...]” da conduta criminosa levada a efeito pelo agente (CUNHA, 2013, p. 396), não se confundindo com o elemento subjetivo do crime (dolo ou culpa)³⁷.

A título exemplificativo, exalta Santos (2012, pp. 316-317) que

O motivo, no sentido *móbil* do crime, designa o aspecto *dinâmico* de pulsões instintuais do *id*, atualizadas em *estímulos internos determinados* de egoísmo, cólera, prepotência, luxúria, ganância, avidez, cobiça, vingança etc., que conferem qualidades negativas à conduta, ou, alternativamente, de gratidão, sentimento de honra, revolta contra injustiças etc., que indicam qualidades positivas da conduta, relevantes para a fixação da pena-base.

Ressalta-se que, ocasionalmente, os motivos do delito já poderão constar como elementar do tipo penal incriminador, circunstâncias qualificadoras, legais agravantes e atenuantes ou, ainda, como causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, hipóteses em que seus predicados não influenciarão no processo destinado à fixação da pena-base, pois, senão, haveria ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

MÍNIMO LEGAL. 1. A personalidade do agente só tem o condão de exasperar a pena quando existirem elementos técnicos concretos acerca do seu desvirtuamento. [...]”.

³⁷ Nucci (2013, p. 181) afirma que “dolo é o elemento psíquico que leva o agente a concretizar a figura típica, independente da valoração que isso possa merecer no tocante à sua origem. Culpa, de análise mais intrincada, pois conta com fatores normativos, não deixa de ser igualmente móvel da conduta que deu causa ao preenchimento do tipo penal. Ambos – dolo e culpa – são motivos em preto em branco, enquanto a razão de ser, a causa, o fundamento e a finalidade do crime constituem o motivo colorido, em seu vários matizes psíquicos, próprios da riqueza de pensamentos do ser humano.”

2.4.1.6 *Circunstâncias do crime*

Inicialmente, convém salientar que a espécie das circunstâncias da infração penal, inserta no artigo 59, *caput*, do Código Penal, não se confunde com circunstâncias legais das agravantes e atenuantes, causas de majoração ou de abrandamento de pena ou, ainda, com as qualificadoras e privilégios, pois, excluídas estas hipóteses, caberá ao magistrado sentenciante levar em consideração, na fixação da pena-base, “[...] todos os elementos adjetivos do fato criminoso que possam, na avaliação do julgador, alterar a sua valoração jurídica, ou seja, que tenham a capacidade de modificar a censurabilidade da conduta” (MASSUD, 2009, p. 170).

Esses elementos, relacionados ao fato criminoso, consoante destaca Bitencourt (2004, p. 611), consubstanciam-se na “[...] forma e natureza da ação delituosa, nos tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes”. Em síntese, as circunstâncias do crime são os reflexos do *modus operandi* empregado pelo agente na execução da infração penal, quando já não estiverem compreendidos em outros dispositivos como elementares, qualificadoras ou privilégios, agravantes ou atenuantes e causas de aumento ou de diminuição de pena, a fim de prezar pela proibição constitucional da dupla valoração pelo mesmo fato.

2.4.1.7 *Consequências do crime*

Consoante ensina Gomes (2005, p. 76), a circunstância judicial das consequências do crime consiste nos efeitos decorrentes da prática da infração penal pelo agente criminoso, nos resultados que desta advêm, particularmente, para a vítima, sua família ou para a coletividade. Certamente, conforme salientam Carvalho (2013, p. 377) e Franco *et al* (2007, p. 347), essas implicações estão para além das consequências inerentes ao próprio tipo penal incriminador, ultrapassando o resultado lesivo provocado ao bem jurídico tutelado pela norma penal em sentido estrito.

É dizer, exemplificativamente, que o juiz sentenciante não poderá valorar de forma negativa a circunstância judicial em comento porquanto as consequências do crime de homicídio foram graves, já que a vítima veio a óbito. Ora, como destaca Bitencourt (2004, p. 611), a morte do ofendido é o resultado típico natural, esperado que ocorra para que se possa afirmar e constatar que a conduta levada a efeito pelo agente subsume-se ao artigo 121, *caput*, do Código Penal. Sem morte, impossível a configuração do delito de homicídio na

modalidade consumada, razão por que essa implicação é o próprio núcleo do injusto penal e, justamente por isso, levando-se em consideração o princípio do *ne bis in idem*, não pode novamente ser utilizada para a fixação da pena-base.

Destarte, para que os efeitos decorrentes da prática de uma infração penal possam ser valorados de forma negativa durante a constatação das circunstâncias judiciais, devem eles “[...] ser estranhos aos elementos que compõem a figura típica simples ou qualificada e às causas legais de modificação de pena (agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes) [...]”, como, por exemplo, “[...] a constatação pelo juiz de numerosa prole deixada sem assistência pela vítima do assassino, ou os elevados custos patrimoniais suportados pela vítima com tratamento médico especializado para superar os traumas físicos ou psicológicos de crime violento” (BOSCHI, 2011, pp. 179-180)³⁸.

2.4.1.8 Comportamento da vítima

Introduzido como espécie de circunstância judicial pela Lei n. 7.209/1984, o comportamento da vítima, “[...] graças aos avanços teóricos da ‘vitimologia’, que é um setor da criminologia que demonstra o quanto ele pode ser relevante para a eclosão do fato, do agravamento ou do abrandamento das consequências penais” (BOSCHI, 2011, p. 180), consiste na consideração da conduta levada a efeito pelo ofendido antes do agente criminoso efetivar suas ações delituosas em face deste, capaz de diminuir a reprovabilidade que recai sobre o seu comportamento diante do estímulo galgado pela vítima, que desempenhou relevante papel para a concretização da infração penal.

Por conseguinte, consoante enuncia Boschi (2011), “[...] o comportamento da vítima guarda intensa proximidade com um dos elementos da culpabilidade: a exigibilidade de outra conduta”. No entanto, urge ressaltar que o comportamento provocativo ou estimulante da vítima não serve à exculpação do delito, ou seja, como bem pontua Cunha (2013, p. 397), “[...] a culpa concorrente da vítima não elide, não compensa a culpa do agente [...]”, apenas tem o condão de atenuar a sua responsabilidade.

³⁸ Conforme pondera Cunha (2013, p. 396), “atualmente, com a nova redação conferida ao artigo 387 do Código de Processo Penal (dada pela Lei nº 11.719/2008), o magistrado tem a possibilidade de fixar, na própria sentença condenatória, o valor mínimo indenizatório destinado à reparação dos danos causados. A análise das consequências do crime será o substrato para a fixação deste montante”.

2.4.2 Circunstâncias judiciais específicas previstas na legislação especial extravagante

2.4.2.1 Natureza e quantidade da substância ou do produto entorpecente

Atento às particularidades que envolvem os crimes relacionados ao tráfico de substâncias estupefacientes, de forma inovadora, o legislador estabeleceu no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) que “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Destarte, além das clássicas circunstâncias judiciais, para aferir a pena-base durante a primeira fase dosimétrica, caberá ao magistrado levar em consideração, com preponderância, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, estes últimos já descritos em tópicos pretéritos.

Inicialmente, convém salientar que o artigo em apreço não determina que o magistrado deixe de apreciar as circunstâncias judiciais insertas no *caput* do artigo 59 do Código Penal, apenas dispõe que as circunstâncias judiciais doravante denominadas específicas – natureza e quantidade da substância ou do produto –, bem como a personalidade e a conduta social do agente, deverão ter caráter preponderante³⁹ sobre as demais⁴⁰.

Nesse diapasão, tendo em vista que o bem juridicamente tutelado pelos tipos incriminadores contidos na Lei n. 11.343/2006 é a saúde pública, “[...] quanto mais nociva a substância ou quanto maior a quantidade de droga apreendida, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa” (LIMA, 2013, p. 820). De fato, como bem pondera Boschi (2011, p. 194) “[...] há tráfico e ‘tráfico’ [...]”, no sentido de que

[...] não há como nivelar em reprovabilidade social situações de fato diferentes, nos exemplos do caminhoneiro que transporta, com consciência do que faz, para colocação no mercado consumidor, uma tonelada de cocaína e da mãe que atende às súplicas de filho viciado e em “dívida” no interior da cadeia que vai ao seu encontro para entregar algumas gramas de maconha e é presa ao passar pela vigilância.

³⁹ Para Silva (2007, p. 369), “[...] preponderar não quer dizer que estas circunstâncias excluem as outras, mas sim que no momento de sua mensuração, seja quando ela for favorável ou contrária ao acusado, deve receber *quantum* menor ou maior, em relação às demais, no momento da fixação da pena-base”.

⁴⁰ Extrai-se do seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça, contido nos autos do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1206455/AC, publicado no dia 29 de agosto de 2014 pela sua Quinta Turma, cuja relatora foi a Ministra Regina Helena Costa, que, “nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, na graduação da pena-base, a natureza e a quantidade da droga apreendida na posse do Acusado, são preponderantes às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, não configurando ilegalidade seu arbitramento acima do mínimo legal, ainda que primário e com bons antecedentes.”

Contudo, apesar de o legislador determinar a prevalência das circunstâncias judiciais específicas objetivas da natureza e da quantidade da substância ou do produto (MARCÃO, 2011, p. 316), não há como deixar de observar que a *natureza lato sensu* é ínsita ao próprio tipo penal incriminador de tráfico de drogas – elementar –, pois é justamente por se constituir em substância entorpecente ilícita que o agente criminoso poderá ser penalizado. Não obstante a referida impropriedade legislativa, certo é que existem graus de potencialidade ativa diversos para cada tipo de droga⁴¹, razão por que se sopesa que agiu bem o legislador ao dispor o artigo 42 da Lei n. 11.343/2006 e, conseqüentemente, ao determinar ao juiz sentenciante que aprecie a qualidade da substância estupefaciente para levá-la em consideração na aplicação proporcional e individualização da pena⁴².

2.4.2.2 *Gravidade do fato, antecedentes ambientais e situação econômica do infrator*

Ideologicamente semelhante à Lei de Drogas, levando em consideração as peculiaridades que envolvem as infrações perpetradas em face do meio ambiente, o legislador inseriu na Lei n. 9.605/1998 o artigo 6.º, cujo teor determina ao juiz observar, “para imposição e gradação da penalidade”, as seguintes circunstâncias judiciais específicas: *a)* “a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente”; *b)* “os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental”; e *c)* “a situação econômica do infrator, no caso de multa”.

Desse modo, consoante afirmam Gomes *et al* (2010, p. 827), diante da comprovada prática de crime ambiental, deve o magistrado “[...] fixar a pena com base nas *circunstâncias judiciais* deste art. 6.º, sem olvidar das já previstas no art. 59 do CP. Em outras palavras, o juiz deverá considerar, com preponderância, as circunstâncias judiciais deste art. 6.º, mais aquelas do art. 59 do CP”.

⁴¹ Consoante destaca Silva (2007, pp. 380-381), “quanto maior for o percentual [do teor da droga, em quantidade de sua substância], mais mal faz para a saúde, daí porque a sua relevância no momento da fixação da pena. Para melhor aferição de leigos em farmacologia, como são os Juízes, o Ministério Público e os advogados, seria muito útil que os laudos indicassem as tabelas referentes a quantidade do teor farmacológico da substâncias examinada”.

⁴² Como bem pondera Guimarães (2013, p. 177), “o exame da natureza da substância ou produto visará, segundo podemos depreender, definir o grau de periculosidade que representa para o bem jurídico saúde pública. Assim, o Juiz necessariamente deverá socorrer-se ou da perícia toxicológica, ou de eventuais orientações do Ministério da Saúde que indiquem a potencialidade danosa para a saúde representada pela droga”.

Em verdade, diferentemente do que ocorre com a natureza e a quantidade da substância ou produto entorpecente, que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do artigo 59, *caput*, do Código Penal, com exceção da personalidade e da conduta social do agente, o que se vislumbra relativamente às circunstâncias específicas entabuladas nos incisos do artigo 6.º da Lei n. 9.605/1998 é uma complementariedade, na medida em que, além de novos elementos, há uma adjectivação das circunstâncias já constates no diploma repressor.

Nessa linha de raciocínio, para aferir a gravidade do fato, circunstância ambiental inserta no inciso I da Lei n. 9.605/1998, observa-se que, além dos motivos que levaram ao cometimento da infração penal, caberá ao juiz analisar as consequências danosas (prejuízos) *para a saúde pública e para o meio ambiente*, proceder este que, sempre que possível, deverá ser feito mediante constatação pericial, consoante determina o artigo 19⁴³ da aludida lei (MILARÉ *et al*, 2002, p. 44).

Por sua vez, com relação à segunda circunstância judicial específica ambiental, verifica-se que o legislador definiu a amplitude para a determinação dos antecedentes, pois estabeleceu que estes serão examinados *quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental*, não se referindo, “[...] exclusivamente, aos crimes ambientais [...]”, ou seja, “o agente que já foi autuado administrativamente diversas vezes por infração ao meio ambiente (em processo administrativo, respeitados o contraditório e a ampla defesa), tem *maus antecedentes ambientais*, ainda que não ostente qualquer condenação por crime ambiental” (GOMES *et al*, 2010, p. 828).

Ademais, urge salientar que a circunstância legal da reincidência apenas exsurge como agravante da prática de delito ambiental quando for específica, conforme dispõe o inciso I do artigo 15 da Lei n. 9.605/1998⁴⁴, de modo que eventuais condenações definitivas por crime não ambiental (homicídio, roubo, estelionato etc.) somente poderão ser consideradas para fins de determinação da pena-base, ante a presença negativa da circunstância judicial suplementar dos antecedentes.

Derradeiramente, constata-se a presença de uma terceira circunstância judicial específica dos crimes ambientais, qual seja, a situação econômica do agente criminoso (pessoa física ou jurídica) para efeitos de aplicação da pena de multa, pois, certamente, “[...]”

⁴³ Art. 19. A perícia de constatação do dano ambiental, sempre que possível, fixará o montante do prejuízo causado para efeitos de prestação de fiança e cálculo de multa.

⁴⁴ Art. 15. São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:
I – reincidência nos crimes de natureza ambiental.

não poderiam receber o mesmo tratamento pessoas jurídicas e individuais por crimes díspares ou com consequências distintas de suas ações” (MIGLIARI JÚNIOR, 2004, p. 142).

Como se vê, ao prever novas circunstâncias judiciais e adjetivar outras já previstas no *caput* do artigo 59 do Código Penal, tanto com relação à Lei n. 11.343/2006 quanto à n. 9.605/1998, buscou o legislador, diante das peculiaridades inerentes a cada legislação extravagante, garantir meios à necessária individualização da pena, angariando ao juiz sentenciante instrumentos específicos que se consubstanciam na análise desses particulares entes tangenciadores da conduta criminosa, os quais exsurirão, de forma pragmática, quando iniciada a aplicação da proporcional sanção penal.

3 AS MÚLTIPLAS FUNÇÕES DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NA APLICAÇÃO DA PENA

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Após determinar a distinção existente entre as elementares do tipo penal incriminador e as circunstâncias, bem como depois de conceituá-las e de diferenciar suas diversas espécies, tanto as previstas no Código Penal quanto na legislação extravagante, passa-se, neste momento, à descrição dos aspectos relacionados à aplicação da pena, precipuamente no que concerne às múltiplas funções apresentadas pelas circunstâncias judiciais no decorrer da individualização da sanção penal. Por isso, o presente capítulo está dividido em três momentos, tratando o primeiro das etapas da aplicação das sanções penais; o segundo, das funções das circunstâncias na determinação da pena-base; e o terceiro das outras funções das circunstâncias judiciais.

3.2 AS ETAPAS DA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PENAIS

A aplicação da sanção penal ao condenado somente ocorre após o reconhecimento de que este, efetivamente, praticou um crime ou uma contravenção penal. Mais precisamente, Bissoli Filho (2010, p. 109) ressalta que:

A aplicação de uma pena concreta pressupõe o reconhecimento da prática de uma conduta qualificada, na sentença penal condenatória, após um juízo definitivo e de

certeza, como crime ou contravenção penal, por ser considerada típica, antijurídica, culpável e punível, em face de uma ação penal e no devido e justo processo penal.

Nesse viés, Bruno (1976, p. 92) já dizia que, “uma vez definido como crime o fato cometido, em que concorrem os termos precisos de um tipo penal, [...] o juiz é posto diante da pena cominada na lei para o tipo realizado, cabendo-lhe a difícil e penosa tarefa de determinar em quantidade [...] a medida penal a ser aplicada”. Ou seja, conforme dispõe o inciso LII do artigo 5.º da Constituição Federal, a aplicação da sanção penal⁴⁵ acontece exclusivamente no âmbito judicial, através de sentença penal condenatória, exarada por autoridade competente, ao final de um processo penal necessariamente fundado nos princípios e garantias constitucionais-penais, precipuamente no devido e justo processo legal substancial, na legalidade, na fundamentação das decisões judiciais e na individualização da pena.

Por conseguinte, independentemente da espécie de sanção penal a ser concretizada – aplicação das penas (privativas de liberdade, pecuniária de multa, restritivas de direitos), das medidas de segurança, dos efeitos secundários da condenação e das medidas penais consensuais –, o atual Código Penal abarca critérios e etapas a serem observados durante a sua fixação, pois, ainda que ao magistrado sentenciante tenha sido dada certa discricionariedade, esta não pode ser confundida com arbitrariedade (BITENCOURT, 2011, p. 673).

Destarte, consoante explicita Santos (2012, p. 307), “a aplicação da pena criminal é ato judicial fundado na existência demonstrada de *crime*, nas dimensões de *tipo de injusto* e de *culpabilidade*, compreendendo a *escolha* da pena aplicável e a *quantificação* da pena escolhida”, a qual não poderá passar do indivíduo autor da infração penal – princípio da personalidade ou da responsabilidade pessoal (artigo 5.º, inciso XLV, da Constituição Federal), bem como deverá guardar a necessária proporção relativamente à prática criminosa – princípio da proporcionalidade (artigo 5.º, inciso XLVI, da Carta Magna).

Para tanto, a partir da reforma do Código Penal ocorrida em 11 de julho de 1984, proporcionada pela Lei n. 7.209, estabeleceu-se, em detrimento do critério bifásico propugnado por Roberto Lyra, o método trifásico, cujo precípuo defensor era Nelson Hungria⁴⁶.

⁴⁵ O termo sanção penal, conforme destaca Bissoli Filho (2011, p. 193-202), é gênero do qual decorrem as seguintes espécies: penas; medidas de segurança; efeitos penais secundários e as sanções penais consensuais; as quais “[...] somente se realizam no ambiente estatal e sujeitam-se aos princípios da legalidade penal, da jurisdicionalidade e do devido e justo processo legal, embora com algumas variações”.

⁴⁶ Antes da reforma da Parte Geral angariada pela Lei n. 7.209 de 1984, havia acirrada discussão entre os penalistas sobre qual seria o melhor sistema a ser adotado para a aplicação da pena. Roberto Lyra, conforme anotação de Boschi (2011, p. 151) defendia o método bifásico, na medida em que “[...] recomendava que, na

Dessa forma, concretizando, efetivamente, a adoção do método trifásico para a dosimetria das sanções penais, cujo objetivo é o de “[...] viabilizar o exercício do direito de defesa, explicando para o réu os parâmetros que conduziram o juiz à determinação da reprimenda” (CUNHA, 2013, p. 391), dispõe o atual artigo 68 do Código Penal que “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Portanto, atentando-se, sobretudo, para a individualização da pena (artigo 5.º, incisos XXXIX e XLVI, da Constituição Federal) e para a necessidade de fundamentação das decisões (inciso IX do artigo 93 da Carta Magna), caberá ao magistrado determinar, com base nas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, a pena-base, sobre a qual, em cascata, incidirão as diminuições e os aumentos decorrentes das agravantes e atenuantes – surgindo a pena-provisória –, para, em seguida, considerar-se as majorantes ou minorantes – chegando-se à pena-definitiva.

No entanto, apesar da significativa alteração proporcionada pela Lei n. 7.209/1984, que angariou maior liberdade ao juiz na árdua tarefa de fixar a pena adequada e proporcional quando em comparação com os engessantes Códigos de 1830 e de 1890⁴⁷, o modelo preconizado pelos dispositivos do Código Penal “[...] estabelece, de forma bastante metódica, as etapas e os critérios que o juiz deve seguir para a aplicação da pena no ato da sentença condenatória”, salientando-se, porém, que “[...] estrutura metódica não significa, necessariamente, sistematicidade” (CARVALHO, 2013, p. 312).

Assim, *a priori*, antes de apresentar as especificidades que guarnecem o método trifásico de dosimetria da pena, haja vista que esta se consubstancia em, apenas, uma das

determinação da pena-base, o juiz, *em uma primeira fase*, valorasse em globo as circunstâncias judiciais (atualmente relacionadas no artigo 59) e as circunstâncias legais agravantes e atenuantes [...]. Sobre essa pena, ele faria incidir, *em um segundo e derradeiro movimento*, os aumentos ou as diminuições correspondentes às eventuais majorantes ou minorantes [...]. Porém, a controvérsia acerca do método a ser seguido, cuja duração compreendeu todo o período de vigência do Código Penal de 1940, terminou com a reforma introduzida pela Lei n. 7.209/1984, pois, “[...] por considerá-lo mais afinado com o sentido da individualização judicial da pena”, acabou adotando o método trifásico, sustentado por Nelson Hungria (BOSCHI, 2011, p. 152).

⁴⁷ Historicamente, com relação às Ordenações Filipinas, que datam de 1603, tem-se que estas “[...] foram um exemplo de ausência absoluta de critério, ora engessando o magistrado com a cominação de penas fixas, ora atribuindo-lhe um arbítrio desmedido” (MASSUD, 2009, p. 131). Já o Código Criminal do Império do Brasil de 1830, apesar de ter influenciado a elaboração de diversos Códigos Penais, como o espanhol de 1848, no que diz respeito à aplicação da pena, destaca referido autor que os temores liberais circundantes da época não permitiram que o juiz tivesse maior arbítrio, de modo que previu as penas em três graus rígidos: o mínimo, o médio e o máximo, conforme os artigos 15, 16, 17, 18 e 20 do diploma repressor de 1830. Por fim, o Código Penal da República de 1890, no que concerne à aplicação da pena, não imprimiu grandes evoluções, pois o legislador determinou que, para a fixação da sanção penal, deveria o magistrado seguir uma tediosa fórmula matemática, reconhecendo a existência de cinco graus de pena: máximo, médio, mínimo, entre médio e máximo e entre médio e mínimo.

etapas da aplicação da pena, conforme dispõe o inciso II do artigo 59 do Código Penal, verifica-se necessário proceder à análise das demais etapas concernentes à essa aplicação, as quais são compostas por quatro operações sucessivas que sofrem, direta ou indiretamente, influência das circunstâncias judiciais constantes no *caput* do referido dispositivo: a) a escolha da(s) sanção(ões) penal(ais) aplicável(áveis) ao caso concreto, quando houver cominação alternativa; b) a dosimetria da quantidade de pena aplicável – utilizando-se o método trifásico disposto no artigo 68 do Código Penal –, dentro dos limites previstos no preceito secundário do(s) tipo(s) penal(ais); c) a verificação da possibilidade de concessão dos institutos despenalizadores – substituição da pena privativa de liberdade e suspensão condicional da pena; e d) a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, caso haja necessidade. Além disso, há de se considerar, quando necessária, a declaração dos efeitos secundários da condenação não automáticos ou específicos.

No que concerne à aplicação das penas privativas de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples), estas, assim como as demais espécies de penas inscritas no artigo 32 do Código Penal, devem observar, como alhures mencionado, o método trifásico de dosimetria imposto pelo artigo 68 do referido diploma. Então, seguindo as etapas acima enumeradas, após, caso haja cominação alternativa no preceito secundário do tipo penal incriminador, realizar a escolha da sanção penal aplicável à determinada hipótese, caberá ao magistrado sentenciante definir o tempo da pena aprioristicamente eleita como adequada.

Essa definição temporal e de individualização judicial inicia com o estabelecimento da pena-base, a qual, segundo esclarecimentos cunhados por Boschi (2011, p. 159), atua como “[...] a primeira referência quantitativa no método trifásico [...]”, isto é, como ponto de partida da operação a ser realizada⁴⁸. Para tanto, o juiz deverá analisar a presença ou a ausência das circunstâncias judiciais dispostas no *caput* do artigo 59 do Código Penal ou daquelas específicas enunciadas na legislação extravagante, sendo imprescindível, a fim de proceder à aferição de seu conteúdo, a imersão na prova dos autos. Isso porque a valoração de cada elemento não pode ser oriunda de criações mentais do magistrado ou ser pautada em termos vagos, hipóteses essas que, de forma recorrente, maculam os direitos e as garantias fundamentais do indivíduo.

