

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

ALLISSON GOMES GUIMARÃES - 2010018334

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A
VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO
PENAL BRASILEIRO PELO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO MARANHÃO**

São Luís
2014

ALLISSON GOMES GUIMARÃES - 2010018334

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A
VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO
PENAL BRASILEIRO PELO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO MARANHÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Alberto Gabriel
Guimarães

São Luís
2014

Guimarães, Allisson Gomes.

O princípio constitucional da individualização da pena e a valoração das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal Brasileiro pelo Poder Judiciário do Estado do Maranhão / Allisson Gomes Guimarães. – São Luís, 2014.

94 f.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Alberto Gabriel Guimarães
Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão - Curso de Direito, 2014.

1. Individualização da pena. 2. Circunstâncias judiciais 3. Padronização das sentenças 4. Seletividade Penal I. Título

CDU 343.21

ALLISSON GOMES GUIMARÃES - 2010018334

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A
VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO
PENAL BRASILEIRO PELO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO MARANHÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Alberto Gabriel
Guimarães

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr. Cláudio Alberto Gabriel Guimarães (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

A Deus e a meus pais, pilares de minha
formação moral e intelectual.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte e inspiração da vida, senhor dos homens.

A meus pais, Abidias Pereira Guimarães e Maria das Dores Gomes Guimarães, pela inspiração e confiança em minha formação pessoal e profissional, mesmo diante de obstáculos e contratempos.

A meus irmãos, nos quais tenho enorme admiração e consideração.

Ao professor Dr. Cláudio Guimarães, pela orientação precisa e confiança dispensada à elaboração deste trabalho, bem como em todas as atividades que desenvolvi na graduação sob sua supervisão, dentre elas a monitoria da disciplina Direito Penal III e o projeto de iniciação científica que deu origem a esta monografia.

Aos mestres e mestras que dignificam o Curso de Direito, pela função de educadores tão importante que desempenham.

Aos meus estimados colegas e amigos da turma Direito Matutino 2010.1, em especial Aline Silva Cavalcante, Alane Moraes da Conceição, Bianca Barbosa, Eriko Barros, João Victor Freitas, Joaquim Henrique Cunha Oliveira e Joaquim Nalasco Queiroz, pela amizade que tornou o cotidiano na faculdade e fora dela cada dia mais feliz.

Aos companheiros do Programa de Educação Tutorial em Direito – PET/Direito da UFMA, no qual desenvolvi importantes atividades ligadas ao ensino, pesquisa e extensão que contribuíram para a minha formação intelectual durante a graduação.

Aos meus amigos de Mata Roma-MA, nos quais deposito especial estima e amizade, em especial Jhonny Marques, Jansem Marques e Daniel Marques.

“Os sonhos nascem do nosso lado irracional, onde a paixão tende a prevalecer sobre a razão”.

Gian Luigi Longinotti

RESUMO

A partir da constatação de que o processo de aplicação da pena perpassa pelo respeito ao princípio constitucional da Individualização da Pena, que garante uma justa e adequada sanção penal ao indivíduo que comete um fato criminoso, buscou-se, tendo como base a Constituição Federal de 1988, a legislação penal e processual penal e a Criminologia Crítica, verificar na realidade prática, de que modo o Poder Judiciário do Estado do Maranhão tem valorado, no processo de dosimetria penal, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal Brasileiro. Para isso, inicialmente foram realizados estudos teóricos e discussões com o orientador deste trabalho, para a formação da base de conhecimento necessária. Após, seguiu-se à fase de coleta de dados para a realização da pesquisa, onde foram consultados, via sistema eletrônico, 2.370 (dois mil, trezentos e setenta) processos constantes d 1º Vara de Execuções Penais de São Luís/MA, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, observando o crime praticado e seu ano de execução. Dentre os processos analisados, foram selecionados os referentes aos crimes contra o patrimônio que iniciaram sua execução no ano de 2012, objeto de estudo da pesquisa, resultado em aproximadamente 250 processos. Feito um novo recorte amostral, optou-se por se analisar 100 (cem) sentenças criminais. Assim, partiu-se para a análise das 08 (oito) circunstâncias judiciais da 1ª Fase da dosimetria da pena, previstas no art.59 do Código Penal Brasileiro, quais sejam: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e o comportamento da vítima. Por fim, foi feita a tabulação de todas as informações observadas e se chegou a um resultado final, que foi comparado com o objetivo, inicialmente, pensado e, a partir daí, houve a obtenção da conclusão do trabalho científico. Ao final da pesquisa, ficou evidenciado, na esfera da 1ª Vara de Execuções Penais de São Luís/MA, que há uma mitigação do princípio constitucional da individualização da pena, bem como uma padronização das sentenças criminais, vez que em cada circunstância analisada, houve índices alarmantes de valorações equivocadas, reconhecimento de circunstâncias sem qualquer fundamentação doutrinária ou jurisprudencial, bem como a repetição de expressões utilizadas nas sentenças, inclusive, com a aplicação de pena padronizada nas sentenças com corrêus. Com o presente trabalho, observou-se que a aplicação da pena e a valoração de direitos e garantias dos acusados é apenas simbólica, o que perpetua a seletividade penal e o reconhecimento, por vezes, de um direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato. Dessa forma, ao final da pesquisa, o seu objetivo foi atingido, demonstrando-se a