Convém salientar, ao demais, que “a pena-base é quantificada sempre visando-se a otimizar o ideal de necessidade e de suficiência da pena [...]” (BOSCHI, 2011, p. 183), sendo

⁴⁸ O revogado Código Penal de 1969 apresentava, em seu artigo 63, a definição de pena-base: “a pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz aplicaria, se não existisse a circunstância ou causa que importe o aumento ou a diminuição.”

imperioso que a análise de cada circunstâncias judicial ocorra separadamente e que as conclusões a que chegar o magistrado posteriormente sejam registradas de forma fundamentada na sentença. Destarte, em sendo as circunstâncias judiciais elementos valoráveis e, *a priori*, de caráter positivo, após proceder à apreciação do conjunto probatório inerente a cada caso concreto, poderá o magistrado sentenciante inverter essa carga axiológica para considerá-las, em desfavor do acusado, negativas, não podendo, entretanto, ultrapassar o termo médio da pena cominada no preceito secundário do tipo penal incriminador, apesar de existir, sob esse aspecto, divergências doutrinárias⁴⁹.

Em síntese, seguindo as explanações de Boschi (2011, p. 189), o qual é corroborado por Bitencourt (2011, p. 674), pode-se dizer que:

a) a *plena* favorabilidade (aferida pela valoração positiva do conjunto das circunstâncias judiciais) conduz à reprovação penal no *grau mínimo* e estabelecimento de pena-base na *margin mínima* prevista no tipo correspondente ao fato; b) a *relativa* desfavorabilidade aferida pelo desvalor de algumas circunstâncias judiciais (p. ex., duas ou três) situa no grau médio a censura pelo fato e, como reflexo, determina a quantificação da pena-base um pouco acima no mínimo legal; c) a *plena* desfavorabilidade (aferida pela valoração negativa do conjunto das circunstâncias judiciais) leva a reprovação pelo fato em grau *máximo* e correspondente quantificação de pena-base perto do ou no termo médio, sem jamais ultrapassá-lo.

Por sua vez, após o estabelecimento da pena-base, a segunda fase dosimétrica objetiva, a partir daquela, encontrar a pena provisória ou intermediária, através da incidência das circunstâncias agravantes ou atenuantes previstas nos artigos 65 e 66 do Código Penal. Em seguida, a terceira e última fase dosimétrica consiste na concretização da pena definitiva, a qual compreende a consideração, sobre a pena provisória ou, na ausência de agravantes e atenuantes, sobre a pena-base, das causas gerais e especiais de aumento ou de diminuição de pena, bem como das regras relativas ao concurso de crimes (artigo 69 a 74 do Código Penal).

Ato contínuo, fixada a pena definitiva, relativamente à hipótese de substituição da pena privativa de liberdade por multa, deve o magistrado compor harmonicamente o parágrafo segundo do artigo 44 com o parágrafo segundo do artigo 60, ambos do Código Penal. Segundo o primeiro dispositivo citado, “na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa”, desde que: 1. o crime apreciado pelo juiz sentenciante não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa (inciso I do artigo 44 do Código Penal); 2. o condenado seja primário (inciso II); 3. bem como que a culpabilidade, os

⁴⁹ Nucci (2013, p. 294) afirma que “existe a pena máxima, prevista no preceito secundário do tipo penal incriminador, para ser aplicada quando a situação concreta demandar. Logo, não há como fundamentar, validamente, o limite *impalpável* do termo médio para o estabelecimento da pena concreta”.

anteriores, a conduta social, a personalidade, os motivos e as circunstâncias do delito indiquem a suficiência da substituição⁵⁰ (inciso III), confirmando a incidência do inciso IV do artigo 59 do referido diploma legal.

Em contrapartida, o parágrafo segundo do artigo 60 do Código Penal estabelece que, quando a pena privativa de liberdade não for superior a 6 (meses), poderá ocorrer a sua substituição por pena de multa, observados os critérios dos incisos II e III do artigo 44 do Código Penal acima esposados, não sendo relevante – a título de requisito – perquirir se a infração foi praticada com violência ou grave ameaça à pessoa. Salienta-se que, estando diante da primeira ou da segunda hipótese, caberá ao juiz sentenciante levar em consideração as circunstâncias judiciais porventura presentes, na medida em que, por determinação do legislador, consubstanciam-se, nesta etapa, em requisitos à correta substituição da pena privativa de liberdade por multa.

Caso não seja possível a concretização da substituição da pena privativa de liberdade por multa, deverá o magistrado partir para a fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda, o qual será estabelecido com base na espécie de pena, na quantidade da pena definitiva, nas condições especiais do condenado (inciso XLVIII do artigo 5.º da Constituição Federal) e nas circunstâncias judiciais (CUNHA, 2013, p. 424). Inicialmente, dispõe o *caput* do artigo 33 do Código Penal que, relativamente à pena de reclusão, esta poderá ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto⁵¹. Em contraponto, na hipótese de pena de detenção ou de prisão simples (artigo 6.º da Lei de Contravenções Penais), a pena será cumprida em regime semiaberto ou aberto, ressalvando-se, quanto à primeira espécie, a necessidade de transferência a regime fechado.

Em seguida, o parágrafo segundo do artigo 33 do Código Penal, além de estabelecer a regra da progressividade quanto aos regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade (artigo 112 da Lei n. 7.210/1984), dispõe que, quando imposta na sentença condenatória pena

⁵⁰ Convém ressaltar, ainda, a Súmula n. 171 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe que: “cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa”. Ao proceder à interpretação da citada súmula, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça deu tratamento diverso aos crimes tipificados no Código Penal e na legislação extravagante, pois, se o delito encontra disposição no Código Penal, é possível ao magistrado cumular a multa substitutiva da prisão com a multa principal; por outro lado, se disposto em lei especial, esse tipo de operação não poderá ser realizada.

⁵¹ Segundo as alíneas “a)” “b)” e “c)” do parágrafo primeiro do artigo 33 do Código Penal, considera-se: 1. “regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média”, aplicando-se especificamente as disposições do artigo 34 do referido diploma, bem como, dentre outros, os artigos 5.º a 9º, 87 a 90, 96 a 98 e 110 a 119, todos da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal); 2. “regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar”, aplicando-se as regras do artigo 35 do Código Penal, além dos artigos 91 e 92 da Lei n. 7.210/1984; 3. “regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado”, incidindo as disposições do artigo 36 do Código Penal, bem como os artigos 93 a 92, parágrafo segundo do artigo 203, 113 a 117 e 119 da Lei n. 7.210/1984.

superior a 8 (oito) anos, independentemente de ser o réu reincidente ou primário, o início do cumprimento da pena dar-se-á em regime fechado. Essa regra, do entanto, não incide nas penas de detenção e de prisão simples. Caso a pena definitivamente aplicada seja inferior a 8 (oito) anos, porém superior a 4 (quatro) anos, poderá ser fixado o regime inicial semiaberto, desde que o condenado seja primário, pois, se reincidente, o regime inicial deverá ser o fechado. Por fim, estabelecida pena igual ou inferior a 4 (quatro anos), desde que o condenado seja primário, o regime de cumprimento inicial da reprimenda poderá ser o aberto – quando reincidente, o regime inicial poderá ser o semiaberto ou o fechado, a depender da favorabilidade ou não das circunstâncias judiciais⁵².

É conveniente salientar que, conforme a Súmula 718 do Superior Tribunal Federal, “a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”, bem como que, consoante o enunciado da Súmula 719 dessa mesma Corte, “a imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”⁵³, isto é, com fundamento na gravidade concreta do crime⁵⁴.

Outrossim, ressalta-se que algumas leis extravagantes, por si sós, já determinam qual o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade a ser fixado, como, a título de exemplificação, fazem a Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos)⁵⁵, e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997 (Lei de Tortura)⁵⁶, as quais estabelecem, independentemente do *quantum* de pena fixado e das condições pessoais do réu, o regime obrigatoriamente fechado. No entanto, com relação à Lei n. 8.072/1990, em decisão do Tribunal Pleno, o Superior Tribunal Federal, nos autos da ação de *Habeas Corpus* n. 111.840, julgou inconstitucional o parágrafo primeiro do artigo 2.º, confirmando que é dever e

⁵² Súmula n. 269 do Superior Tribunal de Justiça: “é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

⁵³ Para Bitencourt (2011, p. 679), o enunciado da Súmula n. 719 do Superior Tribunal de Justiça “[...] é um dos mais infelizes que se pode imaginar. Ora, *venia concessa*, ‘regime de cumprimento de pena mais severo do que a pena aplicada permitir’ é *ilegal* e não há motivação que possa legitimá-lo”.

⁵⁴ Súmula n. 440 do Superior Tribunal de Justiça: “fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.”

⁵⁵ Consoante artigo 2.º da lei n. 8.072/1990: “os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I – anistia, graça e indulto; II – fiança. §1.º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado (redação dada pela Lei nº 11.464/2007).”

⁵⁶ Segundo o parágrafo 7.º do artigo 1.º da lei n. 9.455/1997: “o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2.º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”.

competência do juiz analisar as circunstâncias do caso concreto para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena⁵⁷.

Nessa linha de raciocínio, após determinar a pena definitiva, verificar a possibilidade de substituição por pena de multa e fixar o regime inicial de cumprimento da reprimenda, a próxima etapa consiste na análise da possibilidade de haver a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, as quais, consoante o *caput* do artigo 44 do Código Penal, são autônomas – não podendo ser cumuladas com as penas privativas de liberdade⁵⁸ – e suas espécies, nos moldes do artigo 43 do referido diploma, dividem-se em reais (prestação pecuniária e perda de bens e valores) e pessoais (prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana)⁵⁹.

Relativamente aos requisitos necessários para a efetiva substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, constata-se que estes variam conforme a espécie de crime praticado, se doloso ou culposo. Na primeira hipótese, ao analisar o artigo 44 do Código Penal, verifica-se mister o preenchimento de quatro requisitos, quais sejam: a) a pena privativa de liberdade aplicada não deve ser superior a 4 (quatro) anos; b) o delito deve ter sido perpetrado sem violência real ou grave ameaça à pessoa; c) o condenado não pode ser reincidente em crime doloso⁶⁰; e d) as circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do condenado, dos motivos e das circunstâncias devem indicar a suficiência da substituição da pena.

⁵⁷ As razões da declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos aplicam-se à imposição do regime inicial nos crimes de tortura, conforme se pode depreender da parcial ementa da ação de *Habeas Corpus* n. 262536/RN, julgada, em 5 de maio de 2015, pela Colenda Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, cujo relator foi o Ministro Newton Trisotto: [...] 02. Para o Supremo Tribunal Federal, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado". À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli). Consequentemente, se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus condenados por crime de tortura não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto (AgRg no AREsp 629.324/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 24/02/2015; HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

⁵⁸ Existem, porém, exceções, como aquelas previstas no artigo 78 do Código de Defesa do Consumidor e nos artigos 302, 303, 306, 307 e 308 do Código de Trânsito Brasileiro.

⁵⁹ Salienta-se que as espécies de penas restritivas de direitos estabelecidas no rol do artigo 43 do Código Penal não são taxativas, na medida em que leis extravagantes podem criar outros tipos de penas restritivas especiais, como fez o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), o parágrafo segundo do artigo 41-B da Lei n. 12.299/2010 (alterou o Estatuto do Torcedor), o artigo 13 da Lei n. 9.605/1995 (Lei de Crimes Ambientais) e o artigo 78 do Código de Defesa do Consumidor.

⁶⁰ Com relação a este requisito, nos termos do parágrafo 3.º do artigo 44 do Código Penal, "se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime".

Em contrapartida, no caso dos delitos culposos, o Código Penal permite a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos qualquer que seja o *quantum* de pena aplicado, desde que, certamente, estejam presentes os demais requisitos previstos nos incisos II e III do artigo 43 do Código Penal e seja preservada a finalidade alternativa da medida, que se consubstancia na tentativa de proporcionar maior alcance aos objetivos da prevenção geral e especial.

Ademais, convém salientar que, presentes as exigências legais alhures mencionadas, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por outras modalidades punitivas deve ser compreendida como direito público subjetivo do condenado e não como mera faculdade do magistrado⁶¹, até porque, em caso de descumprimento injustificado da restrição, de superveniência de condenação por outro crime, dentre outras hipóteses constantes no artigo 181 da Lei de Execução Penal, pode ocorrer o fenômeno da conversão (ou reconvenção), voltando a pena a ser privativa de liberdade⁶².

Imperioso registrar, ainda, que o parágrafo segundo do artigo 44 do Código Penal, independentemente da espécie de delito perpetrado ou da modalidade de pena privativa de liberdade aplicada, dispõe algumas regras inerentes à substituição: a) na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade deverá ser substituída por uma pena restritiva de direitos ou por uma multa, o que será objeto de avaliação em etapa anterior, conforme já mencionado; e, b) se superior a 1 (um) ano, o magistrado deve optar entre substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

Por fim, no que concerne às etapas integrantes da aplicação da pena privativa de liberdade, deverá o magistrado sentenciante proceder à análise do cabimento da suspensão condicional da pena, com base nos artigos 77 a 82 do Código Penal e nos artigos 156 a 163 da Lei de Execução Penal, consistindo em instituto de política criminal que suspende, por um

⁶¹ Nesse sentido destaca-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, registrado nos autos da ação de *Habeas Corpus* n. 158842/SP, julgado pela sua 6ª Turma em 17 de junho de 2010, cujo relator foi o Ministro Og Fernandes: “em compasso com o princípio da individualização da pena, bem assim, com o Direito Penal, propugnador da pena de prisão como *ultima ratio*, destinada às infrações de maior gravidade, tem-se por apropriada a concessão de substituição de pena, a qual, mais que benefício, consubstancia-se direito público subjetivo do apenado, se presentes os requisitos para o seu deferimento, como na hipótese dos autos.” (HC 158842/SP, 6ª T., j. 17.06.2010, v.u., rel. Min. Og Fernandes).

⁶² Consoante parágrafos 4.º e 5.º do artigo 44 do Código Penal, respectivamente: “a pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de 30 (trinta) dias de detenção ou reclusão”. “Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior”.

tempo certo (período de prova), a execução da pena privativa de liberdade, desde que haja o cumprimento de certas condições (DELMANTO *et al*, 2010, p. 329). Ao apreciar os referidos dispositivos, constata-se a existência de quatro espécies de suspensão condicional da pena, quais sejam: a) *sursis* simples (artigo 77 c/c. o artigo 78, § 1.º); b) *sursis* especial (artigo 77 c/c. o artigo 78, § 2.º); c) *sursis* etário (artigo 77, § 2.º, 1.ª parte); e d) *sursis* humanitário (artigo 77, § 2.º, 2ª parte).

Com relação ao *sursis* simples e especial, a pena privativa de liberdade a ser suspensa não pode ser superior a 2 (dois) anos, variando o período de prova de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. No que se refere às duas últimas espécies, a pena privativa de liberdade não pode suplantar 4 (quatro) anos, caso em que o período de prova será de 4 a 6 anos. No entanto, para fazer jus ao benefício da suspensão condicional da pena, deverão estar preenchidos certos requisitos, quais sejam: a) o condenado não pode ser reincidente em crime doloso⁶³; b) quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias autorizarem a concessão da benesse; e c) não seja indicada ou cabível a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal.

Concluídas as observações referentes à aplicação das penas privativas de liberdade, cumpre discorrer acerca dos elementos inerentes à pena de multa, a qual, consoante dispõe o artigo 49 do Código Penal, “[...] consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa”. Como se nota, trata-se de espécie de sanção penal patrimonial, cujo pagamento deverá ser realizado pelo sentenciado, em dinheiro, ao fundo penitenciário⁶⁴.

Para que o magistrado possa determinar o valor da pena de multa a ser paga pelo condenado, após as modificações realizadas pela Lei n. 7.209/1984⁶⁵, passou o Código Penal a adotar o sistema de dias-multa⁶⁶, o qual, segundo consta da segunda parte do artigo 49 do

⁶³ Súmula n. 499 do Superior Tribunal Federal: “não obsta à concessão do *sursis* a condenação anterior à pena de multa”.

⁶⁴ O Fundo Penitenciário Nacional foi criado pela Lei Complementar n. 79/94, no entanto, os próprios Estados da Federação, consoante dispõe a alínea “d” do inciso I do artigo 24 da Constituição Federal, podem legislar sobre o assunto e, conseqüentemente, determinar que a pena de multa imposta pela justiça estadual seja destinada para fundo sob sua gestão, como ocorreu em São Paulo pela Lei Estadual n. 9.171/1995.

⁶⁵ Consoante assinalam Delmanto *et al* (2010, p. 260), “na versão original do CP, as penas de multa eram cominadas entre valores determinados (‘multa de tantos a tantos cruzeiros’). Pelo art. 2.º da Lei nº 7.209/84, foram canceladas, da Parte Especial do CP e da legislação penal especial alcançada pelo art. 12 do CP, as referências aos valores de multas, substituindo-se a expressão ‘multa de’ por, apenas, ‘multa’.”

⁶⁶ Apesar do sistema adotado pelo Código Penal ser o de dias-multa, leis extravagantes podem estabelecer critérios diferentes, como exemplo pode-se citar a Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações), a qual dispõe em seu artigo 99 que: “a pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente”.

Código Penal, “será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta)”. Imperioso salientar que, durante essa operação de determinação da quantidade de dias-multa, caberá ao juiz sentenciante fazer uso do método trifásico descrito no artigo 68 do Código Penal, ou seja, para que possa ele apresentar a quantia final, deverá levar em consideração as circunstâncias judiciais do artigo 59 do diploma repressor, bem como as circunstâncias agravantes e atenuantes, encerrando com as causas de aumento e de diminuição de pena⁶⁷.

Na sequência, após calcular a quantidade de dias-multa, o magistrado decide o valor que atribuirá a cada um, não podendo, consoante disposição do parágrafo primeiro do artigo 49 do Código Penal, “[...] ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário”. Nesse segundo momento, conforme pondera o artigo 60 da lei penal, deve o juiz sentenciante atentar, principalmente, para a situação econômica do condenado. Na hipótese da multa já ter sido aplicada no máximo (360 dias), se, em virtude da referida situação econômica, o magistrado considerá-la ineficaz, poderá elevá-la até o triplo – podendo chegar a 5.400 salários mínimos⁶⁸ –, conforme disposição do parágrafo primeiro do citado artigo⁶⁹.

⁶⁷ Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da sua Colenda Quinta Turma, no acórdão proferido, no dia 18 de março de 2014, nos autos do Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial n. 1113688, do Rio Grande do Sul, nos quais foi relatora a Ministra Laurita Vaz, decidiu que se faz necessária a observância do critério trifásico no cálculo da pena de multa, conforme se pode depreender da ementa parcial a seguir transcrita: “*AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. [...] PENA DE MULTA. CRITÉRIO TRIFÁSICO UTILIZADO PARA COMINAR A SANÇÃO SEGREGATIVA, CONSIDERANDO AINDA A CONDIÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. [...] 6. A individualização da pena pecuniária também deve obedecer ao sistema trifásico de dosimetria. O número de dias-multa se firma entre o mínimo de 10 e o máximo de 360, de forma que é irrepreensível os 100 dias-multa fixados em concreto, uma vez que a pena-base foi elevada pela presença de 03 circunstâncias em demérito do Agravante, bem assim foi aplicada a continuidade delitiva em sua fração máxima. E, afinal, o critério basilar se refere à condição econômica do réu, sendo impassível de revisão na via especial por demandar inevitável reexame do acervo fático-probatório. [...]*”.

⁶⁸ Convém destacar que o não pagamento voluntário da pena de multa gerava a sua conversão em privativa de liberdade. Porém, com o surgimento da Lei n. 9.268, de 1^o de abril de 1996, que promoveu alterações na Parte Geral do Código Penal, a referida conversão não mais se admite. Desse modo, a multa não paga é dita como dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública (artigo 51 do Código Penal). Todavia, a doutrina é divergente no concerne à competência para a execução forçada da pena de multa não paga voluntariamente. Discute-se se o Ministério Público continua legitimado ou se apenas a Procuradoria da Fazenda, por meio da Vara das Execuções Fiscais, é quem possuiria a referida competência para promover a execução da pena. Para Bitencourt (2004, p. 595), “[...] a iniciativa caberá ao Estado, através do Ministério Público [Juiz das Execuções Criminais], de movimentar outra vez o aparelho judiciário para constranger o cumprimento de uma decisão condenatória com trânsito em julgado”, de modo que, para essa corrente, segue-se o rito da Lei de Execuções Penais (artigos 164 e seguintes). Por sua vez, para o Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1332225 – Rel. Min. Marilza Maynard, DJe 06/02/2013), considerando-se que a nova redação do artigo 51 do Código Penal passou a descrever a multa criminal como dívida de valor, aplicam-se à execução as normas da legislação concernente à dívida ativa da Fazenda Pública. “Nesse sentido, a multa criminal torna-se executável por meio da adoção dos procedimentos próprios da execução fiscal, afastando-se a competência da Vara de Execuções Penais. É da Fazenda Pública a legitimidade para promover a execução de pena de multa imposta em sentença penal condenatória, e não do Ministério Público [...]” (CUNHA, 2015, p. 453).

⁶⁹ Consoante determinação do parágrafo segundo do artigo 49 do Código Penal, “o valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária”. A esse respeito, destaca-se a Súmula n.

De mais a mais, urge salientar que, assim como ocorre no transcurso da determinação da pena de multa, a aplicação não substitutiva das penas restritivas de direito também segue o rito trifásico imposto pelo artigo 68 do Código Penal. Assim, diante da subsunção do caso concreto ao artigo 28 da Lei n. 11.343/2006⁷⁰ – que prevê para o usuário de drogas penas alternativas como principais –, cabe ao magistrado fixar, desde logo e com base no aludido método trifásico, a sanção restritiva cominada no preceito secundário da norma incriminadora referida, não existindo pena privativa de liberdade a ser substituída.

Isso posto, passa-se à breve análise da espécie de sanção penal denominada medida de segurança, a qual se consubstancia na resposta atribuída pelo Estado ao agente não imputável infrator da norma incriminadora, como, também, ao agente semi-imputável que necessitar de tratamento psiquiátrico, conforme estabelece o artigo 98 do Código Penal, de finalidade essencialmente preventiva, cujo exame recai sobre o grau de periculosidade (ou perigosidade)⁷¹ do autor do delito e não sobre a gravidade do fato cometido. Consoante se depreende do artigo 96 do já referido diploma legal⁷², a sanção ora analisada se divide em duas espécies, a detentiva – internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico – e a restritiva – tratamento ambulatorial.

Importante registrar que, durante a vigência do Código Penal de 1940 até a reforma penal proporcionada pela Lei n. 7.209 de 1984, prevalecia o sistema denominado duplo binário (ou duplo trilho), o qual permitia a cumulação sequencial do cumprimento da pena privativa de liberdade com a medida de segurança, ou seja, o agente considerado perigoso pela prática de um crime deveria suportar duas consequências distintas pelo mesmo fato perpetrado, constituindo evidente ofensa ao princípio do *ne bis in idem*⁷³.

No entanto, a partir da reforma penal de 1984, o sistema do duplo binário foi substituído pelo vicariante, o qual, desde então, como regra, impõe a aplicação de medida de

43 do Superior Tribunal de Justiça: “incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”.

⁷⁰ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

⁷¹ Nos termos construídos por Bitencourt (2004, p. 739), a “periculosidade pode ser definida como um *estado subjetivo mais ou menos duradouro de anti-sociabilidade*. É um *juízo de probabilidade* – tendo por base a conduta anti-social e anomalia psíquica do agente – de que este voltará a delinquir.”

⁷² Art. 96. As medidas de segurança são: I – Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II – sujeição a tratamento ambulatorial.

⁷³ “Na prática, a medida de segurança não se diferenciava em nada da pena privativa de liberdade. A hipocrisia era tão grande que, quando o sentenciado concluía a pena, continuava, no mesmo local, cumprindo a medida de segurança, nas mesmas condições em que acabara de cumprir a pena. Era a maior violência que o cidadão sofria em seu direito de liberdade, pois, primeiro, cumpria uma pena certa e determinada, depois, cumpria outra ‘pena’, esta indeterminada, que *ironicamente* denominavam medida de segurança” (BITENCOURT, 2004, pp. 737-738).

segurança, comumente, ao agente inimputável que houver praticado uma conduta típica, ilícita, porém, não culpável, e ao agente semi-imputável que necessitar de tratamento psiquiátrico, não havendo mais a possibilidade da aplicação cumulativa dessas medidas ao imputáveis. Não há dúvidas de que agiu bem o legislador ao introduzir e manter o sistema vicariante, pois, conforme ensina Greco (2013, p. 672), “[...] as medidas de segurança têm uma finalidade diversa da pena [...]”, destinando-se “[...] à cura ou, pelo menos, ao tratamento daquele que praticou um fato típico e ilícito”.

Por conseguinte, na hipótese do agente criminoso ter sido reconhecidamente declarado inimputável, caberá ao juiz sentenciante absolvê-lo, na medida em que o *caput* do artigo 26 do Código Penal diz ser “[...] isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Assim, embora o agente inimputável deva ser absolvido por ausência de culpabilidade, aplica-se a ele a sanção penal da medida de segurança, figurando, neste caso, a denominada sentença absolutória imprópria.

Na sequência, da leitura do *caput* do artigo 97 do Código Penal⁷⁴ percebe-se que, como regra, deverá o juiz determinar a internação do inimputável, podendo, no entanto, em caso de crime punido com detenção, submetê-lo a tratamento ambulatorial. Todavia, esse dispositivo vem sendo mitigado pela doutrina moderna e pela jurisprudência, pois, na prática, depois de proceder à análise do laudo de exame de sanidade mental, caberá ao magistrado optar pelo tratamento que mais se adapte ao caso concreto⁷⁵ (GRECO, 2013, p. 674).

O mesmo não se pode dizer em relação aos semi-imputáveis que necessitem de tratamento psiquiátrico, os quais devem ser condenados. Assim, os reconhecidamente declarados semi-imputáveis, conforme se infere do artigo 98 do Código Penal, estes poderão responder pela infração penal perpetrada com pena privativa de liberdade atenuada pela

⁷⁴ Art. 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

⁷⁵ Nesse sentido é o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos da ação de *Habeas Corpus* n. 113.016/MS, proferido em 18 de novembro de 2008 pela sua 6.^a Turma, cuja relatora foi a Ministra Jane Silva, consoante parcial ementa ora esposada: “A medida de segurança deve atender a dois interesses: a segurança social e principalmente ao interesse da obtenção da cura daquele a quem é imposta, ou a possibilidade de um tratamento que minimize os efeitos da doença mental, não implicando necessariamente em internação. Não se tratando de delito grave, mas necessitando o paciente de tratamento que o possibilite viver socialmente, sem oferecer risco para a sociedade e a si próprio, a melhor medida de segurança é o tratamento ambulatorial, em meio livre.” Destaca-se, também, a redação do artigo 17 da Resolução n. 113 do Conselho Nacional de Justiça: “o juiz competente para a execução da medida de segurança, sempre que possível buscará implementar políticas antimanicômias, conforme sistemática da Lei n. 10.216, de 06 de abril de 2001”.

disposição do parágrafo único do artigo 26 do referido diploma⁷⁶ ou com medida de segurança⁷⁷ – para recordar da adoção do sistema vicariante (ou unitário), que impossibilita, como mencionado, a aplicação sucessiva de ambas as sanções penais. Ou seja, ao verificar a desnecessidade de aplicação de tratamento psiquiátrico ao agente, mediante análise do laudo de exame de sanidade mental, o juiz sentenciante deverá fixar, desde logo, pena privativa de liberdade combinada com a causa geral de redução de pena prevista no parágrafo único do citado artigo, sem que isso configure hipótese de substituição de pena. Portanto, à vista do laudo de sanidade mental com a indicação médica acerca da referida necessidade, o semi-imputável terá a pena substituída por medida de segurança, entre as espécies cominadas no artigo 96 do Código Penal.

Com relação à duração da medida de segurança⁷⁸, o parágrafo primeiro do artigo 97 do Código Penal estabelece a indeterminação temporal dessa sanção penal, ou seja, ela perdurará enquanto não cessar a periculosidade do agente⁷⁹, constatada por perícia médica, a ser realizada no prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos e repetida, em regra, de ano em ano, ou a qualquer tempo por ordem do juiz da execução, consoante dispõe o parágrafo subsequente. Contudo, segundo as lições de Zaffaroni e Pierangeli (2012, p. 858), “não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal. Se a lei não estabelece o limite máximo, é o intérprete quem tem a obrigação de fazê-lo”⁸⁰.

⁷⁶ Art. 26, parágrafo único – A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

⁷⁷ Art. 98. Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela de internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1^a a 4^a.

⁷⁸ Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento no sentido de que “o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado” (Súmula 527).

⁷⁹ Ademais, conforme disposição dos parágrafos terceiro e quarto do artigo 97 do Código Penal, após a cessação da periculosidade, averiguada por perícia médica, “a desinternação, ou a liberação, será sempre condicional, devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade”, não necessariamente crime; “em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos”.

⁸⁰ Para o Supremo Tribunal Federal, consoante ação de *Habeas Corpus* n. 84219, julgada em 16 de agosto de 2005 pela sua 1.^a Turma, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio, a indeterminação da duração da medida de segurança afronta a Constituição Federal, na medida em que se tornaria uma espécie de prisão perpétua – devendo, portanto, ficar limitada ao prazo máximo de 30 (trinta) anos, por interpretação do artigo 75 do Código Penal. Em contrapartida, segundo conclusões de Bitencourt (2004, p. 743), o prazo de duração da medida de segurança aplicada não poderia ultrapassar o limite máximo de pena abstratamente cominada no preceito secundário do tipo penal incriminador, “[...] adequando-se à proibição constitucional do uso da prisão perpétua”.

Urge discorrer, ainda, acerca dos efeitos secundários da condenação⁸¹, que se subdividem em automáticos (genéricos) e não automáticos (específicos) – ressalta-se que o efeito principal de uma sentença condenatória é a execução forçada da pena imposta ao agente criminoso. Dispostos no artigo 91 do Código Penal⁸², os efeitos secundários extrapenais não necessitam de especificação ou declaração expressa na sentença condenatória, pois, como o próprio nome sugere, são consequências automáticas oriundas da condenação do autor do delito. Em contrapartida, tratando-se de efeitos secundários não automáticos, relacionados no artigo 92 do Código Penal⁸³, imprescindível a declaração expressa e motivada no decorrer da sentença condenatória, conforme determina o parágrafo único do referido dispositivo.

Por fim, no que se refere às medidas penais consensuais, isto é, à suspensão condicional do processo⁸⁴ e à transação penal⁸⁵ – ambas tratadas na Lei n. 9.099/1995 (Lei

⁸¹ Como o próprio nome sugere – efeitos secundários da *condenação* –, declarada a inimizabilidade do agente por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (*caput* do artigo 26 do Código Penal), constituindo hipótese de absolvição imprópria e de consequente aplicação de medida de segurança, não há falar em aplicação dos referidos efeitos secundários, na medida em que, por não ser culpável, o juiz não condena o agente. Todavia, em se tratando de semi-imputáveis, por poderem ser condenados à pena privativa de liberdade, estarão sujeitos aos efeitos secundários, ainda que lhes seja imposta medida de segurança. Já no que se refere ao agente beneficiado com a suspensão condicional do processo ou com a transação penal (medidas penais consensuais), considerando que não há condenação do réu, a ele também não serão aplicados os efeitos secundários da condenação.

⁸² Art. 91. São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

⁸³ Art. 92. São também efeitos da condenação: I – a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. II – a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; III – a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. Parágrafo único – Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

⁸⁴ Trata-se de instituto que tem por escopo evitar a aplicação de pena privativa de liberdade nos delitos em que a pena mínima cominada no preceito secundário do tipo penal incriminador for igual ou inferior a 1 (um) ano. Seus demais requisitos e condições constam no artigo 89 da Lei n. 9.099/1995: “nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1. Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – proibição de frequentar determinados lugares; III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2. O juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas aos fatos e à situação pessoal do acusado. [...]”. Como se percebe, ainda que não haja disposição expressa no citado artigo, por fazer referência aos requisitos da suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal), certamente deverá o magistrado proceder à análise das circunstâncias judiciais (dispostas no seu inciso II), a fim de conceder ou não o benefício ora esposto.

dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) –, observa-se certa singularidade quando comparadas às demais espécies de sanções penais, pois, cumpridos os requisitos necessários à concessão das benesses, ao invés de exarar uma sentença condenatória ou absolutória, o magistrado suspende os atos processuais subsequentes ao recebimento da denúncia ofertada pelo Ministério Público ou anterior a ela, respectivamente, através de sentença homologatória, depois de aceitas pelo acusado ou indiciado as condições a serem cumpridas por certo período de tempo⁸⁶.

Conquanto o presente item tenha sido abordado de forma resumida, haja vista que discorrer acerca da aplicação das sanções penais gera inúmeros caminhos a seguir, o que se buscou foi estabelecer as principais diretrizes inerentes à fixação das sanções penais, para, na sequência, ser aprofundada a abordagem acerca das diversas funções das circunstâncias judiciais no decorrer dessa aplicação, destacando-se que, a primeira delas, consiste na determinação do aumento na primeira fase da dosimetria da pena, o que será objeto do item seguinte.

3.3 A FUNÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS COMO “DETERMINANTES” DO AUMENTO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA

Estabelece o artigo 59, *caput*, do Código Penal que o juiz estabelecerá as penas e as quantidades aplicáveis conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, atendendo, para tanto, à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima.

Por conseguinte, através das denominadas circunstâncias judiciais – que, como vimos, também, podem estar previstas na legislação extravagante –, o magistrado, respeitando o critério trifásico contemplado no artigo 68 do referido diploma, determinará a quantificação da pena-base, que consiste no ponto de partida da operação de fixação da pena sobre a qual se

⁸⁵ A transação penal encontra previsão no artigo 76 da Lei n. 9.099/1995. Destaque para os requisitos do parágrafo segundo, o qual dispõe, em seu inciso III, que a proposta não será admitida se restar comprovado que os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias não indicam que a medida será necessária e suficiente à reprovação da infração.

⁸⁶ O Superior Tribunal Federal, recentemente, exarou a controversa súmula vinculante n. 35, a qual estabelece que: “a homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.”

assentarão ulteriores acréscimos ou diminuições. Nisso se resume a primeira função concedida às circunstâncias judiciais pelo legislador, isto é, desempenham elas papel determinante no aumento da primeira fase da dosimetria da pena e, conseqüentemente, na sua individualização.

Apesar das controvérsias já mencionadas no primeiro capítulo do presente trabalho relativas ao uso das circunstâncias subjetivas (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos), a quantificação da pena-base a partir dos elementos inscritos no artigo 59 do Código Penal atua como importante garantia da individualização da pena, na medida em que enseja “[...] a consideração do *fato concretamente praticado* por indivíduo *único* [...]”, propiciando, assim, “[...] a conciliação de dois extremos: a igualdade sobre a qual está assentado o direito penal moderno e a *diferença*, que está presente na natureza, nas sociedades humanas e em todas as pessoas” (BOSCHI, 2011, p. 155).

Nesse diapasão, consoante se extrai da parcial ementa do acórdão proferido no Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1198354/ES, proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado no dia 28 de outubro de 2014, cujo relator foi o Ministro Jorge Mussi, “a ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribui pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada” de competência do magistrado.

Com efeito, “é evidente que a tarefa individualizadora do juiz não se exaure numa referência genérica ao dispositivo penal em apreço. Exige-se dele algo mais. Cada circunstância, que entendeu relevante na dosimetria da pena, deve ser objeto de sua consideração” (FRANCO *et al*, 2007, pp. 381-382), em respeito ao inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal e, precipuamente, ao indivíduo recebedor da pena concretamente aplicada. Em outras palavras, “[...] ao (pré)determinar parâmetros para a aplicação da pena, o Código Penal intenta reduzir ao máximo o arbítrio, muito embora seja ainda elevada a discricionariedade na fixação da sanção penal em decorrência dos elementos abertos previstos no art. 59 do CP” (BUENO DE CARVALHO *et al*, 2001, p. 35)⁸⁷.

Destarte, a primeira função circunscrita às circunstâncias judiciais é sobejamente relevante, não só porquanto sobre a pena-base poderão recair, em cascata, as circunstâncias

⁸⁷ Convém registrar que a quantidade de aumento ou de diminuição que deverá incidir em relação a cada circunstância judicial, partindo-se da pena mínima cominada no preceito secundário do tipo penal incriminador simples ou qualificado, segundo a jurisprudência majoritária, é de 1/6 (um sexto) para cada circunstância presente. De todo modo, urge salientar que o magistrado sentenciante está adstrito aos limites mínimo e máximo abstratamente previstos no preceito secundário da infração penal, tanto na primeira quanto na segunda fases da dosimetria.

agravantes ou atenuantes e, na ausência destas, as majorantes ou minorantes, mas, sobretudo, por ser a etapa mais significativa e frágil da dosimetria da pena – na qual o magistrado deve se debruçar com a máxima seriedade, a fim de evitar qualquer possibilidade de macular as garantias constitucionais penais do sentenciado ao identificar a presença dos elementos inscritos no artigo 59 do Código Penal –, bem como em face dos posteriores usos que serão atribuídos às circunstâncias judiciais nas demais etapas de fixação das sanções penais.

3.4 OUTRAS FUNÇÕES DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NA APLICAÇÃO DA PENA

3.4.1 A função das circunstâncias judiciais como “critério” de aferição das penas na terceira fase dosimétrica

Ao inverter a carga axiológica positiva inerente às circunstâncias judiciais durante a prolação da sentença condenatória, além de serem utilizadas pelo magistrado na primeira etapa dosimétrica para a fixação da pena-base, servirão elas como *critério*, isto é, como entes necessários à apreciação, distinção ou determinação das penas nas fases subsequentes da aplicação das sanções penais, destacando-se as causas de aumento ou de diminuição de pena de quantidade variável e a hipótese da continuidade delitiva específica.

3.4.1.1 Na dosagem das causas de aumento ou de diminuição de pena de quantidade variável

Consoante alhures mencionado, para a definição da pena provisória, o magistrado utiliza, como ponto de referência, a pena-base e, para a determinação da pena definitiva, cabe ao juiz levar em consideração a pena-provisória. Caso constatada a inexistência de agravantes ou atenuantes, as majorantes e minorantes incidirão sobre a própria pena-base.

Nessa linha de raciocínio, constatada a presença de uma causa de aumento ou de diminuição de pena, em sendo ela cominada em quantidade fixa, não são observadas grandes dificuldades para a fixação da pena definitiva, haja vista que será exigida do magistrado a realização de procedimento meramente matemático e mecânico – como ocorre na hipótese

inscrita no artigo 168, parágrafo 1.º, inciso I, do Código Penal, caso em que a pena será aumentada de um terço por ter o agente criminoso recebido a coisa em depósito necessário⁸⁸.

Todavia, essa espécie fixa de causa de aumento e de diminuição de pena em quantidade fixa é exceção no sistema penal brasileiro, prevalecendo, por conseguinte, as majorantes e minorantes cominadas em quantidade variável, isto é, em que ao magistrado é dada a discricionariedade vinculada, frise-se, vinculada às provas amealhadas no caderno processual, de utilizar certa fração numérica de causa de aumento ou de diminuição de pena que se encontra inserta entre dois extremos. Para melhor entendimento, o parágrafo 6.º do artigo 121 do Código Penal determina que “a pena é aumentada de *1/3 (um terço)* até a *metade* se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio” – ou seja, diversamente das causas de aumento ou de diminuição de pena de quantidade fixa, as de quantidade variável, como o próprio nome sugere, não são exatas, exigindo do magistrado a utilização de certos parâmetros para a sua fixação.

Exatamente nesse aspecto reside a problemática inerente às espécies de majorantes e minorantes de quantidade variável, pois, de modo controverso, a lei não determina expressamente qual(is) o(s) critério(s) que o juiz deverá levar em consideração para aferir, dentro do parâmetro cominado para certo crime, a quantidade fracionária correta a ser aplicada. Na realidade, não só é constatada a omissão do legislador, mas, também, a questão ora em apreço é tratada pela doutrina e pelos tribunais de modo inversamente proporcional à sua importância, de forma que, infelizmente, diante da ausência de um parâmetro minimamente compartilhado e, portanto, ante a ilimitada discricionariedade judicial, o que se verifica é a derrocada do devido processo legal substancial.

Objetivando contornar a dificuldade ora esposada, Boschi (2011, p. 267) afirma que:

Os tribunais recomendam como *razões para as mensurações*, por exemplo, no tráfico internacional de drogas ‘o grau de intensidade da transnacionalidade do delito, considerada a origem da droga, o percurso traçado e o seu destino’, no roubo, ‘o número de majorantes’, por se tratar de critério ‘objetivo’, rejeitado em outro julgado, sob o fundamento de que é ‘caso a caso’ que deve ser mensurada a majorante e à luz das ‘peculiaridades’ que justifiquem maior exacerbação, o número de coautores ou participantes no crime ou a sofisticação do armamento empregado no roubo, o ínfimo valor da coisa furtada, etc.

⁸⁸ Nesse sentido, também se destacam as hipóteses previstas no artigo 155, parágrafo 1.º, no artigo 135, parágrafo único, no artigo 317, parágrafo 1.º, no artigo 333, parágrafo único, dentre outros, todos do Código Penal.

Certamente, o que se constata é legitimação do casuísmo, pois, afora as diretivas traçadas para a causa geral de diminuição de pena da tentativa⁸⁹, para o concurso formal⁹⁰ e para o crime continuado, diante da ausência de parâmetros mínimos para o estabelecimento da fração da majorante ou da minorante que se constata presente em determinado caso, os magistrados, corroborados pelos tribunais, passam a acreditar que essa etapa integra o seu livre convencimento, pautado na ideia do poder discricionário.

Porém, “sucede que o *poder discricionário é limitado* – e os limites mais a fundamentação apropriada é que permitem distinguir o ato judicial discricionário do ato judicial arbitrário ou da mera retórica” (BOSCHI, 2011, p. 268). Dessa forma, não apenas durante a fixação da pena-base, mas, também, no decorrer das demais etapas da aplicação da pena, é de bom tom que o magistrado sentenciante tenha em mente os preceitos estabelecidos pelo artigo 59 do Código Penal, ou seja, em todos momentos deve ele buscar a pena proporcional, aquela pautada na suficiência e necessidade aos fins da reprovação e da prevenção.

Exatamente nesse momento, a fim de que eventual causa de aumento ou de diminuição de pena de quantidade variável seja aplicada de forma não arbitrária, é que exsurtem, novamente, as circunstâncias judiciais do artigo 59 do referido diploma, as quais, ao invés de trabalharem como *determinantes* do aumento de pena na primeira fase dosimétrica, estarão elas munidas da roupagem necessária para a apreciação e quantificação da pena definitiva, na

⁸⁹ Com relação às hipóteses de crime tentado, consoante artigo 14, parágrafo único, do Código Penal – que prevê a diminuição de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da pena que seria aplicada ao delito consumado quando, iniciada a execução, a infração não se concretizar por circunstâncias alheias à vontade do agente – o critério amplamente utilizado é o *iter criminis*, ou seja, “essa *redução* deve ter em vista o caminho já percorrido pelo agente na prática delituosa. Assim, se o seu desenvolvimento foi impedido no início, a diminuição será maior; ao contrário, se já percorreu maior espaço, o abatimento será menor” (DELMANTO *et al*, 2010, p. 139).

⁹⁰ A majorante do concurso formal próprio de crimes varia de 1/6 (um sexto) até a metade, consoante artigo 70 do Código Penal, tendo a doutrina e a jurisprudência estabelecido duas diretrizes para a sua quantificação, quais sejam, o número de vítimas ou número de crimes contra a mesma vítima ou vítima diferentes. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consoante se pode depreender da parcial ementa da ação de *Habeas Corpus* n. 244718/ES, oriunda da sua colenda Sexta Turma, publicada no dia 14 de abril de 2014, cuja relatora foi a Ministra Maria Thereza de Assis Moura: PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 155, CAPUT, E ART. 155 C.C. ART. 14, II, NA FORMA DO ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. (2) CONCURSO FORMAL. ACRÉSCIMO. NÚMERO DE CRIMES. CRITÉRIO OBJETIVO NÃO OBSERVADO. (3) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO. [...] 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o aumento decorrente do concurso formal deve se dar de acordo com o número de infrações, critério não observado pelas instâncias de origem. Na espécie, a pena foi exasperada em 1/3 (um terço) pelo concurso formal, todavia, o acréscimo correspondente ao número de duas infrações é a fração de 1/6 (um sexto). [...] (HC 244.718/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 14/04/2014).

medida em que influirão, como *critérios de aferição*, na escolha entre os extremos fracionários previstos pelas majorantes ou minorantes.

Destarte, ao proceder da forma ora esposada, a quantificação do aumento ou do desconto entre um mínimo e um máximo, o que caberá ao magistrado fazer, não será oriunda de mero capricho pessoal, haja vista que deverá ele verificar as tendências estabelecidas pelas circunstâncias judiciais já analisadas, isto é, quando benéficas ao agente – portanto, a pena-base encontrar-se-á no mínimo –, valoriza-se mais eventual causa de diminuição e menos na hipótese de ser uma causa de aumento de pena.

Ao que tudo indica, ainda sem analisar especificamente a utilização das circunstâncias judiciais específicas previstas na Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) e na Lei n. 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais) – haja vista que serão objetos de itens específicos –, o Superior Tribunal de Justiça já refletiu a sugestão posta no presente trabalho, consoante se pode depreender da ementa do Recurso Especial n. 77.554/PR, julgado pela Sexta Turma, publicado no dia 1.º de abril de 1996, cujo relator foi o Ministro Vicente Leal:

PENAL. SENTENÇA CONDENATORIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MINIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. ADOÇÃO DO PERCENTUAL MAXIMO. IMPOSSIBILIDADE. TRAFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO. LEI N. 6.368/74, ARTS. 12 E 18, III).
 - SE O JUIZ, NO PROCESSO DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, **CONSIDERADAS AS CIRCUNSTANCIAS LEGAIS, INSCRITAS NO ART. 59, DO CODIGO PENAL, FIXAR A PENA-BASE NO MINIMO LEGAL, NÃO PODERA ADOTAR O PERCENTUAL MAXIMO NA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA.**
 - NA HIPOTESE DE CONDENAÇÃO POR TRAFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 6.368/76, ART. 12), SE A PENA-BASE FOI FIXADA NO MINIMO LEGAL - 3 ANOS -, EM FACE DAS CIRCUNSTANCIAS LEGAIS QUE REVELARAM FAVORAVEIS AO REU, E INDEVIDA, PORQUE INCOERENTE, A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA RELATIVA A ASSOCIAÇÃO (ART. 18, III) EM PERCENTUAL MAXIMO IMPONDO-SE A ADOÇÃO DO MESMO CRITERIO.
 - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.
 (REsp 77.554/PR, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9951) [grifei]

Por conseguinte, embora seja muito claro que a questão ora posta sob análise ainda necessite de intenso aprofundamento pela doutrina e pela jurisprudência, nos termos cunhados por Boschi (2011, p. 269), “[...] estamos ainda mais convencidos hoje de que o grau de reprovação inicial indicado pela culpabilidade – na fase da mensuração da pena-base – é o único que preserva, harmônica e coerentemente, em todas as fases, a relação de proporcionalidade entre pena e culpabilidade.”

No próximo e derradeiro capítulo, proceder-se-á à busca da fundamentação capaz de justificar a utilização das circunstâncias judiciais como critério de aferição para a dosagem

das causas de aumento ou de diminuição de pena de quantidade variável, afastando-se a objeção de que a reinvocação de elementos diversos do artigo 59 do Código Penal implicaria em ofensa à regra do *ne bis in idem*.

3.4.2 A função das circunstâncias judiciais como requisito nas demais etapas da aplicação da pena

As circunstâncias judiciais exercem, ainda, a função de requisito nas demais etapas da aplicação da pena, como é o caso da escolha da pena, da fixação do regime inicial, da substituição da pena privativa de liberdade por outras modalidade punitivas, da suspensão condicional da pena, da incidência ou não da continuidade delitiva específica, além de influir, também, na aplicação das medidas penais consensuais.

3.4.2.1 Na escolha da pena

Conforme explicitado no início do presente capítulo, no processo de fixação da pena, com base nos elementos inscritos no artigo 59 do Código Penal e na busca da sanção que melhor atenda aos preceitos da prevenção e da retribuição, caberá ao magistrado sentenciante, quando estabelecidas pelo legislador penas de diversas espécies, proceder à escolha dentre as penas alternativamente cominadas no preceito secundário do tipo penal incriminador.

Nesse diapasão, consoante ensinam Franco *et al* (2007, p. 347), “[...] a primeira das providências a ser adotada pelo juiz é inquestionavelmente a da escolha da pena aplicável”, caso esta tenha sido cominada de forma alternativa pelo legislador. Ou seja, inicialmente, procede-se à opção qualitativa, baseada nas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, para, apenas em momento posterior, com fundamento no artigo 68 do aludido diploma legal, poder objetivamente declarar as quantidades de pena-base, provisória e definitiva.

Certamente, “essa opção preliminar, como é fácil deduzir, não pode, então, ser produto do acaso, não deve refletir os humores do juiz nem deve ficar condicionada às circunstâncias específicas de determinado momento” (BOSCHI, 2011, p. 153), por respeito ao inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal. Assim, nos casos em que haja cominação alternativa de penas – prisão *ou* multa, prisão *ou* restrição de direitos, restrição de direitos *ou* multa –, é que terá aplicação o inciso I do artigo 59 do Código Penal, isto é, “[...] quando coexistem duas ou

mais modalidades distintas de penas deve o julgador eleger, motivadamente, uma delas” (CARVALHO, 2013, p. 314).

Portanto, conforme se constata das explicações ora registradas, antes mesmo de determinar a quantificação da pena-base durante a primeira fase dosimétrica, o juiz, ao promover a escolha da pena dentre as alternativamente cominadas, já realiza a valoração das circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e consequências do crime, bem como do comportamento da vítima – dando a elas caráter de requisito, que se materializa na fundamentação da sentença.

A título de exemplificação, na hipótese do crime de furto privilegiado, inserto no parágrafo 2.º do artigo 155 do Código Penal⁹¹, poderá o juiz sentenciante “[...] substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa”, caso o agente criminoso seja primário e de pequeno valor a coisa furtada. Todavia, ainda que o legislador tenha previsto hipótese de faculdade (poderá), esta “[...] não pode ser interpretada como discricionariedade judicial” (CARVALHO, 2013, pp. 314-315), pois, na medida em que a escolha deverá ser motivada – atentando-se para os elementos inscritos no artigo 59 do Código Penal –, deve-se “[...] priorizar, em princípio, a aplicação das penas não privativas de liberdade, reservadas estas, como *ultima ratio*, para as situações de estrita necessidade” (FRANCO *et al*, 2007, p. 348).

3.4.2.2 Na fixação do regime inicial

Ao proceder à análise de qualquer caso concreto e restar comprovado, de forma indubitável, que se trata de hipótese de condenação, após determinar a pena definitiva e verificar a impossibilidade de substituição desta, exclusivamente, por pena de multa, caberá ao juiz sentenciante fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, o qual, consoante anteriormente registrado, será estabelecido com base na espécie de pena, na quantidade da pena definitiva, na residência, nas condições especiais do condenado (inciso XLVIII do artigo 5.º da Constituição Federal) e nas circunstâncias judiciais (CUNHA, 2013, p. 424).

⁹¹ Outros exemplos podem ser citados: artigos 140, 150, 151, 153, 164, 169, 170, 193, 194, 205, 208, 209, 233, 234, 320, 321, 324, 325, 341, 358, 359, todos do Código Penal.

No presente tópico, considerando-se que as regras atinentes à fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda já foram devidamente explanadas, urge discorrer acerca da primordial escolha legislativa que permite ao juiz utilizar as circunstâncias judiciais para finalizar a etapa em análise. Nesse viés, dispõe o inciso III do artigo 59 do Código Penal que o magistrado, “[...] atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá” o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Reforçando a sobredita disposição, segundo o parágrafo 3º do artigo 33 do Código Penal, “a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”. Assim, ao passo em que exercem papel de requisito e de critério orientador da aplicação da pena, conforme ensina Cunha (2013, p. 427), “nada impede que o magistrado fixe a pena-base no mínimo legal e, no momento da determinação do regime de cumprimento da pena, entenda ser cabível regime mais grave do que a pena aplicada sugeriria, à luz das alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do Código Penal”.

De fato, a consideração do referido autor é precisa, pois, além dessa possibilidade advir da pura expressão do legislador, que inseriu diversas hipóteses de aplicação das circunstâncias judiciais, deve-se atentar que os elementos inscritos no artigo 59 do Código Penal, como entes norteadores do delito que são – no sentido etimológico da palavra *circunstância* –, favorecem, quando bem fundamentados na sentença, a distinção entre indivíduos praticantes do mesmo crime⁹².

Em outras palavras, constatada a presença de alguma circunstância judicial negativa, esta, na medida em que orbita a conduta do agente, é capaz de tornar mais gravosa a reprovação que paira sobre o fato delituoso, especialmente quando, em outro caso, se observa a completa ausência de peculiaridades ou dados capazes de convergirem em um dos elementos do artigo 59 do Código Penal. Por outro lado, salienta Nucci (2013, pp. 260-261) que o juiz “[...] não está *necessariamente* obrigado a ponderar em igualdade de condições o art. 59 para efeito do *quantum* da pena e para a determinação do regime inicial”, devendo ser “[...] apenas coerente na eleição [...]” desta etapa.

⁹² Extrai-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consoante parcial ementa do acórdão proferido nos autos de *Habeas Corpus* n. 303757, apreciado pela sua Colenda 5ª Turma em 1º de dezembro de 2014, que “[...]Conquanto ao réu, condenado pela prática do crime de furto (CP, art. 155), tenha sido aplicada pena inferior a 04 (quatro) anos de reclusão, o fato de haver circunstâncias judiciais desfavoráveis e de ser reincidente não lhe confere o direito de cumpri-la, desde logo, em regime aberto.” (HC 303.757/SP, Rel. Ministro Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Quinta Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 01/12/2014).

Certamente, na medida em que ponderar significa analisar, apreciar, avaliar ou considerar, para a determinação da pena definitiva e posterior fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, não poderia o magistrado, ainda que fizesse uso de idênticas circunstâncias judiciais, ponderá-las da mesma maneira, pois as funções que elas exercem em ambas as etapas são diversas: na primeira, operam como determinantes do aumento na primeira fase da dosimetria da pena, enquanto que, na segunda, exsurge seu caráter de requisito – operando de forma díspar, porém, complementar.

3.4.2.3 Na substituição da pena privativa de liberdade por outras modalidades punitivas

Como mencionado no decorrer do início do presente capítulo, “a natureza da pena alternativa é de sanção penal autônoma e substitutiva”, tendo por finalidade inibir ou afastar o encarceramento de determinados condenados, “[...] autores de infrações penais consideradas mais leves, promovendo-lhes a reeducação por meio de restrições a certos direitos” (NUCCI, 2013, p. 271). Destarte, levando-se em consideração o caráter precípua das penas alternativas à privação da liberdade, de evitar a plena restrição da liberdade individual, não há erro ou justificativa que acalente a possibilidade de não utilização das circunstâncias judiciais como requisito, pois, além dessa hipótese estar expressamente determinada pelo legislador no inciso IV do artigo 59 do Código Penal, é de tom coerente que assim proceda o juiz sentenciante.

Certamente, a referida apreciação demanda profunda análise do conjunto probatório colocado à frente do magistrado, pois, ainda que o julgador seja detentor de larga discricionariedade no que diz respeito à aplicação da pena, esta não é livre quando chegado o momento de avaliação das circunstâncias judiciais, ou seja, eventual inversão da carga axiológica positiva inicial inerente aos elementos inscritos no artigo 59 do Código Penal demanda fundamentação capaz de justificar a sua posterior negatividade. Isso porque, como se pode constatar a partir da construção do presente trabalho, as circunstâncias judiciais exercem papéis preponderantes nas diversas etapas da aplicação da pena a ser aplicada, podendo agravar em muito a situação de determinado réu.

Ademais, no que concerne às penas restritivas de direitos, novamente o legislador deixou claro que a substituição da pena privativa de liberdade por outras espécies punitivas, ainda que seja compreendida como direito público subjetivo do condenado, somente poderá ocorrer quando, entre os requisitos já explicitados, “a culpabilidade, os antecedentes, a

conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”, nos moldes inscritos no inciso III do artigo 44 e do inciso IV do artigo 59, ambos do Código Penal⁹³.

3.4.2.4 Na concessão da suspensão condicional da pena

Por derradeiro, convém ressaltar o caráter de requisito das circunstâncias judiciais quando utilizadas para fundamentar a decisão judicial que concederá, ou não, a suspensão condicional da pena, instituto este oriundo da política criminal que suspende, por um certo período de tempo – de prova –, a execução da pena privativa de liberdade aplicada, desde que certas condições, objetivas e subjetivas, sejam devidamente cumpridas, consoante explicitado ao final do item 3.2 (A aplicação das sanções penais) do presente trabalho.

Em verdade, consoante ensina Boschi (2011, p. 329), a natureza do *sursis* é voltada à “[...] preservação do regime de liberdade de que desfrutava o infrator antes da condenação que, nesse contexto, previne os malefícios do cárcere.” Porém, a fim de que a benesse ora em apreço seja concedida ao condenado, faz-se mister o preenchimento de certos requisitos, dentre os quais, constantes nos artigos 77 a 82 do Código Penal e nos artigos 156 a 163 da Lei de Execução Penal, entre os quais destaca-se um de cunho subjetivo, consistente na valoração positiva ou não negativa das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 daquele diploma legal.

Nessa linha de raciocínio, observa-se que, por pura determinação e escolha legislativa, o conjunto das operadoras listadas no sobredito dispositivo – inicialmente utilizado pelo magistrado sentenciante para proceder à escolha das penas aplicáveis dentre as alternativamente cominadas; como determinante do aumento na primeira fase dosimétrica; para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; e, caso seja

⁹³ Demonstrando o caráter de requisito dado às circunstâncias judiciais, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consoante parcial ementa extraída dos autos da ação de *Habeas Corpus* n. 252.739/SP, julgado, em 20 de fevereiro de 2014, pela sua Quinta Turma, cuja relatora foi a Ministra Laurita Vaz, que: “[...] O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República. [...] Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se, no caso em apreço, a impossibilidade de adotar tal medida, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.” (HC 252.739/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014).

cabível, para a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena – “[...] atuará como importante fator de preservação da unidade e da coerência da sentença [...]” (BOSCHI, 2011, p. 332), pois, além das citadas hipóteses, as circunstâncias judiciais serão utilizadas como requisito para eventual concessão da suspensão condicional da pena.

Convém ressaltar, no entanto, conforme entendimento preconizado pelo Superior Tribunal Federal nos autos da ação de *Habeas Corpus* n. 99.803, julgada em 22 de junho de 2010, pela sua Segunda Turma, cuja relatora foi a Ministra Ellen Gracie, que “[...] o *sursis* penal reveste-se de caráter subsidiário, em virtude do que dispõe o art. 77, inciso III, do Código Penal, já que tal benefício somente incidirá se e quando incabível a substituição da pena privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos”. Ou seja, “a suspensão condicional da execução da pena só é cabível “[...] nas hipóteses em que não forem indicadas as substituições previstas do art. 44 (pena restritiva de direito) e art. 60, § 2º (multa), do Código Penal” (CARVALHO, 2013, p. 485).

Destarte, após o advento da Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998, que realizou diversas alterações no corpo do Código Penal, destacando-se a possibilidade de conversão da restrição de direitos às penas aplicadas até 4 (quatro) anos, o instituto da suspensão condicional da pena, considerando-se o aumento de hipóteses capazes de gerar a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, restou com o seu alcance reduzido, sendo aplicável aos casos em que o crime for praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, em relação ao qual será incabível a substituição por penas de multa ou restritiva de direitos, ressalvada a hipótese de quando a pena for igual ou inferior a 6 (seis) meses, em que será cabível a substituição por multa. Apesar disso, isto é, desse caráter residual observado quanto à aplicabilidade do *sursis*, assim como ocorre na substituição da pena privativa de liberdade por outras modalidades punitivas, faz-se necessário proceder à verificação dos elementos inscritos no artigo 59 do Código Penal a título de requisito da concessão, ou não, de ambos os referidos substitutivos penais.

3.4.2.5 Na incidência ou não da continuidade delitiva específica

Segundo consta no artigo 71, *caput*, do Código Penal,

quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Ao assim dispor, de plano pode-se constatar a presença de alguns requisitos necessários à configuração da denominada continuidade delitiva, a qual, oriunda de digressões da política criminal, configura-se como uma ficção jurídica, ocorrendo quando o sujeito, mediante pluralidade de infrações e de resultados, pratica uma série de crimes da mesma espécie que guardam entre si um elo de continuidade, como se os fatos subsequentes fossem meros desdobramentos do primeiro (CUNHA, 2013, p. 477; BOSCHI, 2011, p. 260).

Por conseguinte, o requisito inicial, consoante se pode depreender do teor do artigo transcrito, exige que os delitos praticados sejam da *mesma espécie*, isto é, que se encontrem definidos no mesmo dispositivo legal ou, conforme entendimento jurisprudencial⁹⁴ mais recente (minoritário), que as condutas criminosas praticadas se refiram à idêntico bem jurídico⁹⁵ – a exemplo do furto e do roubo, cuja proteção recai sob o patrimônio alheio.

Em seguida, para que reste devidamente configurada a hipótese genérica de concurso de crimes em tela, faz-se imprescindível a verificação do nexos temporal, espacial e de execução. Ou seja, as condições de tempo⁹⁶, lugar⁹⁷ e o modo de execução (*modus operandi*) devem ser semelhantes. No que diz respeito à forma de aplicação, esta se dará conforme o sistema da exasperação, cabendo ao magistrado escolher qualquer das penas, se idênticas, ou

⁹⁴ Nesse sentido destaca-se a parcial ementa do Recurso Especial n. 1212911 do Superior Tribunal de Justiça, oriundo da sua colenda Sexta Turma, publicado no dia 9 de abril de 2012, cujo relator foi o Ministro Sebastião Reis Júnior: RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. ARTS. 71, 168-A E 337-A, III, DO CP. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PERTENCENTES AO MESMO GRUPO EMPRESARIAL. CONTINUIDADE DELITIVA. POSSIBILIDADE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIAS EM CURSO NÃO CONFIGURAM PERSONALIDADE NEGATIVA DO AGENTE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

1. Para o reconhecimento da continuidade delitiva, é necessária a prática sucessiva de ações criminosas de semelhante espécie que guardem, entre si, vínculos em relação ao tempo, ao lugar e à forma de execução, de modo a revelar homogeneidade de condutas típicas, evidenciando serem as últimas ações desdobramentos da primeira (art. 71 do CP). 2. No caso, o réu responde por delitos descritos nos arts. 168-A e 337-A, ambos do Código Penal - em continuidade delitiva -, nas Apelações Criminais n. 2004.71.038480-8, 2003.71.00.042734-7 e 2004.71.00.021296-7. 3. Em função da melhor hermenêutica, os crimes descritos nos arts. 168-A e 337-A, apesar de constarem em títulos diferentes no Código Penal e serem, por isso, topograficamente díspares, refletem delitos que guardam estreita relação entre si, portanto cabível o instituto da continuidade delitiva (art. 71 do CP). [...] (REsp 1212911/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 09/04/2012)

⁹⁵ Segundo Boschi (2011, p. 260), “essa última posição é a que melhor se ajusta ao texto do artigo 71, pois não fosse possível a continuidade delitiva, quando os fatos são enquadráveis em tipos distintos, não teria sentido a previsão de imposição de pena ‘mais grave’, quando diversas”.

⁹⁶ Com relação ao requisito temporal, a lei não dispõe qual seria o interstício máximo entre o primeiro delito e o último, de modo que ficou a cargo da jurisprudência, como entendimento dominante, fixar o lapso máximo de 30 (trinta) dias, consoante se pode verificar na ação de *Habeas Corpus* n. 57190/SP, oriunda da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicada no dia 25 de outubro de 2010, cujo relator foi o Ministro Og Fernandes.

⁹⁷ Consoante se depreende do teor da ação de *Habeas Corpus* n. 206227/RS, oriunda da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 14 de outubro de 2011, cujo relator foi o Ministro Gilson Dipp, ocorre semelhança nas condições de lugar quando os delitos são praticados na mesma comarca ou em comarcas vizinhas.

a maior sanção cominada, se distintas, para aumentar a pena, conforme o número de infrações praticadas⁹⁸, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

Contudo, após a reforma propugnada pela Lei n. 7.209/1984, além de restar superada a vedação constante no enunciado da Súmula n. 605 do Superior Tribunal Federal⁹⁹, o legislador previu nova causa de aumento de pena, denominada de continuidade delitiva específica ou qualificada, constante no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal, de cujo teor se extrai que:

Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Como principal característica, destaca-se a exigência do cumprimento de outros requisitos, que devem estar cumulados com aqueles designados para a continuidade delitiva genérica, quais sejam: a) os crimes devem ser dolosos; b) as vítimas diferentes; c) presença de violência ou grave ameaça à pessoa. Caso esses três predicados não estejam devidamente configurados, pode-se admitir a continuidade de crimes constante no *caput* do artigo 71 do Código Penal, cujos requisitos já foram objeto de análise.

Cumprido registrar que, nos termos firmados pelo parágrafo único do artigo 71 do referido diploma legal, o juiz, presentes os pressupostos alhures mencionados, “[...] considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias [...]” poderá aumentar a pena de 1/6 (um sexto)¹⁰⁰

⁹⁸ O critério utilizado para quantificação da fração estabelecida no *caput* do artigo 71 do Código Penal é o do número de crimes. Assim, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, esposado na ementa do acórdão proferido na ação de *Habeas Corpus* n. 283.720/RN, da sua colenda Sexta Turma, publicado em 26 de agosto de 2014, cuja relatora foi a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, “[...] em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações.” Segundo Carvalho (2013, p. 462, “embora o número de infrações seja um parâmetro interessante para demonstrar a extensão do dano causado pela prática reiterada de condutas puníveis – da mesma forma que o número de vítimas e de delitos no concurso formal –, entende-se que esta diretriz não pode ser absolutizada. Conforme demonstrado, existem situações peculiares, próprias de cada experiência delitiva, que não permitem que um único critério seja universalizado como padrão. Agir dessa forma seria descontextualizar o fato, possibilidade vedada pelo princípio da individualização da pena”.

⁹⁹ Súmula 605 do Superior Tribunal Federal: “não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida”.

¹⁰⁰ Como o Código Penal limitou-se a indicar, tão somente, a fração máxima da causa de aumento de pena ora analisada, deixando em aberto a fração mínima, duas correntes se formaram. A primeira, conforme aduz Boschi (2011, p. 262), é “[...] de que a margem mínima da majorante nessa modalidade de continuidade delitiva será a mesma prevista no *caput* do art. 71, ou seja, um sexto, sendo a margem máxima a fixada no parágrafo único (até o triplo). A segunda, de que as peculiaridades da seriação criminosa com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa [...] justificam a necessidade de maior reprovação social e autorizam daí a utilização como piso para a continuidade delitiva prevista no parágrafo único o *teto fracionário previsto no caput* do mesmo artigo 71.”

até o triplo, observadas as exigências do *caput* e o limite máximo de pena de 30 (trinta) anos entabulado no artigo 75 do Código Penal.

Destarte, para proceder à exacerbação prevista no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal, além de caber ao magistrado verificar a presença dos requisitos objetivos retromencionados, deverá ele agregar considerações sobre os elementos insertos no artigo 59 do Código Penal. Portanto, não como sugestão, mas como condição expressa do legislador, a fim de que a causa geral de aumento de pena da continuidade delitiva específica seja devidamente fundamentada e proporcionalmente aplicada, imprescindível a valoração das circunstâncias judiciais, cuja função cinge-se a de critérios subjetivos.

Nesse viés é, também, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consoante se colhe da parcial ementa da ação de *Habeas Corpus* n. 87676/RJ, publicada no dia 18 de agosto de 2008, pela sua Quinta Turma, cujo relator foi o Ministro Félix Fischer:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. ROUBOS MAJORADOS. OCULTAÇÃO DE CADÁVER E QUADRILHA. JÚRI. ALEGAÇÃO DE ERRO NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. MATÉRIA NÃO SUSCITADA PERANTE O E. TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA DESFAVORÁVEL AO RÉU. CONCURSO MATERIAL. QUESITO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE A DESTEMPO. PRECLUSÃO. ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PRIVA DOS AUTOS. REEXAME DE PROVA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

[...]

II - A ofensa a bens personalíssimos, com violência ou grave ameaça à pessoa, no caso dos crimes da mesma espécie (homicídios qualificados consumados), pode ensejar o crime continuado na forma preconizada no parágrafo único do art. 71 do Código Penal. O que, in casu, entretanto, poderia acarretar o aumento de uma das penas até o triplo. Assim, a aplicação da regra do concurso material mostra-se mais benéfica ao paciente (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

III - Para a exacerbação da pena, em razão do crime continuado previsto no parágrafo único, do art. 71, do CP, **considera-se não apenas o número de infrações cometidas, mas também as mesmas circunstâncias do art. 59 do estatuto repressivo** (Precedentes do STJ).

[...](HC 87.676/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 18/08/2008) [grifei].

Como se vê, no caso do presente item, ainda que os elementos inscritos no artigo 59 do Código Penal já tenham sido utilizados para a determinação da pena-base durante a primeira fase dosimétrica, a reinvocação das circunstâncias judiciais, oriunda da pura expressão do legislador, estabelece uma forma lógica de proceder à individualização da pena, haja vista que a sua funcionalidade de condição ou de requisito para a quantificação fracionária entre os extremos dispostos pela respectiva causa de aumento de pena mitiga eventual possibilidade de agir arbitrário do juiz sentenciante, que será obrigado a justificar de

forma fundamentada os parâmetros e o porquê da escolha específica de certa majoração de pena.

3.4.2.6. Na suspensão condicional do processo e na transação penal

Consoante mencionado na primeira parte do presente capítulo, a suspensão condicional do processo e a transação penal, previstas, respectivamente, nos artigos 89 e 76, ambos da Lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), são denominadas de medidas penais consensuais, no sentido de que exigem, de um lado, a proposição advinda do representante do Ministério Público e, de outro, a aceitação do autor da infração. São aplicáveis às infrações de menor potencial ofensivo, assim consideradas aquelas inscritas na Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais), e os crimes cuja pena máxima cominada não suplante a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa ¹⁰¹.

Segundo consta no artigo 76 da Lei n. 9.099/1995 (transação penal), o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas se, havendo representação ou tratando-se de delito de natureza de ação penal pública incondicionada, não se constatar ser caso de arquivamento, exigindo-se, outrossim, o cumprimento dos requisitos objetivos insertos no parágrafo 2º do sobredito dispositivo legal, quais sejam: a) não ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; b) não ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa; e c) não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser suficiente a adoção da medida.

Convém salientar que, ao acolher a proposta de transação penal formulada pelo representante do Ministério Público, devidamente aceita pelo autor da infração, o juiz promoverá a homologação da referida medida penal consensual, através de sentença, aplicando ao agente, conforme o caso, pena restritiva de direitos ou multa, o que não importará, vale frisar, em reincidência, sendo considerada, apenas, para a aferição do requisito indicado no item “b)” retromencionado, conforme se infere do parágrafo 4º do artigo 76 da Lei n. 9.099/1995.

¹⁰¹ Art. 61 da Lei n. 9.099/1995: “Consideram-se infrações penais de menos potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

Por sua vez, a suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 do referido diploma legal, poderá ser proposta pelo representante do Ministério Público, assim que promover o oferecimento de denúncia, nos delitos em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a 1 (um) ano, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado (basta uma ação penal em curso, sem trânsito em julgado) ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes, ainda, os demais requisitos autorizadores do *sursis* da pena (artigo 77 e seguintes do Código Penal).

Assim como na transação penal, deverá o acusado aceitar a proposta formulada pelo Órgão Ministerial. Caso o acordo seja exitoso, ao receber a denúncia, o magistrado, nos termos exarados pelo Ministério Público, poderá suspender o processo, aplicando ao denunciado as condições inscritas nos incisos do parágrafo 1º do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995 e outras que entender adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado, consoante estabelece o parágrafo 2º do mencionado dispositivo legal.

Ocorre que, ao fazer referência aos requisitos constantes no artigo 77 do Código Penal, circunscrito ao *sursis* da pena, além dos demais requisitos, para que seja possível a formulação da proposta da suspensão condicional do processo ao acusado, nos termos do inciso II do aludido dispositivo, as circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do delito, devem se apresentar favoráveis à concessão da benesse.

Desse modo, observa-se que tanto na transação penal, por disposição do inciso III do parágrafo 2º do artigo 76 da Lei n. 9.099/1995, quanto na suspensão condicional do processo, em razão do previsto no artigo 89, *caput*, dessa mesma Lei, combinado com o inciso II do artigo 77 do Código Penal, exige-se a análise, à título de requisito, das circunstâncias judiciais indicadas nos referidos artigos, sendo evidente que, se presentes de forma negativa, ambas as medidas penais consensuais não serão nem sequer oferecidas ou deverão ser, posteriormente, denegadas pelo Juízo, haja vista a ausência de um dos pressupostos necessários à concessão dos benefícios ora esposados¹⁰².

Destarte, considerando-se delineadas as etapas de conceituação e caracterização das diversas espécies de circunstâncias, consoante demonstrado no primeiro capítulo do presente

¹⁰² Nesse diapasão é o entendimento exarado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, consoante se pode depreender da parcial ementa proferida na Apelação Criminal n. 2011.024020-6, de Porto União/SC, julgada, em 6 de dezembro de 2011, pela sua Colenda Primeira Câmara Criminal, cuja relatora foi a Desembargadora Marli Mosimann Vargas: “[...] SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI N. 9.099/95). INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 77, INC. II, DO CP. [...]”.

trabalho, bem como de descrição de todas as etapas que compõem a aplicação das sanções penais, objeto deste segundo capítulo, na terceira e derradeira fase buscar-se-á observar se todos esses usos angariados pelo legislador às circunstâncias judiciais (critérios ou requisitos), além de outros que advêm da interpretação dos tribunais pátrios (como a utilização ou não das circunstâncias judiciais como critério aferição para a dosagem das causas de aumento ou de diminuição de pena de quantidade variável), constituem ou não ofensa ao princípio do *ne bis idem*.

4 AS MÚLTIPLAS FUNÇÕES DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM FACE DA VEDAÇÃO DO *BIS IN IDEM*

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Neste derradeiro capítulo, demonstrar-se-á as limitações que as circunstâncias judiciais encontram na vedação do *bis in idem*. Assim, em um primeiro momento, discorrer-se-á sobre essa vedação como uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. Em seguida, far-se-á uma breve abordagem sobre a garantia da fundamentação das decisões judiciais. Em um terceiro momento, demonstrar-se-á a razoabilidade da influência das circunstâncias judiciais como critério ou requisito em outras etapas da aplicação das sanções penais, com especial destaque à causa especial de redução de pena relativa ao tráfico eventual e ao atual entendimento preconizado pelo Supremo Tribunal Federal.

4.2 A VEDAÇÃO DO *BIS IDEM* COMO DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Inscrito na Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana é definida por Afonso da Silva (2011, p. 105) como sendo “[...] um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Ou seja, conforme Prazo (2010, p. 143) “o homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como *pessoa*, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica”. Aliás, consoante já afirmava Beccaria (2000, p. 70), “a liberdade deixa de existir sempre que as leis permitam que em determinadas circunstâncias um cidadão deixe de ser ‘um homem’ para vir a ser ‘uma coisa’

[...]”.

Em verdade, “o reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal” (PRADO, 2010, p. 143). Destarte, consoante aduz Feldens (2005, p. 146), “a magnitude conferida a esse valor é tamanha que o Estado deseja vê-lo implementado não apenas em relação às potenciais vítimas, senão que, inclusive, aos autores de delitos, uma vez que tem-no como limite até mesmo quando da imposição de sanções penais [...]”, vedando-se reprimendas indignas, cruéis, desumanas ou degradantes (inciso XLVII do artigo 5º da Carta Magna)¹⁰³.

Nesse diapasão, na medida em que esse princípio supremo se alastra por todo o ordenamento jurídico, representando um dos entes circundantes do fundamento da dignidade da pessoa humana, exsurge a vedação do *bis in idem*, cujo conceito consiste “[...] na proibição de se apenar o mesmo indivíduo duas vezes pelo mesmo fato [...]” (BISSOLI FILHO, 1998, p. 166). Todavia, apesar de advir do princípio da dignidade da pessoa humana, a vedação em análise não encontra expressa previsão constitucional, estando presente no artigo 20 do Estatuto de Roma¹⁰⁴, de 17 de julho de 1998, que estabeleceu a Corte Penal Internacional:

Artigo 20. *Ne bis in idem*. 1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido. 2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal. 3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

Outrossim, constata-se que a ausência de expressa previsão constitucional do princípio do *ne bis in idem* foi suprida com o advento do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, cujo artigo 8º, item 4, dispõe que “o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos

¹⁰³ Ressalta-se que discorrer acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista sua origem histórico-temporal, pode ser tema de um único trabalho acadêmico, razão por que, após brevemente conceituá-lo, preferimos aprofundar uma de suas vertentes, qual seja, a vedação do *bis in idem*.

¹⁰⁴ O Estatuto de Roma foi promulgado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, em 25 de setembro de 2002, através do Decreto n. 4.388, o qual determina, em seu artigo 1º, que o referido estatuto “[...] será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém”.

fatos”.

Nesse sentido, ao refletirmos acerca da revisão criminal, a qual, apesar de estar prevista no título relativo aos recursos, do artigo 621 a 631 do Código de Processo Penal, consubstancia-se em verdadeira ação autônoma, voltada ao questionamento da sentença penal condenatória transitada em julgado, não iremos encontrar hipótese de revisão *pro societate*, isto é, em desfavor da pessoa condenada ou absolvida. Essa constatação, certamente, encontra amparo na referida vertente do princípio do *ne bis idem*, exaltada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), bem como na vedação da *reformatio in pejus*.

Assim, consoante esclarece Binder (2003, p. 125), o princípio do *ne bis in idem*, à luz da disposição abarcada pelo artigo 8º, item 4, do Pacto de São José da Costa Rica, significa

[...] Que a pessoa não pode ser submetida a uma dupla condenação nem correr o risco de isso acontecer. Entretanto, pode ser submetida a um segundo processo se o motivo deste último consiste em revisar a sentença condenatória do primeiro para determinar se é admissível uma revogação da sentença ou uma absolvição. O inadmissível, portanto, não é a repetição do processo, mas uma dupla condenação ou o risco de que este fato ocorra.

No entanto, a vedação do *bis in idem* não se restringe ao âmbito processual, mas sim estende-se à esfera do direito penal material. Isso implica reconhecer que as características de proibição de múltipla persecução penal e de revisão criminal em face do réu, inerentes aos sistemas processuais penais acusatórios, consoante esclarece Carvalho (2013, p. 290), são “[...] instrumentalizadas e potencializadas no direito penal material pelo princípio da vedação da dupla incriminação”, o que implica reconhecer que a referida proibição exsurge sob duas vertentes, além da processual, a material.

Sob a primeira perspectiva, conforme explicita Franco (2010, p. 02), “[...] o princípio inadmite uma persecução penal múltipla, isto é, que uma mesma pessoa e um mesmo fato sejam, de novo, aferidos judicialmente”. Por outro lado, “[...] sob a angulação material, proíbe dupla valoração penal na medida em que obsta que o delito anterior produza, de novo, consequências penais”. Com relação a esse último conteúdo, material ou substancial, inerente ao princípio do *ne bis idem*, observa-se a exigência da ocorrência da denominada “[...] tríplice identidade entre *sujeito* (identidade subjetiva ou de agentes), *fato* (identidade fática) e *fundamento* (necessidade de se evitar a dupla punição, quando o desvalor total do fato é abarcado por apenas um dos preceitos incriminadores” (PRADO, 2010, p. 158).

No que concerne, especificamente, à ocorrência do princípio do *ne bis in idem* na aplicação da pena, constata-se que tanto o artigo 61, *caput*, quanto o artigo 68, parágrafo

único, ambos do Código Penal, preveem a vedação do duplo efeito sancionatório de uma mesma circunstância punitiva: a) o primeiro dispositivo possibilita ao magistrado sentenciante, durante a segunda fase dosimétrica, agravar a pena-base em razão da presença de circunstâncias agravantes, porém, *desde que não constituam ou qualifiquem o delito*; b) já o parágrafo único do segundo artigo referido, ao dispor que, “no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte geral, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”, reforça, na medida em que faculta ao magistrado a aplicação de apenas uma causa de aumento, o significado da vedação da dupla valoração.

A título de exemplificação, verificada a prática do crime de furto (artigo 155, *caput*, do Código Penal), cujo preceito primário incrimina a conduta de quem subtrai, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, não poderia o magistrado, tendo em vista que o bem jurídico protegido pelo sobredito tipo penal incriminador é o patrimônio ou a propriedade, aumentar a pena-base, durante a primeira fase dosimétrica, considerando presente a circunstância judicial das consequências do crime, já que a vítima teria sofrido uma diminuição patrimonial. De igual modo, constatado o cometimento do delito de homicídio qualificado pela traição ou pela emboscada, incorreria em evidente *bis in idem* o juiz sentenciante que procedesse ao aumento da sanção penal, na segunda fase dosimétrica, em razão da conduta do agente ter dificultado ou tornado impossível a defesa do ofendido.

Nesse diapasão, consoante infere Carvalho (2013, p. 292), pode-se concluir que eventual ofensa ao princípio do *ne bis idem*, durante a aplicação da sanção penal, poderá ocorrer em dois planos distintos:

A primeira incidência de *bis in idem* poderia ser identificada no *plano vertical*, [...] isto é, quando (a) há sobrevalorização de circunstâncias elementares do tipo penal nas diversas fases de quantificação da pena – reprodução de circunstâncias elementares na pena-base, na provisória ou na definitiva – ou quando (b) existe revalorização de circunstâncias em duas ou mais fases – repetição da agravação da pena-base na pena provisória e/ou definitiva. A segunda incidência, mais difícil de ser detectada, seria no *plano horizontal*, quando se percebe a duplicação de efeitos entre as próprias circunstâncias, isto é, quando uma circunstância atua como conteúdo de outra e sustenta novo juízo de agravação – p. ex., uma circunstância da pena-base (personalidade) é utilizada para valorar outra (conduta social).

Discordando quanto às implicações oriundas do denominado plano vertical, Nucci (2013, p. 158) aduz que, “estabelecida a culpabilidade como elemento definidor do delito, renova-se o juízo de censura em diferentes estágios da fixação da pena [...]”. Assim, “[...] o conteúdo do art. 59 é utilizado tanto para a fixação da pena como para a análise de uma série de benefícios penais (substituição por pena restritiva de direitos, concessão de *sursis*,

concessão de regime aberto etc.)”.

De mais a mais, do ponto de vista processual, “a instauração de um processo por fato (histórico) idêntico ao tratado em feito anterior configura litispendência (CPP, arts. 95, III, e 110). Se o fato já foi julgado definitivamente, há ofensa à coisa julgada (CPP, arts. 95, V, e 110)” (ESTEFAM, 2012, p. 135). Outrossim, por meio de uma terceira vertente inerente ao princípio do *ne bis in idem*, a executiva, consoante esclarece Cunha (2013, p. 96), impede-se que alguém seja executado duas vezes por condenações relacionadas ao mesmo fato.

No entanto, consoante esclarece Prado (2010, p. 158), não se deve confundir a vedação do *bis in idem* com o princípio da valoração integral do fato, pois, ainda que complementares um ao outro – gerando o princípio da proporcionalidade quando somados –, este último diz respeito à “[...] valoração penal total da conduta do agente, seja no sentido de abarcar todos os aspectos relevantes, seja no sentido de valorá-los da forma específica determinada pela lei.” Portanto, ao passo em que o princípio da valoração global do fato apresenta função de fundamento, no que concerne ao concurso de normas, o princípio do *ne bis in idem* tem função precípua de limite.

Analisando-os, ainda, sobre o viés do princípio da proporcionalidade – que significa a proibição do excesso (aspecto negativo) e a busca da medida justa (feição positiva) – veda-se, em razão da primeira acepção, “[...] que a consequência penal ultrapasse a medida do injusto e da culpabilidade (*ne bis in idem*); no segundo, impõe-se a necessidade de sua adequação ao conteúdo de injusto e de culpabilidade (valoração global do fato)”. Em outras palavras, caso essa limitação ao poder de punir estatal não fosse imposta, “[...] restaria prejudicado o ajuste da pena a qualquer medida ou critério de proporção” (PRADO, 2010, p. 159).

Certamente, a partir das mudanças históricas e filosóficas de concepção do indivíduo, do Estado e da sociedade, impôs-se, desde então, “[...] maior respeito à dignidade humana e à consequente proibição de excesso”. Todavia, considerando-se que o princípio da proporcionalidade está intrinsecamente ligado ao princípio da razoabilidade – o qual representa a função controladora da aplicação do primeiro (afastando, por exemplo, a Lei do Talião) –, a limitação do poder estatal, como consectário da vedação do *bis in idem*, deve antever que “razoável é aquilo que tem aptidão para atingir os objetivos a que se propõe, sem, contudo, representar excesso algum” (BITENCOURT, 2004, p. 24).

No concerne à aplicação do princípio do *ne bis in idem* sob a ótica processual, o Supremo Tribunal Federal, em matéria administrativa, consoante Súmula n. 19, pronunciou ser “inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que

se fundou a primeira”. Por sua vez, tendo em mente os conceitos cunhados por Carvalho, no que se refere à incidência do sobredito princípio durante a aplicação da sanção penal, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal, na contramão da jurisprudência que vinha se firmando no Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁵, detectou a ocorrência de *bis in idem*, no plano horizontal, quando utilizadas as circunstâncias judiciais específicas previstas no *caput* do artigo 42 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) – quantidade e natureza da substância entorpecente – durante a primeira fase dosimétrica, a fim de determinar a pena-base, e para dimensionar a causa especial de diminuição do parágrafo 4º do artigo 33 do referido diploma legal, consoante ementa referente ao julgamento do Tribunal Pleno nos autos da ação de *Habeas Corpus* n. 112.776/MS, ocorrido em 19 de dezembro de 2013, cujo relator foi o Ministro Teori Zavascki:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E NA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. BIS IN IDEM. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º, DO ART. 2º, DA LEI 8.072/1990. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÃO RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONDEDIDA. 1. Segundo o art. 42 da Lei 11.343/06, “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Configura ilegítimo bis in idem considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto para fixar a pena base (primeira etapa) e, simultaneamente, para a escolha da fração de redução a ser imposta na terceira etapa da dosimetria (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006). Todavia, nada impede que essa circunstância seja considerada para incidir, alternativamente, na primeira etapa (pena-base) ou na terceira (fração de redução). Essa opção permitirá ao juiz aplicar mais adequadamente o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) em cada caso concreto. 2. O magistrado sentenciante considerou a natureza e a quantidade de droga simultaneamente na primeira e na terceira fase de individualização da reprimenda, em flagrante *bis in idem*. 3. Ao julgar o HC 111.840/ES (Pleno, Min. DIAS TOFFOLI), esta Corte, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. 4. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a vedação de substituição de

¹⁰⁵ A título de exemplificação, nos autos da ação de *Habeas Corpus* n. 124. 898/MS, julgada em 4 de fevereiro de 2010, tendo como relator o Ministro Jorge Mussi, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não haveria “[...] *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.” (HC 124.898/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 29/03/2010).

reprimenda com base apenas na proibição legal ofende o princípio da individualização, cumprindo ao julgador analisar os requisitos do art. 44 do Código Penal. No caso, porém, tal conversão foi negada à luz das circunstâncias do caso concreto. 5. Ordem concedida parcialmente, para determinar ao juízo competente que proceda à nova fixação da pena imposta ao paciente, bem como fixe o novo regime prisional, à luz do art. 33 do Código Penal. (HC 112776, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014). [grifei].

Ressalta-se que as questões concernentes à valoração das circunstâncias judiciais específicas da quantidade e da natureza da substância entorpecente, dispostas no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), em diversas fases da aplicação da sanção penal, precipuamente quando o crime de tráfico for eventual, serão objeto do item 4.4.2. do presente trabalho acadêmico. Por ora, o tema em comento foi trazido à baila para aclarar os questionamentos que circundam a aplicação do princípio do *ne bis idem*, os quais são inúmeros e controversos, não sendo, portanto, tarefa fácil ao magistrado sentenciante detectar a sua ofensa, sobretudo quando pautada em um novo juízo de agravação durante a aplicação da sanção penal.

No entanto, além de estar interligado aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade¹⁰⁶, o princípio do *ne bis idem*, assim como a necessária individualização da pena, possui intrínseca relação com a garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais, cujo cumprimento acarreta, tanto para a defesa quanto para a acusação, um melhor entendimento das razões que levaram o juiz a prolatar uma decisão em determinado sentido ou em outro e, por consequência lógica, evidencia se ela incorreu, processual ou materialmente, em ofensa à vedação em análise. Por isso, tratar-se-á, no item seguinte, sobre a garantia da fundamentação das decisões judiciais.

4.3 A GARANTIA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A garantia da fundamentação das decisões judiciais está estabelecida no inciso IX do

¹⁰⁶ Em resumo, consoante aduz Cunha (2015, p. 98), a proporcionalidade é um princípio “[...] constitucional implícito, desdobramento lógico do mandamento da individualização da pena. Para que a sanção penal cumpra a sua função, deve se ajustar à relevância do bem jurídico tutelado, sem desconsiderar as condições pessoais do agente”. Por sua vez, nos termos escritos por Bitencourt (2004, p. 24), “razoável é aquilo que tem aptidão para atingir os objetivos a que se propõe, sem, contudo, representar excesso algum. [...] Assim, a *razoabilidade exerce função controladora* na aplicação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão”.

artigo 93 da Constituição Federal¹⁰⁷, quando esta dispõe que:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (O grifo não está na redação original).

No âmbito processual penal, dispõe o artigo 381 do Código de Processo Penal, a sentença conterá: 1) os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las; 2) a exposição sucinta da acusação e da defesa; 3) a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; 4) a indicação dos artigos de lei aplicados; 5) o dispositivo; e 6) a data e a assinatura do juiz.

Como é sabido, a imputação de um crime à determinada pessoa será realizada pelos titulares da ação penal – Ministério Público, nos casos da natureza do delito ser de ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação do ofendido, ou pela vítima ou seus representantes legais, quando a natureza for de ação penal privada. Estes, através da denúncia ou da queixa crime, narrarão a conduta criminosa levada a efeito pelo denunciado, isto é, o fato delituoso, com todas as suas circunstâncias; qualificarão o acusado; procederão à classificação da infração, postulando pela condenação dessa determinada pessoa; e, ao final, quando necessário, arrolarão as testemunhas do crime¹⁰⁸.

Todavia, a condenação do acusado apenas será possível após o magistrado: 1) ter proferido decisão interlocutória recebendo a denúncia ou a queixa-crime, em análise das condições da ação, esculpidas no artigo 395 do Código de Processo Penal¹⁰⁹; 2) não ter absolvido sumariamente o acusado em virtude da presença de alguma causa manifesta de exclusão do crime ou da punibilidade, conforme artigo 397 do referido diploma¹¹⁰; 3) ter promovido a instrução probatória com base nos princípios do contraditório e da ampla defesa

¹⁰⁷ Para Mello (2003, p. 286), “[...] se a fundamentação é requisito essencial da sentença, sua ausência descaracteriza a sentença como tal, o que significaria sua inexistência no mundo jurídico como sentença. [...] A existência ou não da fundamentação diz respeito à própria existência ou inexistência da sentença.”

¹⁰⁸ Segundo dispõe o artigo 41 do Código de Processo Penal: “a denúncia ou a queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

¹⁰⁹ Art. 395. A denúncia ou a queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; III – falar justa causa para o exercício da ação penal.

¹¹⁰ Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV – extinta a punibilidade do agente.

substantivos¹¹¹; 4) não ter verificado a existência de alguma causa de exclusão da punibilidade (artigo 107 do Código Penal¹¹²); e, finalmente, 5) após o juiz proceder à análise do conjunto probatório angariado aos autos, ter entendido existente o crime e ser o denunciado o efetivo autor da conduta criminosa imputada.

Assim, “da mesma forma que não há crime e não há pena sem lei anterior que defina a conduta como ilícita (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), não há quaisquer possibilidades de se afirmar a existência do delito senão por meio do devido processo legal [...]” (CARVALHO, 2013, p. 278), o qual impõe, substancialmente, a realização de pleno contraditório. Conseqüentemente, a afirmação efetiva da existência, ou não, do delito, imputado na denúncia ou na queixa crime à determinada pessoa – fixando os limites da tipicidade –, será consubstanciada na sentença penal com a condenação ou a absolvição do acusado, respectivamente.

Nesta senda, considerando-se que a sentença penal, na qualidade de decisão judicial, carrega consigo todas garantias e deveres constitucionais inerentes à qualquer ato processual, é estreme de dúvidas que deve ela, sobremaneira, demonstrar e expor suas razões de forma suficientemente motivada, sob pena, em caso de inobservância do dever de fundamentação, de ser considerada nula¹¹³, consoante estabelece o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal,

¹¹¹ Art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹¹² Art. 107. Extingue-se a punibilidade: I – pela morte do agente; II – pela anistia, graça ou indulto; III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV – pela prescrição, decadência ou preempção; V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; [...] IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

¹¹³ Nesse sentido, por analogia, destaca-se o precedente do Superior Tribunal de Justiça, consoante se pode depreender da ementa da ação de *Habeas Corpus* n. 269024, de São Paulo, julgada, em 11 de novembro de 2014, pela sua Sexta Turma, cujo relator foi o Ministro Rogério Schietti Cruz: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP. 2. A prisão provisória se mostra legítima e compatível com a presunção de inocência somente se adotada, em caráter excepcional, mediante decisão suficientemente motivada. Não basta invocar, para tanto, aspectos genéricos, posto que relevantes, relativos à modalidade criminosa atribuída ao acusado ou às expectativas sociais em relação ao Poder Judiciário, decorrentes dos elevados índices de violência urbana. 3. O juiz de primeira instância apontou genericamente a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, sem indicar motivação suficiente para justificar a necessidade de colocar o paciente cautelarmente privado de sua liberdade, uma vez que se limitou a ressaltar que [o paciente] respondeu ao processo no cárcere, em liberdade pode frustrar a aplicação da lei penal e, ainda, por em risco a ordem pública, por isso, não poderá recorrer em liberdade". 4. Considerando o caráter objetivo da nulidade constatada, pela ausência de fundamentação idônea para a manutenção da prisão cautelar de ambos os réus, é o caso de se aplicar o art. 580 do Código de Processo Penal em benefício do outro corréu, apesar de não ser paciente neste writ. 5. Habeas corpus concedido, para que o paciente e o corréu possam aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiverem presos, sem prejuízo da possibilidade de nova decretação da prisão preventiva, se concretamente demonstrada sua

anteriormente transcrito.

Por conseguinte, a motivação ou a fundamentação, requisito formal da sentença penal, inserido na seção reservada ao Poder Judiciário, dentro do título da Organização dos Poderes, da referida Carta Magna, consubstancia-se em condição imperativa ao efetivo exercício da prestação jurisdicional e, concomitantemente, em garantia fundamental ou princípio norteador de qualquer decisão jurisdicionalmente proclamada.

Estreitando-se ao processo penal, constata-se que a noção de fundamentação implicitamente disposta no referido artigo 381 do respectivo código é potencializada pela Constituição Federal, precipuamente no que concerne à aplicação sanção penal. Tome-se como exemplo os julgamentos proferidos pelo Tribunal do Júri¹¹⁴, em caso de decisão condenatória proferida pelo Conselho de Sentença¹¹⁵, formado por juízes leigos, onde é o magistrado togado quem efetivamente determina a aplicação da pena após proceder à análise das circunstâncias judiciais objetivas e subjetivas, das agravantes e atenuantes e das causas especiais ou gerais de aumento e de diminuição de pena.

Nesse viés, cumpre ressaltar que, “[...] no processo penal contemporâneo, orientado pela carga principiológica constitucional que fundamenta a ideia de devido processo, a prova a ser valorada judicialmente não é destinada aos juízos absolutos e binários de condenação ou de absolvição”. Isso porque, em caso de condenação,

[...] é com base nas provas válidas produzidas durante a instrução que o juiz irá motivar a sanção (**fundamentação da aplicação da pena**), indicando os dados empíricos trazidos ao processo que direcionam sua decisão no sentido do aumento ou da diminuição da sanção, dentro dos limites constitucionais e legais previstos, da definição dos regimes e da possibilidade de aplicação dos substitutivos à pena privativa de liberdade.

Exalta-se, portanto, o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, esculpido no artigo 155 do Código de Processo Penal¹¹⁶, cujo precípuo escopo não é negar a existência do subjetivismo que leva o magistrado sentenciante a seguir por diversos

necessidade cautelar, ou de imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP. (HC 269.024/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 01/12/2014).

¹¹⁴ Art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

¹¹⁵ Art. 447 do Código de Processo Penal: “o Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento”.

¹¹⁶ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

caminhos, mas, sim, exigir que o juiz, no jogo democrático do processo¹¹⁷, “[...] julgue conforme a prova e o sistema jurídico penal e processual penal, demarcando o espaço decisório pela conformidade constitucional” (LOPES JR., 2013, p. 563).

Nessa linha de raciocínio, entrelaçando o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal com o princípio do livre convencimento motivado, pode-se dizer, consoante ensina Bissoli Filho (2011, p. 427), “[...] que a motivação da sentença serve para vincular os pronunciamentos jurisdicionais à legalidade, para garantir a certeza do direito e para assegurar a efetividade do princípio da separação dos poderes e dos direitos fundamentais”. Certamente, atendendo ao disposto na referida norma constitucional, quando verificada a ausência de motivação da sentença, esta deverá ser considerada absolutamente nula – o que subsiste diante da inexistência de clareza, coerência ou completude.

Isso porque, “a motivação é suficiente quando são analisadas todas as teses tratadas pelas partes (nulidades por falta de motivação) e quando a motivação aborda a questão com a profundidade exigível” (BISSOLI FILHO, 2011, p. 429). Destarte, conforme aduz o referido autor

[...] seria insuficiente a motivação implícita, isto é, a que carece de um raciocínio lógico e direto, reclamando, para a sua compreensão, a análise conjunta dos argumentos principais e subsidiários; a motivação aliunde, na qual há simples referência a atos produzidos em outro processo; e, por fim, a motivação *per relationem*¹¹⁸, que repousa em fundamentação outra, porém constante do mesmo

¹¹⁷ Rosa (2013, p. 29) afirma que o “[...] processo penal é um jogo mediado pelo Estado Juiz em que a fortaleza da inocência, ponto de partida do jogo, é atacada pelo jogador acusador e defendida pelo jogador defensor, sendo que no decorrer as posturas (ativa e passiva) se alternam reciprocamente, devido ao caráter dinâmico do processo, a cada rodada probatória (sub-jogos) e em face das variáveis cambiantes. O jogador-acusador pretende romper com a fortaleza da inocência, enquanto a defesa sustenta as muralhas”.

¹¹⁸ Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça consoante ementa do recurso ordinário em ação de *Habeas Corpus* n. 44943/RJ, julgada, em 18 de dezembro de 2014, pela Colenda Sexta Turma, cuja relatora foi a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, entendeu cabível a fundamentação *per relationem*, desde que haja um mínimo de fundamentação, com transcrição dos trechos das peças indicadas: “PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETAÇÃO QUANDO DA SENTENÇA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO EM PARTE. [...] 2. A prisão provisória é medida odiosa, reservada para os casos de absoluta imprescindibilidade, demonstrados os pressupostos e requisitos de cautelaridade, respeitada a homogeneidade, proporcionalidade e adequação. 3. No caso, o magistrado impôs a custódia provisória em sentença condenatória sem realizar alusão ou referência a qualquer fato ou elemento do caso concreto, resumindo seu posicionamento a simplória menção à cota ministerial. 4. A jurisprudência tem admitido que decisões judiciais louvem-se em manifestações do processo, mas desde que haja um mínimo de fundamentos, com transcrição de trechos das peças às quais há indicação (*per relationem*), o que, como se vê, não ocorre na espécie. 5. De mais a mais, os argumentos expostos pelo Parquet reportaram-se apenas a tópicos já existentes desde o início da persecução penal, não relacionando qualquer outro motivo para a segregação do acusado - que se encontrava em liberdade há mais de 3 anos -, sendo, portanto, inidôneos esses fundamentos para embasar a medida extrema. (Os grifos não estão da redação original). (RHC 44.943/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 04/02/2015)”.

processo, sendo mais frequente a hipótese em que o órgão recursal se reporta aos argumentos decisórios referidos pelo órgão inferior no julgamento recorrido ou em que o juiz se reporta à manifestação do Ministério Público.

No entanto, consoante infere Carvalho (2013, p. 281), a *livre* motivação, aprioristicamente, deve ser interpretada de maneira negativa, isto é, veda-se ao magistrado proferir qualquer decisão sem expor racionalmente os seus motivos para tanto (íntima convicção), bem como exige-se que esta convicção – ainda que presentes indícios de subjetivismo – seja formada com base no conjunto probatório angariado aos autos processuais, mormente por não haver uma hierarquia legal entre as provas (sistema da prova tarifada).

É justamente a partir dessa interpretação inicial, negativa, que “[...] o livre convencimento é qualificado positivamente pela noção de *fundamentação*, entendida como argumentação coerente dos motivos que orientam a decisão a partir da demonstração suficiente dos dados empíricos que sustentam as hipóteses conclusivas” (CARVALHO, 2013, p. 281). Logo, pode-se afirmar que fundamentar é lançar os alicerces da sentença sobre as provas válidas amealhadas no respectivo caderno processual – não é fazer valer a opinião do julgador, tomada antes mesmo do término da instrução procedimental, alocando provas parciais (principalmente trechos dos depoimentos das testemunhas e do interrogatório do acusado) visando à construção de artifícios que justifiquem a sua decisão.

De mais a mais, legalmente assentado no sistema acusatório, cuja finalidade pressupõe a realização do contraditório – com as partes (defesa e acusação) produzindo informações acerca da imputação, dialogando e se enfrentando em paridade de armas –, deve o julgador permanecer imparcial, isto é, afastado subjetivamente das partes e do objeto da ação penal (ROSA, 2013, p. 85) para, ao final, emergir do personagem de espectador e encerrar todo esse procedimento com a sentença. Esta, portanto, nada mais é do que “[...] um instrumento de intermediação entre o julgador e as partes, bem como de diálogo do julgador com o réu, a defesa, a acusação e, em termos mais amplos, com a própria sociedade” (CARVALHO, 2013, p. 284).

Destarte, como uma ferramenta utilizada pelo ente estatal, “a necessidade de motivação das decisões judiciais perfaz preceito que serve ao balizamento da própria atuação estatal, especificamente considerada “[...] na sua manifestação de Estado-juiz [...]”. Ou seja, o princípio da fundamentação das decisões judiciais incide sobre a própria atuação jurisdicional, “[...] dando-lhe, a um só tempo, (i) razão de ser, na medida em que o Estado-juiz justifica seu agir, e (ii) adstrição desse mesmo Estado-juiz aos parâmetro legais” (MELLO, 2003, p. 280).

Nesse diapasão, a imprescindibilidade da fundamentação das decisões jurisdicionais, além de se consubstanciar em uma garantia às partes, como tutela das liberdades individuais, exsurge para obstaculizar o arbítrio do Estado ao agir na pessoa do juiz, limitando o seu próprio poder com o fim de evitar abusos e injustiças. Desse modo, o princípio da fundamentação das decisões judiciais exerce um papel extremamente relevante no Estado Democrático de Direito, sobretudo por conceber como insuficientes as decisões pautadas na livre expressão de vontades únicas e subjetivas.

Daí, ademais, decorre o fato de que o livre convencimento do magistrado é, na verdade, “[...] muito mais *limitado* do que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle” (LOPES JR. 2013, p. 563). Logicamente, portanto, é que a decisão judicial emanada pelo juiz togado não pode se orientar, tão somente, pelas provas subjetivamente valoradas, na medida em que atinge, com idêntica eficácia, a fase de individualização da pena, “[...] exigindo não apenas argumentação convincente dos motivos que levaram à definição da espécie e da quantidade de sanção aplicadas, mas a explícita demonstração probatória das circunstâncias apontadas como idôneas à exasperação punitiva” (CARVALHO, 2013, p. 284).

Exatamente sob esse aspecto, é que a vedação do *bis in idem* e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais tangenciam-se e complementam-se, pois, nada mais eficiente do que uma sentença pautada em um conjunto probatório idôneo, bem como construída a partir de argumentos sólidos e sensatos, exaurindo todas as circunstâncias alegadas por ambas as partes, para que eventual dupla punição pelo mesmo fato, tanto no plano vertical quanto horizontal, seja ao máximo evitada ou tornada, de plano, evidente a sua emersão.

4.4 A RAZOABILIDADE DA FUNÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS COMO CRITÉRIO E REQUISITO NAS DEMAIS ETAPAS DA APLICAÇÃO DA PENA

Neste derradeiro item, após proceder à análise das circunstâncias e do seu engajamento durante as explicitadas etapas da aplicação das sanções penais, bem como à luz dos princípios da vedação do *bis in idem* e da fundamentação das decisões judiciais, baseando-se, precipuamente, nos precedentes emanados pelos tribunais superiores, discorrer-se-á acerca da razoabilidade da utilização das circunstâncias judiciais na determinação da

pena concreta pelo magistrado sentenciante, como critério ou requisito explícito e como critério subsidiário.

Nessa esteira, destaca-se a análise da causa especial de redução de pena relativa ao tráfico eventual de drogas e as circunstâncias especiais da quantidade e da natureza da substância entorpecente, já que, como se verá, o Supremo Tribunal Federal concedeu ao julgador a opção de utilizá-las na primeira ou, frise-se, ou na terceira etapa dosimétrica – o que poderá gerar, ao longo das conseqüentes interpretações, posicionamentos doutrinários diversos ou, em contrapartida, alargar as poucas correntes que defendem o uso das circunstâncias como parâmetros às demais etapas de aplicação da sanção penal – ainda, certamente, examinando todas as hipóteses com base nos conceitos angariados da vedação do *bis in idem* e da necessária fundamentação das decisões judiciais.

Após, seguindo o caminho das circunstâncias específicas esculpidas no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), serão abordadas aquelas constantes no artigo 6º da Lei n. 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) – gravidade do fato, antecedentes ambientais e a situação econômica do infrator. Ou seja, numa interpretação ampliada, posteriormente à análise das implicações do atual posicionamento do Superior Tribunal Federal acerca da referida hipótese de tráfico eventual, examinar-se-á as possibilidades de conversão dessa atual aplicabilidade para as causas especiais de aumento ou de diminuição de pena constantes na referida Lei de Crimes Ambientais.

4.4.1 As circunstâncias judiciais como critério ou requisito explícito

Consoante mencionado no subitem 3.4.2 (a função das circunstâncias judiciais como requisito nas demais etapas da aplicação da pena), os elementos elencados no *caput* do artigo 59 do Código Penal não servirão, tão somente, ao estabelecimento da pena-base durante a fixação da sanção penal a ser aplicada em determinado caso. Inicialmente, enfatizando sua funcionalidade de critério ou requisito explícito, as circunstâncias judiciais, na procura da sanção penal que melhor atenda aos preceitos da prevenção e da retribuição, servirão para que o magistrado sentenciante proceda, motivadamente, à escolha da pena dentre as alternativamente cominadas no preceito secundário de determinado tipo penal incriminador, conforme impõe o inciso I do referido artigo.

Essa opção inicial, portanto, tendo em vista a previsão inserida pelo legislador, não é e não deve ser produto do acaso, mero reflexo do humor do magistrado ou do seu julgamento

quanto às aparências que exsurtem durante a instrução processual. Em verdade, o próprio inciso I do artigo 59 do Código Penal impõe que a escolha dentre as penas alternativamente cominadas no preceito secundário da norma incriminadora ocorra de forma motivada, certamente nos moldes exigidos pelo inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal.

Não sucede de maneira diferente quando observamos as disposições relativas à fixação do regime inicial de cumprimento de pena, isto é, de igual forma, além de o inciso III do artigo 59 e de o parágrafo 3º do artigo 33, ambos do Código Penal, demandarem a análise dos elementos que circundam o delito para o seu estabelecimento, o próprio ordenamento jurídico, consubstanciado nos feixes principiológicos oriundos da Constituição Federal, exige que essa etapa não seja determinada a partir de apreciações subjetivas do magistrado, registradas na sentença com termos vagos e genéricos.

Certamente, assim também é e deve ser com relação às penas restritivas de direitos. Como bem observado da leitura do capítulo imediatamente anterior, o legislador, a partir da disposição do inciso IV do artigo 59 e do inciso III do artigo 44, ambos do Código Penal, apresentou mais uma função inerente às circunstâncias judiciais – a de critério explícito –, pois, ainda que eventual substituição da pena privativa de liberdade por outras modalidades punitivas seja entendida como direito público subjetivo do condenado, somente após a constatação de que os elementos circundantes do delito possuem carga axiológica não negativa é que poderá o juiz sentenciante concretizar a etapa em comento.

Por sua vez, buscando demonstrar mais uma função de requisito ou de critério explícito no que concerne às circunstâncias judiciais, observa-se que estas também incidirão quando da análise da suspensão condicional da pena, pois, além desse instituto possuir caráter subsidiário, já que apenas será aplicado quando não for possível a substituição da pena privativa de liberdade por outras sanções alternativas, os elementos que compõe o *caput* do artigo 59 do Código Penal também devem ter sido apreciados de forma não negativa. Ou seja, ainda que preenchidos todos os demais requisitos objetivos dispostos nos artigos 77 a 82 do referido diploma legal, há a necessidade da constatação de que as circunstâncias judiciais não perderam seu inerente e apriorístico valor positivo, constituindo-se num critério de cunho eminentemente subjetivo, mas que, por outro lado, não prescinde de fundamentação e de verificação quanto ao princípio do *ne bis in idem*.

Outrossim, constata-se que as circunstâncias judiciais, além de atuarem em diversas etapas da aplicação da sanção penal, também estão previstas como requisitos dos institutos despenalizadores da suspensão condicional do processo e da transação penal, ambos

disciplinados, respectivamente, nos artigos 89 e 76 da Lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), consoante explanado no capítulo anterior.

Dessa forma, o que se pretende demonstrar, diante de todas as utilidades das circunstâncias judiciais ora sintetizadas, é que estas representam e emanam um universo de funcionalidades, o qual foi, aprioristicamente, estabelecido pelo próprio legislador. Considerando-se, portanto, que uma das vertentes do princípio do *ne bis idem* diz respeito à necessidade de não duplicação de efeitos entre as circunstâncias utilizadas, ou seja, quando uma circunstância atua como conteúdo de outra e sustenta novo juízo de agravação, questiona-se: ainda que legalmente previstas suas funções de critério ou requisito explícito, constituiriam elas, se concomitante ou subsequentemente aplicadas à primeira fase dosimétrica, ofensa à sobredita vedação?

Pois bem, a título de exemplificação, para Carvalho (2013, p. 480) parece correto afirmar que “[...] a valoração negativa do conjunto das circunstâncias judiciais deve operar como causa de aumento da pena-base *ou* impeditivo de conversão da pena de prisão em restritiva”, pois, “do contrário, em decorrência da proliferação de efeitos negativos, a decisão incorreria em dupla valoração, procedimento vedado pela Constituição”. Dando seguimento a esse raciocínio, seria adequado dizer que se o magistrado sentenciante fixa a pena-base em patamar superior ao mínimo previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, ante a presença não positiva das circunstâncias judiciais, não poderia ele, novamente, utilizá-las para determinar um regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso do que o calculado inicialmente para aquela quantidade de pena – ainda que tal hipótese decorra de pura previsão legal (artigo 59, inciso III, do Código Penal).

De outra banda, ao analisar os precedentes emanados pelos Tribunais Superiores, verifica-se que estes não comungam do raciocínio acima apresentado, consoante se pode depreender da parcial ementa da ação de *Habeas Corpus* n. 210.359, de São Paulo, julgada pelo Superior Tribunal de Justiça em 3 de março de 2015, pela sua colenda Quinta Turma, cujo relator foi o Ministro Gurgel de Faria:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE.

[...] 2. Ostentando o réu mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo da pena. Precedentes. 3. Conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou

inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais" (Súmula 269 do STJ). 4. Na hipótese dos autos, contudo, não é o caso de aplicar-se o referido entendimento, pois a situação é diversa, porquanto as instâncias ordinárias consignaram que o paciente, além de reincidente, ostenta maus antecedentes, tendo essa circunstância sido levada em consideração para elevar a pena-base acima do mínimo legal. 5. Embora a pena seja inferior a quatro anos, a presença de circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes -, autoriza a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado. 6. Habeas corpus não conhecido. (Os grifos não constam na redação original). (HC 210.359/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 12/03/2015)

Considerando-se os ensinamentos de Bitencourt (2004, p. 479), a decisão colegiada acima esposada não estaria equivocada, pois “se a pena for de reclusão de até 4 anos e o condenado for reincidente, o regime inicial poderá ser o fechado ou o semiaberto. Os requisitos do art. 59 é que determinarão qual dos dois regimes será o mais adequado [...]”, na medida em que os fatores da natureza e da quantidade da pena aplicada são subsidiados pelos elementos inscritos no referido dispositivo do Código Penal, que busca orientar o magistrado para a fixação regime mais adequado (necessário e suficiente) para determinado caso concreto e para aquele condenado (artigo 33, parágrafo 3º, Código Penal).

O entendimento que se segue neste trabalho é no sentido de que, quando constatada a presença de circunstâncias judiciais não positivas, podem elas ser utilizadas como determinantes do aumento na primeira fase dosimétrica, bem como, posteriormente, como requisitos explícitos em diversas etapas subsequentes, ainda que a pena definitivamente aplicada, numa análise global, deva ser cumprida em um regime mais rigoroso. O precedente acima esposado ilustra sobremaneira essa afirmação, pois, supondo-se que todas as circunstâncias judiciais fossem positivas, o regime inicial de cumprimento de pena a ser fixado seria o semiaberto (em razão da reincidência), não o fechado, o qual, diga-se, para uma pena de apenas 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão (consoante se colhe da íntegra do acórdão), é extremamente desproporcional.

Todavia, vale ressaltar que, além de todas essas hipóteses estarem legalmente previstas, as funções exercidas pelas circunstâncias judiciais nessas diversas etapas são distintas e complementares entre si. Num primeiro momento, exaltarão seu papel de determinante do aumento da pena-base e, posteriormente, seu encargo de critério para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, para a substituição da pena privativa de liberdade por outras modalidades punitivas, entre outros. Ou seja, a percepção das circunstâncias judiciais como elementos que circundam o delito e proporcionam intercorrências em oportunidades e de maneiras diversas, ainda que a consequência prática seja o recrudescimento da sanção penal, numa visão globalizada, acaba por macular a ideia de

que ocorreria ofensa ao princípio do *ne bis idem*.

Relembre-se, nesse sentido, consoante aduz Boschi (2011, p. 268), que o juiz persegue, “[...] na linguagem do Código (art. 59), a pena proporcional, ou seja, aquela necessária e suficiente aos fins de reprovação e da prevenção [...]”. Dessa forma, ainda que o referido autor esteja vinculado à ideia de culpabilidade como reprovabilidade, a pena-base, a partir da análise das circunstâncias judiciais, estabeleceria um critério geral a ser observado nas demais fases – como também defende Carvalho (2013, p. 447) –, cuja funcionalidade, ademais, permitiria um maior controle da discricionariedade judicial, prevenindo excessos, abusos ou desvios de poder na efetivação do *jus puniendi*.

Convém ressaltar, ainda que já mencionado em momentos pretéritos, que a aferição do conteúdo das circunstâncias judiciais não prescinde de imersão na prova dos autos. Em verdade, levando-se em consideração a garantia da fundamentação das decisões judiciais, eventual carga negativa das operadoras do artigo 59 do Código Penal não poderá ser estabelecida a partir de “[...] fontes de criações mentais ou em instrumento para a projeção dos tumultos interiores do magistrado, em detrimento dos direitos e das garantias fundamentais [...]” (BOSCHI, 2011, p. 182). Ademais, urge salientar que os tribunais não dizem, explicitamente, a forma como as circunstâncias judiciais influem no quadro de aplicação da sanção penal.

Por conseguinte, considerando-se as digressões doutrinárias ora esposadas e o precedente colacionado, impõe-se o reconhecimento de que a utilização das circunstâncias judiciais para determinar a pena-base, durante a primeira fase dosimétrica – exaltando sua função de determinante do respectivo aumento –, e, subsequentemente, após finalizada a dosimetria da pena e quantificada a pena definitiva, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a substituição da reprimenda por outras modalidades alternativas à prisão, o *sursis* da pena, dentre outros – emanando sua função de requisito ou critério explícito –, por operarem de forma díspar, ainda que complementar, não configura ofensa ao princípio do *ne bis idem*.

Derradeiramente, impende discorrer acerca da utilização das circunstâncias judiciais como critério subsidiário, isto é, como critério de aferição da causa especial de redução de pena relativa ao tráfico eventual, constante no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), fazendo alusão, a partir da análise das consequências que essa possibilidade poderá acarretar, às circunstâncias específicas previstas na legislação extravagante, como, por exemplo, aquelas dispostas no artigo 6º da Lei n. 9.605/1998, ou no próprio Código Penal –

tudo sob o manto dos princípios constitucionais-penais.

4.4.2 As circunstâncias judiciais como critério subsidiário

4.4.2.1 Causa especial de redução de pena relativa ao tráfico eventual

Com o advento da Lei n. 11.343, publicada em 23 de agosto de 2006, o delito de tráfico de substâncias entorpecentes, especificamente para as espécies dispostas no *caput* e no parágrafo 1º do artigo 33 do diploma em comento, passou a contar com uma nova causa especial de diminuição de pena, visando beneficiar e diferenciar o traficante ocasional ou esporádico daquele que habitualmente pratica o referido crime.

Nesse viés, o parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que, para os “[...] delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, [...] desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Convém salientar que essa previsão, diversamente do que estabelecia a antiga Lei de Drogas (6.368/1976) – a qual não diferenciava o traficante contumaz do ocasional –, inseriu tratamento compatível com os princípios constitucionais da isonomia material e da individualização da pena, cujos preceitos objetivam erradicar o tratamento generalizado, já que cada fato é um fato e todo acusado é diferente de outro.

Ressalta-se, ao demais, que, embora a causa especial de diminuição de pena ora sob análise traga a expressão “*poderão*”, a sua aplicação, caso o réu preencha, de forma cumulada, todos os requisitos expressos na norma, não constitui mera faculdade do magistrado sentenciante, e sim “[...] um verdadeiro **poder-dever** relacionado com a atividade **do Juiz**; e, por outro lado, um **direito subjetivo** deferido ao réu [...]” (GUIMARÃES, 2013, p. 118).

Nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se colhe da ementa do acórdão proferido, no dia 1º de abril de 2008, pela sua Sexta Turma, nos autos da ação de *Habeas Corpus* n. 96.825, de São Paulo, em que foi relator o Ministro Paulo Gallotti:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NORMA DE DIREITO PENAL MATERIAL. RETROATIVIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1 - Trata-se o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, de norma de direito material, sem previsão na legislação anterior, que

beneficia o acusado dada a possibilidade de redução de pena, impondo-se, portanto, a sua aplicação retroativa, não obstante haja a necessidade de se combinar dispositivos de leis distintas, tendo em conta o previsto no artigo 5º, XL, da Constituição Federal, e no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

2 - Ademais, o termo "poderão", utilizado pelo legislador, muito embora indique uma faculdade do juiz para proceder à diminuição da sanção, constitui, na verdade, um dever judicial, representando um direito subjetivo do réu, desde que preenchidos os requisitos lá previstos, sendo certo que, para afastar a incidência da norma, haverá o magistrado, limitando-se a verificar a primariedade e os bons antecedentes, bem como se ele se dedica a atividades criminosas e, ainda, se integra organização desse gênero, de fundamentar a decisão.

3 - Ordem parcialmente concedida para determinar que o Tribunal de Justiça de São Paulo se manifeste sobre a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. (O grifo não está na redação original). (HC 96.825/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 01/04/2008, DJe 29/09/2008)

Destarte, ao constatar que preenche o condenado todos os requisitos presentes no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, caberá ao juiz sentenciante, durante a terceira fase dosimétrica, diminuir a pena-provisória de um sexto a dois terços, finalizando a dosimetria da pena ao estabelecer a pena definitiva. Pergunta-se, porém, com base em que parâmetro poderá o magistrado aferir *quantum* de diminuição da causa especial de quantidade variável ora analisada?

Pois bem, inicialmente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aceitavam e tinham como válido o uso das circunstâncias judiciais específicas da quantidade e da natureza da substância ou do produto entorpecente, inseridas no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, como critério de aferição da referida causa especial.

Visando ilustrar essa constatação, Mendonça *et al* (2008, p. 114) sustentam que, tendo em vista que os requisitos dispostos pelo parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 devem estar presentes de forma cumulada, não seria possível fazer gradações do *quantum* ali esculpido a partir dos elementos indicados pelo próprio legislador (primariedade, bons antecedentes, não participar de atividades criminosas e não integrar organização criminosa). Dessa forma, na medida em que

[...] tais conceitos não admitem meio termo, entendemos que o intérprete deve se valer de outros elementos do caso concreto para avaliar o *quantum* da causa de diminuição. Do contrário, sempre que tivesse direito ao benefício, a causa de diminuição seria inexoravelmente aplicada no máximo (2/3). Assim, entendemos que o magistrado deverá analisar o quanto diminuir à luz dos elementos do art. 42, notadamente a natureza e quantidade de droga.

Esse também era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consoante se pode depreender da parcial ementa da ação de *Habeas Corpus* n. 166.079, do Ceará, julgada em 24

de abril de 2012, pela sua colenda Sexta Turma, cuja relatora foi a Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

PROCESSUAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO REVISÃO CRIMINAL.

GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. REDUÇÃO DE 1/6. PRETENSÃO PELO MÁXIMO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. NÃO OCORRÊNCIA.

CONSIDERAÇÃO DESSE FATO PARA EXASPERAR A PENA-BASE E PARA MODULAR A DIMINUIÇÃO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM.

INEXISTÊNCIA.

[...]

3. Concretamente fundamentada em um sexto a diminuição da pena, na terceira fase da dosimetria, dada a apreensão de grande quantidade de droga (quase cinco quilos de cocaína), não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

4. Não há bis in idem na consideração da quantidade de droga para exasperar a pena-base e também para modular a quantidade de diminuição (art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006), porquanto, além de ser disposição imperativa do art. 42 da mesma Lei, trata-se da utilização de um mesmo vetor em fases distintas da dosimetria, gerando efeitos diversos em cada uma delas, não ocorrendo, pois, a dupla valoração da mesma circunstância para idêntica finalidade.

5. Ordem denegada. (HC 166079/CE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 07/05/2012)

Concordando com o precedente acima colacionado, Leite Neto *et al* entendem que, “[...] resultando o aumento da pena em virtude das circunstâncias descritas no artigo 42, a pena poderá ser diminuída com fundamento no § 4º do art. 33 por esses mesmos fatos, haja vista a diversidade de incidência (aumento e depois diminuição)”.

Em princípio, portanto, entendia-se que as circunstâncias judiciais específicas da natureza e da quantidade da substância entorpecente poderiam ser utilizadas pelo magistrado sentenciante tanto na primeira quanto na terceira fases da dosimetria, sem que isso configurasse ofensa ao princípio do *ne bis idem*. A justificava para tanto, construída pela doutrina e pela jurisprudência, já que ausente qualquer previsão legal, encontrava respaldo na afirmação de que os elementos esculpido no artigo 42 da Lei de Drogas eram valorados de forma distinta, pois, em cada etapa da dosimetria da pena, as funções por eles exercidas também seriam diferentes. Ou seja, na primeira etapa dosimétrica, as circunstâncias judiciais da natureza e da quantidade de entorpecentes eram valoradas como determinantes do aumento da pena-base, e, durante a terceira fase da dosimetria, exerciam sua função de critério subsidiário (parâmetro) para aferição da causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.

No entanto, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em oposição à Primeira Turma e aos julgados do Superior Tribunal de Justiça, passou a entender que a quantidade e a natureza da substância entorpecente “[...] são circunstâncias que devem ser analisadas na 1ª fase de individualização da pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, sendo impróprio invocá-las por ocasião de escolha do fator de redução previsto no § 4º do art. 33, sob pena de *bis in idem*”, consoante se extrai da ação de *Habeas Corpus* n. 113.376, de Pernambuco/PE, publicada em 14 de maio de 2013, cujo relator era o Ministro Gilmar Mendes¹¹⁹.

Em seguida, no julgamento da ação de *Habeas Corpus* n. 112.776, de Mato Grosso do Sul/MS, ocorrido em 19 de dezembro de 2013, realizado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, ante as divergências da Primeira e da Segunda Turma, cujo relator foi o Ministro Teori Zavascki, foi concedida, em parte, a ordem para determinar ao juízo competente que procedesse à nova fixação da pena imposta ao paciente, pelas razões expostas na ementa abaixo colacionada:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E NA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. BIS IN IDEM. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º, DO ART. 2º, DA LEI 8.072/1990. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÃO RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONDEDIDA. 1. Segundo o art. 42 da Lei 11.343/06, “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Configura ilegítimo *bis in idem* considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto para fixar a pena base (primeira etapa) e, simultaneamente, para a escolha da fração de redução a ser imposta na terceira etapa da dosimetria (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006). Todavia, nada impede que essa circunstância seja considerada para incidir, alternativamente, na primeira etapa (pena-base) ou na terceira (fração de redução). Essa opção permitirá ao juiz aplicar mais adequadamente o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) em cada caso concreto. 2. O magistrado sentenciante considerou a natureza e a quantidade de droga simultaneamente na primeira e na terceira fase de individualização da reprimenda, em flagrante *bis in idem*. 3. Ao julgar o HC 111.840/ES (Pleno, Min. DIAS TOFFOLI), esta Corte, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. 4. É firme a

¹¹⁹ Em idêntico sentido: *Habeas Corpus* n. 118.267, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, publicado em 29 de novembro de 2013; *Habeas Corpus* n. 115.708, cujo relator era o Ministro Ricardo Lewandowski, publicado em 18 de outubro de 2013; Recurso ordinário em *Habeas Corpus* n. 116.066, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, publicado em 18 de abril de 2013.

jurisprudência desta Corte no sentido de que a vedação de substituição de reprimenda com base apenas na proibição legal ofende o princípio da individualização, cumprindo ao julgador analisar os requisitos do art. 44 do Código Penal. No caso, porém, tal conversão foi negada à luz das circunstâncias do caso concreto. 5. Ordem concedida parcialmente, para determinar ao juízo competente que proceda à nova fixação da pena imposta ao paciente, bem como fixe o novo regime prisional, à luz do art. 33 do Código Penal. (HC 112776, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

Por conseguinte, observa-se que, por maioria de votos, restou estabelecido que a consideração da natureza e da quantidade de substância entorpecente na primeira fase da dosimetria, a fim de fixar a pena base, e, posteriormente, para aferir a fração de redução da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, com fundamento artigo 8º, 4, do Pacto de San José da Costa Rica, configura ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

Todavia, ainda que as referidas circunstâncias não possam ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fases dosimétricas, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu que poderiam elas figurar na primeira ou, frise-se, ou na terceira etapa da dosimetria, pois, assim, afastar-se-ia a possibilidade de ocorrência de *bis in idem*. Ou seja, consoante se colhe da parcial ementa da ação de *Habeas Corpus* n. 109.193, de Minas Gerais/MG, julgada em conjunto com a ação de *Habeas Corpus* n. 112.776, acima referida, nada impede que as circunstâncias do artigo 42 da Lei n. 11.343/2006 sejam consideradas para incidir, “[...] alternativamente, na primeira (pena-base) ou na terceira (fração de redução). Essa opção permitirá ao juiz aplicar mais adequadamente o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) em cada caso concreto”.

Convém salientar, a contrário senso, os fundamentos do veto vencido do Ministro Luiz Fux, para quem a consideração das circunstâncias do artigo 42 da Lei de Drogas, tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria da pena, não configura *bis in idem*, pois “[...] tais circunstâncias constituem elementos indiciários de dois fatores distintos”. Ou seja, leva-se

Em primeiro lugar, a intensidade da lesão à saúde pública; e, em segundo lugar, o grau de envolvimento do agente com a criminalidade; porque, como destacou o Ministro Teori Zavascki, aqui a hipótese não é de agravar a pena. Não é uma causa de aumento de pena. Aqui a hipótese é a de sopesar se é possível aplicar uma minorante, tendo em vista a quantidade da droga. Então, o que nós, na Primeira Turma, ressaltamos é que a nova Lei veio proteger, de um lado, a saúde pública e, de outro lado, agravar a situação daquele que está envolvido na atividade criminosa e na organização criminosa.

Porém, segundo se extrai do voto do relator Teori Zavascki, não há discordância no que se refere à possibilidade de utilização das circunstâncias judiciais na terceira fase da

dosimetria da pena como critério de aferição do *quantum* de diminuição do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, o que não seria viável, apenas, se já utilizadas como determinantes do aumento da pena base durante a primeira fase dosimétrica:

Não havendo critérios preestabelecidos para a escolha do *quantum* de diminuição (terceira fase), uma vez que a lei não colocou à disposição do julgador nenhum dado que pudesse servir de parâmetro, não parece contrária ao direito a possibilidade de o julgador socorrer-se de uma ou mais circunstâncias descritas no art. 42 da Lei de Drogas.

Em síntese, dirimindo a controvérsia acerca da legitimidade do uso das circunstâncias da natureza e da quantidade de substância entorpecente como critério de aferição do fator de redução da causa especial de diminuição de pena do tráfico eventual, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento das ações de *Habeas Corpus* n. 112.776 e 109.193, acima mencionadas, decidiu que: a) caracteriza ofensa ao princípio do *ne bis idem* considerar, na terceira etapa do cálculo da pena do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da substância ou do produto entorpecente, quando essas circunstâncias já tiverem sido utilizadas durante a primeira fase dosimétrica para a fixação da pena base, a fim de graduar a minorante prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006; b) não há impedimento, no entanto, que as circunstâncias do artigo 42 do referido diploma recaiam, alternadamente, na primeira ou na terceira fase dosimétrica, a critério do magistrado, em observância ao princípio da individualização da pena.

Essa é a atual situação jurídica estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal. Convém, entretanto, tecer alguns comentários acerca das possíveis consequências que esse contemporâneo entendimento poderá acarretar.

Inicialmente, é imperioso ressaltar que, aparentemente, agiu bem o Supremo Tribunal Federal ao confirmar a existência de *bis in idem* quando o magistrado faz uso das circunstâncias da natureza e da quantidade de substância e do produto entorpecente tanto na primeira quanto na terceira fases dosimétricas. Isso porque, não obstante, como evidenciado no presente trabalho, as circunstâncias judiciais exerçam diversas funções em diferentes etapas da aplicação da pena, a dosimetria busca, em termos gerais, tão somente fixar o *quantum* da reprimenda a partir de três fases, consoante determinado pelo legislador no artigo 68 do Código Penal. Ou seja, a finalidade última da dosimetria da pena, considerada ela como uma das etapas da aplicação da sanção penal, é estabelecer a quantidade da reprimenda cominada para o respectivo tipo penal incriminador.

Portanto, levando-se em consideração os contornos do princípio do *ne bis in idem*, sobretudo no plano horizontal, a duplicação de efeitos a partir de novos juízos de agravação sobre as mesmas circunstâncias judiciais, em duas fases pertencentes a uma única etapa detentora de um singular fim, consistente na determinação do *quantum* da reprimenda, configura ofensa ao sobredito princípio constitucional-penal.

Em sentido diametralmente oposto, pode-se argumentar que o uso das circunstâncias da natureza e da quantidade de substância ou de produto entorpecente, tanto na primeira quanto na terceira fase dosimétrica, não constitui *bis in idem* porquanto não se trata de dupla agravação da pena, já que o parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 é, em verdade, causa especial de diminuição e não de aumento de pena. Porém, não é preciso ser detentor de grandes conhecimentos matemáticos para perceber que, ao se utilizar uma menor fração para se proceder à redução da pena, ante a presença de circunstâncias negativas, menor ainda será a diminuição, fato este que, de forma indubitável, agrava a sanção penal a ser aplicada ao condenado, podendo interferir, inclusive, em diversas outras etapas, como na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, concessão de *sursis*, entre outros. Ou seja, não se pode dissociar o índice fracionário da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 da própria dosimetria da pena.

Retomando a análise das possíveis consequências oriundas do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a primeira delas a ser destacada parte do seguinte pressuposto: ao magistrado, segundo os julgados examinados, foi dada a *opção* de escolher em que momento da dosimetria fará uso das circunstâncias da natureza e da quantidade de substância ou do produto entorpecente apreendido, se na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena, certamente quando presente a referida causa especial de diminuição. Ocorre que, ao utilizar as sobreditas circunstâncias como determinantes do aumento da pena base, o juiz sentenciante, necessariamente, terá que aplicar o redutor máximo do *quantum* de diminuição previsto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, qual seja, 2/3 (dois terços).

Todavia, consoante se extrai da fundamentação contida no voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki, no julgamento da ação de *Habeas Corpus* n. 109.193, alhures mencionada, “[...] na primeira fase, levam-se em conta algumas circunstâncias, das preponderantes ou não e, mais adiante, dosa-se a redução com base em outras circunstâncias diferentes, evitando, assim o *bis in idem*”. Não sendo admitida essa interação entre o artigo 42 e o parágrafo 4º do artigo 33, ambos da Lei n. 11.343/2006, “[...] o julgador ficaria limitado a aplicar, indistintamente, maior fração (2/3) a todos os condenados que fizessem jus à redução,

acarretando uma uniformidade de apenamento, em flagrante violação dos princípios da isonomia, [...] da motivação e da individualização da pena”.

Ao que parece, além de o magistrado possuir a discricionariedade de decidir em qual momento utilizará as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga, se na primeira ou na terceira fase dosimétrica, em interpretação ao referido trecho do voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki, seria possível, ainda, levar em consideração algumas circunstâncias para fixar a pena base e outras para aferir o *quantum* de diminuição do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.

No entanto, não se pode olvidar que, apesar de serem separadamente analisadas à luz do conjunto probatório, as circunstâncias judiciais devem ser conjuntamente valoradas (BOSCHI, 2011, p. 183). Caso a linha de raciocínio apresentada pelo Ministro Teori Zavascki persista, os magistrados poderão utilizar a natureza da droga para fixar a pena base, durante a primeira fase dosimétrica, e a quantidade do entorpecente como parâmetro para a determinação do índice fracionário da causa especial de diminuição de pena sob análise – assim, também, para os elementos contidos no artigo 59 do Código Penal – o que, já que dada a opção, não soa absurdo.

De mais a mais, uma segunda observação diz respeito aos atuais julgados oriundos dos tribunais após a proclamação desse novo entendimento. Em um dos casos, consoante se pode depreender da ementa da ação de *Habeas Corpus* n. 290.125, de São Paulo, julgada pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 25 de novembro de 2014, cujo relator foi o Ministro Walter de Almeida Guilherme, restou reconhecida a legalidade da utilização das circunstâncias da natureza e da quantidade da substância entorpecente apreendida apenas na terceira fase dosimétrica, para determinar o *quantum* de redução do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas. Em seguida, ao proceder à análise da substituição da reprimenda por penas restritivas de direitos, esta não foi concedida, sob o argumento de que haviam sido apreendidos quase meio quilo de maconha e aproximadamente 90g (noventa gramas) de cocaína, além de *crack*, ou seja, de que as circunstâncias do delito não indicavam a substituição como medida suficiente à reprovação e prevenção do crime.

No que concerne à fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o Superior Tribunal de Justiça afirmou no sobredito precedente que “as circunstâncias do delito, notadamente o fato de terem sido apreendidos diversos tipos de entorpecentes, em quantidades razoáveis [...]”, imporiam a adoção de regime mais severo. No entanto, “[...] tendo em vista a quantidade da sanção total imposta (4 anos reclusão) e considerando que a

pena-base foi fixada no mínimo legal diante do reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis [?], o regime mais severo a ser considerado é o semiaberto e não o fechado”.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS FAVORÁVEIS. PENA-BASE: 5 ANOS. DIMINUIÇÃO EM 1/5. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PENA TOTAL: 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. NEGADA A SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE E QUALIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS PARA ADOTAR FRAÇÃO MENOR DE REDUÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM NO CASO CONCRETO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL INADEQUADA. APREENSÃO DE QUASE MEIO QUILO DE MACONHA E APROXIMADAMENTE 100g DE COCAÍNA, ALÉM DE CRACK. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO A SER CONSIDERADO, NA HIPÓTESE, TENDO EM VISTA A QUANTIDADE TOTAL DA PENA E AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS, DEVE SER O SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, DE OFÍCIO, APENAS PARA FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não admite a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio previsto no ordenamento jurídico. Contudo, nos casos de flagrante ilegalidade, a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Não há ilegalidade na consideração da qualidade e quantidade da droga para aumentar a pena base ou para escolher a fração de diminuição a ser empregada no caso de aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

3. O que está vedado pelo Supremo Tribunal Federal, e também pela 3a. Seção deste STJ, é que a natureza e a quantidade da droga sejam utilizadas para aumentar a pena na primeira fase da dosimetria e também para afastar o benefício do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 ou escolher a menor fração de diminuição de pena admissível, ao argumento de que esse proceder caracteriza bis in idem. Na hipótese, o MM. Juiz e o Tribunal avaliaram essa circunstância apenas no momento da diminuição da pena por força da redutora do art. 33, § 4º, da Lei 11343/2006, o que não caracteriza qualquer ilegalidade.

4. Quanto à substituição da reprimenda corporal por restritivas de direito, vê-se que a medida não é recomendável. Não se pode olvidar que foram apreendidos quase meio quilo de maconha e aproximadamente 90 gramas de cocaína, além de crack. Assim, as circunstâncias do delito não indicam que a pretendida substituição seja suficiente.

5. As circunstâncias do delito, notadamente o fato de terem sido apreendidos diversos tipos de entorpecentes, em quantidades razoáveis, impõem efetivamente a adoção de regime mais severo; todavia, no caso concreto, tendo em vista a quantidade da sanção total imposta (4 anos de reclusão) e considerando que a pena-base foi fixada no mínimo legal diante do reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis, o regime mais severo a ser considerado é o semiaberto e não o fechado.

6. Habeas Corpus não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, apenas para estabelecer o regime inicial semiaberto. (HC 290.125/SP, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014)

Ora, esse julgado contém um impropriedade ao afirmar que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis e que, por isso, o regime inicial de cumprimento de pena seria o semiaberto e não o fechado. Em verdade, as circunstâncias da natureza e da quantidade do

produto entorpecente apreendido foram reconhecidas como negativas, porém, a fim de evitar a ocorrência de *bis in idem*, apenas restaram aplicadas e valoradas na terceira fase dosimétrica – aliás, o próprio Tribunal, consoante alhures mencionado, afirma que “as circunstâncias do delito, notadamente o fato de terem sido apreendidos diversos tipos de entorpecentes, em quantidades razoáveis, impõem efetivamente a adoção de regime mais severo”. Ou seja, ao que parece, se os elementos do artigo 42 da Lei de Drogas não forem valorados para a fixação da pena base, durante a primeira fase dosimétrica, e, conseqüentemente, restarem considerados apenas como parâmetro ou critério de aferição para a determinação do *quantum* fracionário da causa especial de diminuição do parágrafo 4º do artigo 33 do referido diploma, perderiam eles seu caráter de circunstância judicial, razão por que não serviriam à fixação do regime inicial de cumprimento de pena, mas, a contrário senso, poderiam ser utilizados para negar a substituição por penas restritivas de direitos – o que, de fato e por evidente, conduz a uma absoluta incorreção.

Nesse diapasão, convém salientar que o próprio Supremo Tribunal Federal foi quem permitiu ao magistrado a escolha entre utilizar as sobreditas circunstâncias na primeira ou na terceira fase. Destarte, na medida em que os elementos da natureza e da quantidade da droga são analisados e valorados *a priori*, registrando carga axiológica positiva ou negativa, só porque o juiz escolhe aplicá-los na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena, não quer dizer que deixam eles de levar consigo suas demais funcionalidades, isto é, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a substituição da reprimenda por outras penas restritivas de direito ou para a concessão de *sursis* da pena.

Dessa forma, a fim de que não se estreie um mar de julgados incongruentes, a sugestão que aqui se faz é: caso o magistrado opte por utilizar as circunstâncias da natureza e da quantidade da substância ou do produto entorpecente apreendido na terceira fase dosimétrica, que sejam elas, inicialmente, reconhecidas na primeira fase da dosimetria, com a ressalva de que se deixa de aumentar a pena base, a despeito da presença negativa dos referidos elementos, pois estes serão utilizados como parâmetro ou critério de aferição do índice fracionário inscrito na causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas – evitando-se ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

Em outras palavras, uma possibilidade é a de que o magistrado sentenciante reconheça, na primeira fase da dosimetria, a existência e a carga axiológica negativa das circunstâncias judiciais da natureza e da quantidade da droga desfavoráveis, mas, expressamente, mencione que deixa de fixar a pena base acima do mínimo cominado no tipo

penal incriminador para utilizá-las na terceira fase dosimétrica como critério de aferição da causa especial de diminuição de pena alhures mencionada.

Outrossim, convém salientar um possível posicionamento, diverso da sugestão acima construída, cuja fundamentação encontra amparo na especialidade inferida do artigo 61 do Código Penal. Como é de conhecimento dos que se debruçam sobre o direito penal, sempre que uma circunstâncias aparecer como judicial e agravante ou atenuante ou, ainda, como causa de aumento ou de diminuição de pena, deve ela incidir na última etapa da dosimetria da pena, figurando, na hipótese apresentada, na terceira fase, como causa de majoração ou de minoração da reprimenda.

Destarte, uma vez dada a opção ao juiz sentenciante de utilizar as circunstâncias da natureza e da quantidade de substância entorpecente ou na primeira ou na terceira fase dosimétrica, à luz da mencionada especialidade, deveriam elas figurar sempre como critério de aferição do índice fracionário inserto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) e não como determinantes do aumento da pena-base.

Todavia, considerando-se os preceitos constitucionais-penais, essa não parece a proposta mais adequada à sua concretização. Nessa linha de raciocínio, passa-se à análise de uma terceira possibilidade, a qual se funda no princípio do *favor rei*, consectário do princípio da presunção de inocência, previsto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual, dentre outras conceituações, diante de duas interpretações possíveis, deve-se prezar por aquela que se apresenta mais favorável ao réu.

Desse modo, tendo em vista que ao juiz sentenciante foi dada a *opção* de uso no que se refere à aplicação das circunstâncias da quantidade e da natureza da droga apreendida, bem como da concepção de que, durante a aplicação da sanção penal, a discricionariedade judicial não se confunde com arbitrariedade, caberá ao magistrado, em respeito aos sobreditos princípios constitucionais-penais, fazer incidir as mencionadas circunstâncias na fase que resulte, ao final, em uma situação mais benéfica ao condenado.

A título de exemplificação, passa-se à análise de duas hipóteses fáticas: o crime perpetrado é tráfico de drogas, inscrito no *caput* do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006. Resta devidamente comprovado que o agente criminoso é primário e não ostenta maus antecedentes, bem como encontra-se ausente qualquer prova que indique a participação em atividades delitivas ou integração em organização criminosa. Ou seja, é possível e devida a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 do referido diploma legal, haja vista que preenche o acusado, de forma cumulada, todos os requisitos

necessários. Porém, a quantidade de entorpecente transportado pelo agente era consideravelmente grande, de 50kg (cinquenta quilogramas), bem como a natureza da substância possuía alto grau de potencialidade ativa – cocaína. Percebe-se, portanto, que a carga axiológica das circunstâncias judiciais dispostas no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006 deve ser considerada negativa, tanto no que concerne à quantidade de substância entorpecente quanto à qualidade da droga.

Nesse diapasão, supondo-se que o magistrado sentenciante, à luz da nova interpretação oriunda do Supremo Tribunal Federal, escolha aplicar as circunstâncias judiciais da natureza e da quantidade da substância estupefaciente na terceira fase dosimétrica, como critério de aferição do índice fracionário da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 do referido diploma extravagante, ao final da aplicação da sanção penal, teríamos, provavelmente, o seguinte cenário: na primeira fase dosimétrica, apesar de existentes elementos circundantes do delito capazes de aumentar a pena-base, restaria esta fixada no mínimo cominado no tipo penal incriminador, isto é, em 5 (cinco) anos, a fim de evitar ofensa ao princípio do *ne bis in idem* – lembrando da importância de o magistrado registrar a presença negativa das sobreditas circunstâncias judiciais nesta etapa, ainda que não proceda ao respectivo aumento. Já na segunda fase da dosimetria da pena, inexistentes circunstâncias agravantes ou atenuantes do crime, a pena provisória permaneceria em 5 (cinco) anos. Por derradeiro, considerando-se presentes os requisitos para a aplicação da causa especial de diminuição de pena em comento, o juiz sentenciante, por ter optado utilizar os elementos da natureza e da quantidade da substância entorpecente como critério de aferição do *quantum* estabelecido no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, procederia à diminuição mínima, isto é, em 1/6 (um sexto). Dessa forma, ao final da dosimetria da pena, a pena definitiva seria de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Em contrapartida, na hipótese de o magistrado sentenciante optar por utilizar as circunstâncias judiciais da natureza e da quantidade de droga na primeira fase dosimétrica, como determinantes do aumento da pena mínima, é possível que seja visualizado o seguinte panorama: na primeira fase dosimétrica, em face de cada circunstância judicial negativa devidamente reconhecida, o juiz poderia proceder ao aumento da pena mínima em 1/3 (um terço)¹²⁰, fixando a pena-base em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses – recordando que a pena

¹²⁰ Como mencionado nos capítulos anteriores, a orientação dos Tribunais Superiores é no sentido de que o aumento da pena mínima, decorrente da presença de circunstâncias judiciais negativas, durante a primeira fase dosimétrica, não deve ultrapassar o patamar de 1/6 (um sexto) para cada circunstância registrada, consoante se extrai da parcial ementa dos autos da ação de *Habeas Corpus* n. 202422, de Minas Gerais, proferida em 6 de

mínima cominada no tipo penal incriminador do *caput* do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 é de 5 (cinco) anos. Em seguida, na segunda etapa da dosimetria da pena, ante a ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, a pena-provisória permaneceria fixada em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses. Já na terceira fase dosimétrica, considerando-se que o magistrado sentenciante fez uso das circunstâncias judiciais na primeira etapa da dosimetria, a fim de proceder ao aumento da pena mínima com base na quantidade e na natureza da substância entorpecente, deveria ele aplicar a diminuição máxima presente na causa especial de diminuição do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, isto é, em 2/3 (dois terços), haja vista a ausência de parâmetros capazes de justificar outro índice fracionário. Desse modo, ao final da terceira fase dosimétrica, aplicando-se o referido redutor máximo, a pena definitiva restaria fixada em 4 (quatro) anos e 5 (cinco) meses de reclusão.

Por conseguinte, dentre as hipóteses acima apresentadas, levando-se em consideração o princípio do *favor rei*, o juiz, ao prolatar a respectiva sentença condenatória, deverá escolher, no que concerne ao uso das circunstâncias judiciais da natureza e da quantidade da substância estupefaciente, a interpretação mais favorável ao réu. No caso em comento, o primeiro cenário apresentou-se mais benéfico do que o segundo, isto é, quando o magistrado optou por utilizar as sobreditas circunstâncias apenas na terceira fase da dosimetria da pena, como critério ou parâmetro de aferição do índice fracionário inscrito na causa de diminuição do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006. Não se pode olvidar, no entanto, que, em ambos os casos, as circunstâncias judiciais podem e, como defendido no presente trabalho, devem ser reconhecidas na primeira fase dosimétrica, ainda que forem utilizadas apenas na terceira etapa, pois, como alhures mencionado, não perdem elas o caráter de circunstância judicial¹²¹, de modo que ainda irão influir nas demais etapas da aplicação da pena, notadamente na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, na substituição da

dezembro de 2012, pela Colenda Quinta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio Bellizze: HABEAS CORPUS [...] PENA-BASE. AUSÊNCIA DE PARÂMETRO. AUMENTO DESARRAZOADO. RESPEITO AO LIMITE DE 1/6. 3. Apesar de a lei penal não fixar parâmetro específico para o aumento na primeira fase da dosimetria da pena, o magistrado deve se pautar pelo princípio da razoabilidade, não se podendo dar às circunstâncias judiciais maior expressão quantitativa que às próprias causas de aumentos, que variam de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). Portanto, via de regra, deve se respeitar o limite de 1/6 (um sexto) para cada circunstância do art. 59 do Código Penal.

¹²¹ A valoração das circunstâncias judiciais, como explanado nos capítulos anteriores, ocorre antes mesmo de se determinar a quantificação da pena-base durante a primeira fase dosimétrica, pois cabe ao juiz promover a escolha da pena dentre as alternativamente cominadas, consoante dispõe o inciso I do artigo 59 do Código Penal. Desse modo, a análise valorativa das referidas circunstâncias, isto é, a determinação da sua carga axiológica, se negativa ou permanentemente positiva, acontece em momento anterior ao efetivo uso como determinantes do aumento de pena ou como critério de aferição. Portanto, é evidente que o caráter de circunstância judicial se conserva durante toda a aplicação da sanção penal, não o exercendo apenas quando utilizadas na primeira fase da dosimetria da pena.

reprimenda por penas restritivas de direitos e na concessão do *sursis* da pena, por força de disposições expressas em lei.

Consoante se constata nas explanações e hipóteses ora registradas, a matéria em apreço demanda profunda análise doutrinária, pois, como apontado no decorrer do presente item, o entendimento oriundo do Supremo Tribunal Federal acerca da utilização das circunstâncias judiciais insculpidas no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) pode gerar inúmeras interpretações controversas e, por conseguinte, fomentar a insegurança jurídica ao desnaturalizar o caráter e as funcionalidades inerentes às circunstâncias judiciais, há muito ignoradas pelos operadores do Direito. Buscou-se, portanto, ao introduzir a análise das consequências do atual posicionamento da Corte Suprema, abarcar algumas sugestões de como poderá se dar a efetiva aplicação das circunstâncias judiciais no decorrer da determinação da sanção penal, sem olvidar as bases conceituais que devem se ajustar a qualquer nova construção jurisprudencial.

4.4.2.2 A aplicabilidade do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal às demais leis penais extravagantes e ao Código Penal

Consoante mencionado no capítulo inicial do presente trabalho, ideologicamente semelhante à Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), o legislador, levando em consideração as peculiaridades que envolvem as infrações perpetradas em face do meio ambiente, previu no artigo 6º da Lei n. 9.605/1998 circunstâncias judiciais específicas, quais sejam: *a)* “a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente”; *b)* “os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental”; e *c)* “a situação econômica do infrator, no caso de multa” – todas já oportunamente analisadas.

Convém lembrar, no entanto, que, diversamente do que ocorre com a natureza e a quantidade da substância ou do produto entorpecente, que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do artigo 59, *caput*, do Código Penal, com exceção da personalidade do agente e da conduta social, já que previstas no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, as circunstâncias específicas inscritas no artigo 6º da Lei n. 9.605/1998 são consideradas suplementares, pois, além de novos elementos, há uma adjetivação das circunstâncias já constantes do diploma substantivo penal.

Por conseguinte, à luz da nova interpretação exarada pelo Supremo Tribunal Federal

no que se refere ao uso das circunstâncias judiciais da natureza e da quantidade da substância estupefaciente, seria possível estender esse atual entendimento para utilizar as sobreditas circunstâncias específicas ambientais como critério de aferição da causa de aumento de pena constante no artigo 53 da Lei n. 9.605/1998 ou, ainda, de modo geral, a todas as causas de aumento ou de diminuição de pena de quantidade variável inscritas no referido diploma extravagante ou no próprio Código Penal?

Segundo consta do artigo 53 da Lei n. 9.605/1998, os delitos previstos na Seção II da Lei n. 9.605/1998 (Dos crimes contra a flora) podem ser aumentados de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se: 1) “do fato resulta a diminuição de águas naturais, a erosão do solo ou a modificação do regime climático”; 2) o crime é cometido: “a) no período de queda das sementes; b) no período de formação de vegetações; c) contra espécies raras ou ameaçadas de extinção, ainda que a ameaça ocorra somente no local da infração; d) em época de seca ou inundação; e) durante a noite, em domingo ou feriado”.

Sem adentrarmos nos meandros de cada causa especial de aumento de pena ou, ainda, nas especificidades que guarnecem todas as legislações referentes ao meio ambiente, objetiva-se, com a presente análise, discorrer sobre a possibilidade do atual entendimento preconizado pela Corte Suprema se estender às demais causas de majoração ou diminuição da sanção penal, não apenas com relação aos crimes ambientais, mas, também, às hipóteses constantes no próprio Código Penal e nas diversas leis especiais extravagantes.

Pois bem, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal tenha limitado a funcionalidade das circunstâncias da natureza e da quantidade de substância entorpecente, já que entendeu constituir ofensa ao princípio do *ne bis in idem* utilizá-las, concomitantemente, na primeira e na terceira fases dosimétricas, fato é que, por outro lado, reconheceu-se, de forma inconteste e prática, ainda que sem previsão legal, a função das circunstâncias judiciais de parâmetro ou critério de aferição das causas de aumento ou de diminuição de pena de quantidade variável.

Nessa linha de raciocínio, a fim de que as causas de aumento ou de diminuição de pena de quantidade variável não fossem transformadas em fixas, ante o aparente enrijecimento das funcionalidades das circunstâncias judiciais na aplicação da sanção penal, preconizado pelo Supremo Tribunal Federal, não se constataria, aprioristicamente, impedimentos para que, por exemplo, a circunstância específica da gravidade do fato, tendo em vista as consequências para a saúde pública e para o meio ambiente, fosse utilizada como

critério de aferição do índice fracionário entabulado no artigo 53 da Lei n. 9.605/1998, ainda que determinante de majoração da pena.

Todavia, ainda que, diante da atual interpretação da Corte Suprema, tenha sido efetivamente reconhecida a funcionalidade (limitada) das circunstâncias judiciais de critério ou parâmetro na aplicação da pena, pode-se argumentar que estender esse entendimento meramente jurisprudencial seria inconstitucional, pois proceder à escolha de uma fração maior presente em uma causa de aumento de quantidade variável, por exemplo, seria agir em prejuízo do réu.

Outrossim, considerando-se que o conceito de interpretação extensiva¹²² restringe-se às normas já existentes no ordenamento jurídico, seria inviável ampliar a cobertura do entendimento proferido pela Corte Suprema no que se refere à aplicabilidade das circunstâncias judiciais às causas de aumento ou de diminuição de pena de quantidade variável.

Contudo, não se pode olvidar que essa nova atuação do Supremo ocorreu porque, ainda que sem previsão legal, as circunstâncias da natureza e da quantidade da substância entorpecente já estavam sendo aplicadas como critério de dosagem da causa especial do tráfico eventual, na terceira fase dosimétrica, pelos magistrados sentenciante. Essa funcionalidade, como mencionado, restou reconhecida – e não criada – pela Corte Suprema quando da apreciação da questão.

De fato, conquanto não haja um estudo aprofundado pelos doutrinadores no que concerne à funcionalidade das circunstâncias judiciais como critério de dosagem das causas de aumento ou de diminuição de pena de quantidade variável, há alguns fragmentos que colocam essa possibilidade e exaltam o desempenho ora em apreço, consoante se infere dos ensinamentos preconizados por Rohneldt (*apud* BOSCHI, 2011, p. 269):

As circunstâncias judiciais influem, inclusive, na valoração da causa especial de aumento ou diminuição, quando são previstas em quantidade variável entre um mínimo e um máximo (1 a 2/3, 1/6 a um terço, um terço até metade, etc.). Para escolher, entre os extremos, qual o aumento ou o desconto que irá fazer e, não podendo a escolha ser obra de um capricho pessoal, volta-se o juiz para as circunstâncias judiciais e verifica a tendência delas: se benéfica, valoriza mais a causa de diminuição e menos a causa de aumento; se for o contrário, valoriza mais a causa de aumento e menos a causa de diminuição.

¹²² Cumpre esclarecer que a interpretação extensiva ocorre quando o intérprete amplia o significado de um termo para alcançar o real significado da **norma**, sendo ainda controverso na doutrina se ela pode (ou não) ser em prejuízo do réu (CUNHA, 2013, p. 61).

Ademais, ao analisar a jurisprudência dos Tribunais Superiores, encontra-se um acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no dia 1º de janeiro de 1996, já citado no presente trabalho, de cujo teor se extrai a possibilidade de utilização das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal como critério de mensuração de uma causa de aumento de pena de quantidade de variável, senão, veja-se, novamente, a ementa do Recurso Especial n. 77.554/PR, julgado pela Sexta Turma, no qual foi relator o Ministro Vicente Leal:

PENAL. SENTENÇA CONDENATORIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MINIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. ADOÇÃO DO PERCENTUAL MAXIMO. IMPOSSIBILIDADE. TRAFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO. LEI N. 6.368/74, ARTS. 12 E 18, III).

- SE O JUIZ, NO PROCESSO DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, **CONSIDERADAS AS CIRCUNSTANCIAS LEGAIS, INSCRITAS NO ART. 59, DO CODIGO PENAL, FIXAR A PENA-BASE NO MINIMO LEGAL, NÃO PODERA ADOTAR O PERCENTUAL MAXIMO NA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA.**

- NA HIPOTESE DE CONDENAÇÃO POR TRAFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 6.368/76, ART. 12), SE A PENA-BASE FOI FIXADA NO MINIMO LEGAL - 3 ANOS -, EM FACE DAS CIRCUNSTANCIAS LEGAIS QUE REVELARAM FAVORAVEIS AO REU, E INDEVIDA, PORQUE INCOERENTE, A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA RELATIVA A ASSOCIAÇÃO (ART. 18, III) EM PERCENTUAL MAXIMO IMPONDO-SE A ADOÇÃO DO MESMO CRITERIO.

- RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

(REsp 77.554/PR, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9951) [grifei]

Por conseguinte, ainda que a questão ora posta sob análise demande intenso aprofundamento pela doutrina e pelos tribunais, não se pode olvidar que o magistrado, ao proceder à aplicação da sanção penal, consoante se depreende do *caput* do artigo 59 do Código Penal, busca a pena proporcional, notadamente através da consideração harmônica e coerente das circunstâncias judiciais, as quais, apesar de terem tido a sua funcionalidade de critério limitada pelo Supremo Tribunal Federal, guarnecem relação com a totalidade das etapas da determinação da pena.

Convém ressaltar, ao demais, que, no entender de Boschi (2011, p. 269), diverso do exaltado pelo Supremo Tribunal Federal, a reinvocação do artigo 59 na terceira fase dosimétrica não constituiria ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, pois “[...] o parâmetro a ser adotado não será dado pelas circunstâncias judiciais isoladamente consideradas e sim pelo grau de reprovação pelo fato espelhado na quantidade de pena-base estabelecida, dentro das possibilidades reais existentes”.

No entanto, tendo em vista a atual limitação preconizada pela Corte Suprema, quando da apreciação da possibilidade de utilização das circunstâncias judiciais específicas da quantidade e da natureza da substância entorpecente tanto na primeira quanto na terceira fases

da dosimetria da pena, da qual, diga-se, comungamos entender constituir *bis in idem*, sobretudo no plano horizontal, verifica-se, por outro lado, o efetivo reconhecimento da funcionalidade das sobreditas circunstâncias como critério subsidiário ou parâmetro de aferição do *quantum* fracionário previsto nas causas de aumento ou de diminuição de quantidade não fixa. Portanto, a partir desse reconhecimento, ainda que limitado, pois o magistrado deverá proceder à escolha sobre em qual sub-etapa da dosimetria da pena utilizará o valor axiológico obtido com o exame das circunstâncias judiciais, se na primeira ou na terceira fase, sob pena de incorrer em *bis in idem*, observa-se que é possível estender o referido entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal às demais causas de majoração ou de diminuição de pena de quantidade variável previstas em legislações penais extravagantes ou no próprio Código Penal.

4 CONCLUSÃO

Após compreender, durante a construção do capítulo inicial do presente trabalho, o conceito de circunstâncias a partir da diferenciação em relação às elementares do tipo penal incriminador – estas como elementos fundantes ou essenciais e aquelas como entes circundantes ou acidentais da figura básica da norma penal em sentido estrito –, discorreu-se acerca das denominadas circunstâncias judiciais e suas espécies, as quais, consoante se observou, estão previstas tanto no Código Penal, notadamente no artigo 59, *caput*, quanto na legislação extravagante, com destaque para o artigo 42 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) e o artigo 6º da Lei n. 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais).

Em continuidade, no capítulo segundo, visando entender as múltiplas funções representadas pelas circunstâncias judiciais na individualização da pena, descreveram-se os aspectos, as fases e os conceitos necessários à compreensão da aplicação da sanção penal, desde a escolha da pena entre as cominadas até a hipótese de *sursis* da pena, passando, inclusive, pelos institutos despenalizadores, como a transação penal e a suspensão condicional do processo. A partir do entendimento relativo ao referido processo, passou-se à análise das funcionalidades exercidas pelas circunstâncias judiciais em cada momento da individualização da pena.

Nesse diapasão, verificou-se que a primeira função desempenhada pelas circunstâncias judiciais é servir como *critério* na escolha das sanções penais quando for o caso de penas alternativamente cominadas. Vencida essa etapa, na primeira fase da dosimetria da pena, surge uma outra funcionalidade das circunstâncias judiciais, pois, neste momento, consubstanciam-se em elementos *determinantes* do aumento da pena-base. Em seguida, prosseguindo-se na análise dessas funcionalidades, demonstrou-se que as circunstâncias judiciais atuam, também, como *requisito* nas demais etapas da fixação da sanção penal, em especial na determinação do regime inicial de cumprimento de pena, na substituição da pena privativa de liberdade por outras modalidade punitivas, na concessão da suspensão condicional da pena, na incidência ou não da continuidade delitiva específica, e, ainda, na transação penal e na suspensão condicional do processo. Por último, tendo sido compreendidas e devidamente examinadas as referidas funções, constatou-se que as circunstâncias judiciais ainda exercem a natureza de *critério*, diverso daquele exercido na etapa da escolha das sanções penais alternativamente cominadas, pois elas poderão incidir,

também, na dosagem das causas de aumento ou de diminuição de pena de quantidade variável, sobretudo em relação àquelas que não haja critério específico.

Destarte, considerando-se devidamente compreendidas as etapas que envolvem a determinação da sanção penal e as distintas funcionalidades exercidas pelas circunstâncias judiciais ao longo da individualização da pena, no terceiro capítulo, buscou-se delimitar as sobreditas funcionalidades em face do princípio do *ne bis in idem*, consectário da dignidade da pessoa humana, e da garantia da fundamentação das decisões judiciais. Por derradeiro, levando-se em consideração os princípios já referidos, buscou-se analisar o alcance que as circunstâncias judiciais exercem nas diversas etapas da aplicação da sanção penal, conferindo destaque a sua atuação como critério de dosagem das causas gerais e especiais de aumento ou de diminuição de pena, partindo-se do reconhecimento dessa funcionalidade na dosagem da incidência da causa especial de redução de pena relativa ao tráfico eventual de entorpecentes pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Essa possibilidade foi admitida nos julgamentos das ações de *Habeas Corpus* n. 112.776 e 109.193, ocorridos no dia 19 de dezembro de 2013, ocasião em que o Pleno do Supremo Tribunal Federal referiu-se à incidência das circunstâncias judiciais como critério na dosagem das causas de aumento ou de diminuição de pena de quantidade variável. Não obstante isso, essa Corte estabeleceu algumas limitações a essa função das circunstâncias judiciais, ressaltando que: a) caracteriza ofensa ao princípio do *ne bis in idem* considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto entorpecente na terceira etapa do cálculo da pena do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, para graduar a minorante prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, quando essas circunstâncias já tiverem sido utilizadas durante a primeira fase dosimétrica para a fixação da pena base; b) não há impedimento, no entanto, que as circunstâncias do artigo 42 do referido diploma recaiam, alternadamente, na primeira ou na terceira fase dosimétrica, a critério do magistrado, em observância ao princípio da individualização da pena.

A partir desse novo entendimento, buscou-se abarcar as possíveis consequências ou posicionamentos, bem como as plausíveis sugestões no que concerne à utilização das circunstâncias judiciais da natureza e quantidade de substância entorpecente como critério de aferição da causa especial de redução de pena inscrita no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, construindo-se, assim, possibilidades de aplicabilidade com observância dos princípios da especialidade e do *favor rei*.

Salientou-se, ao demais, que a funcionalidade de critério exercida pelas circunstâncias judiciais na dosagem das minorantes ou majorantes de quantidades variáveis, não obstante tenha sido limitada pelos sobreditos precedentes do Supremo Tribunal Federal, que entendeu constituir *bis in idem* se abordadas tanto na primeira quanto na terceira fase dosimétrica, restou, por outro lado, devidamente reconhecida pelo Pretório Excelso, na medida em que ficou a cargo do magistrado sentenciante *escolher*, fundamentadamente, o momento de incidência dos referidos elementos.

Diante disso, ao final, concluiu-se pela possibilidade de extensão do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal às demais causas de aumento ou de diminuição de pena de quantidade variável, desde que respeitadas as limitações geradas pelo princípio do *ne bis idem* e da garantia da fundamentação das decisões judiciais, ressaltando-se que a *escolha* do magistrado, que deve ser discricionária e não arbitrária, diante das diversas possibilidades apontadas, deve se pautar naquela que seja mais benéfica ao indivíduo, em face da necessária observância do princípio do *favor rei*.

No entanto, tendo em vista que as questões postas sob análise no presente trabalho monográfico não são detentoras da certeza necessária à devida segurança jurídica, é premente que os debates acerca do tema prossigam por aqueles que se debruçam sobre o Direito Penal, a fim de que, na busca por posições coerentes e eficazes, sejam as funcionalidades das circunstâncias judiciais exaltadas e delimitadas, possibilitando o efetivo exercício de suas funções a partir de decisões lógicas, coesas e devidamente molduradas pelos princípios penais e processuais penais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aplicação da Pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 32, p. 187-212, out./dez. 2000.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2011.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Linguagem e criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória**. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **A sanção penal e suas espécies**. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. **Estigmas da Criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, volume 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, volume 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRUNO, Anibal. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1967.

_____. **Das Penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei Penal Ambiental Brasileira. Lei n^o 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**,

Brasília, DF, 12 fev. 1998. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BRASIL. Congresso Nacional. Lei Antidrogas. Lei n^o 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei n^o 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei n^o 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

BRASIL. Congresso Nacional. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminal. Lei n^o 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm

BRASIL. Congresso Nacional. Lei de Execução Penal. Lei n^o 7.210, de 11 julho de 1984. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 de julho de 1984. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte geral (arts. 1^o ao 120)**. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

_____. **Manual de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1^o ao 120)**. 1. ed. Bahia: Juspodivm, 2013.

DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTEFAM, André. **Direito Penal, 1**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FRANCO, Alberto Silva *et al.* **Código Penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Reincidência: um caso de não recepção pela Constituição Federal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 209, p. 02-03, abr., 2010. Disponível em: <http://www.institutoeduardocorreia.com.br/downloads/13022012180039.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 9. ed., rec. Por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Legislação Criminal Especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Direito Penal**: parte geral: culpabilidade e teoria da pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Lei antidrogas comentada**: crimes e regime processual penal. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

_____. **Código Penal comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JORGE, Mário Helton. Direito Penal: a quantificação da pena em face das circunstâncias. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 93, v. 825, p. 435-441, jul. 2004.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. Ponderações sobre a motivação das decisões judiciais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 28, n. 111. p. 273-289, 2003.

MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. **Crimes Ambientais**: Lei 9.605/98, novas disposições gerais penais: concurso de pessoas, responsabilidade penal da pessoa jurídica, desconsideração da personalidade jurídica. 2. ed. São Paulo: CS Edições, 2004.

MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Direito Penal Ambiental**: comentários à Lei 9.605/98. Campinas: Millennium, 2002.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Código Penal Comentado**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de; CALLFASS, Fernando; RIGHETTO, Luiz Eduardo Cleto. **Dosimetria da pena**: teoria e prática. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: Parte geral – arts. 1º a 120. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

_____. **Direito Penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SILVA, Vicente Jorge. **Comentários à nova lei antidrogas**: manual prático: direito material e processual penal. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, César Dario Mariano da; LEITE NETO, Pedro Ferreira. Considerações sobre a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antitóxicos. **CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público**. Disponível em: <http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/499-consideracoes-sobre-a-causa-de-diminuicao-de-pena-prevista-no-art-33-4-da-lei-antitoxicos.html>. Acesso em: 28 mar. 2015.

STOCO, Tatiana de Oliveira. Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, v. 104, p. 53-99, set./out. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.