mitigação do princípio constitucional da individualização da pena no âmbito da 1º Vara de Execuções Penais de São Luís/MA, com implicações para as partes, a sociedade e o Estado.

Palavras-chave: Individualização da pena. Circunstâncias judiciais. Padronização das sentenças. Seletividade Penal.

ABSTRACT

From the observation that the process of application of the penalty permeates respect the constitutional principle of individualization of punishment, which guarantees fair and appropriate penalty to the individual who commits a criminal act, we sought, based on the Federal Constitution 1988, the criminal and criminal procedure law and Criminology Review, verify in practical reality, how the Maranhão State Judiciary has valued in criminal dosimetry process, judicial art circumstances. 59 of the Brazilian Penal Code. For this, theoretical studies were conducted initially and discussions with the guiding this work for forming the required knowledge base. After, followed the data collection phase for the research, which were consulted via electronic system, 2,370 (two thousand three hundred and seventy) constant processes of the Criminal Court of São Luís / MA in under the Court of Justice of the State of Maranhão, watching the crime committed and year of execution. Among the cases examined, those relating to crimes against property were selected that started its implementation in 2012, the object of study of the research, results in approximately 250 cases. Made a new sample cut, we chose to analyze one hundred (100) criminal sentences. Thus, broke for the analysis of eight (08) Judicial circumstances Phase 1 dosimetry pen provided for in art.59 of the Brazilian Penal Code, namely: guilt, history, social conduct, agent personality, motives, circumstances and consequences of the crime and the victim's behavior. Finally, the tab all the information observed was made and reached a final result, which was compared to the objective initially thought and, from there, there was obtaining the completion of scientific work. At the end of the study, it was evident in the sphere of 1st Court of Criminal Executions of São Luís / MA, there is a mitigation of the constitutional principle of individualization of punishment as well as a standardization of criminal sentences, since in each case analyzed, there was alarming rates of erroneous evaluations, recognition of circumstances without any doctrinal or jurisprudential justification, as well as the repetition of words used in sentences, even with the application of standardized penalty in sentences with Correus. The present work, it was observed that the imposition of sentences and the valuation of rights and guarantees of the accused is only symbolic, which perpetuates the criminal selectivity and recognition sometimes a criminal law of the author at the expense of criminal law the fact. Thus, at the end of the research, its goal was achieved, demonstrating the mitigation of the constitutional principle of individualization of punishment under the 1st Court of Criminal Executions of São Luís / MA, with implications for the parties, society and

the State.

Keywords: individualization of punishment. Legal circumstances. Standardization of sentences. Criminal selectivity.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1 – Princípios relacionados a pena	29
Quadro 2 – Reconhecimento de antecedentes	44
Quadro 3 – A persecução penal e as circunstâncias judiciais	52
Gráfico 1 – Culpabilidade	57
Gráfico 2 – Antecedentes	59
Gráfico 3 – Conduta Social	61
Gráfico 4 – Personalidade do agente	62
Gráfico 5 – Motivos do crime	63
Gráfico 6 – Circunstâncias do crime.....	64
Gráfico 7 – Consequências do crime	65
Gráfico 8 – Comportamento da vítima	66

SUMÁRIO

LISTA DE ILUSTRAÇÕES	11
1 INTRODUÇÃO	13
2 O ESTUDO DA CRIMINOLOGIA E DA APLICAÇÃO DA PENA	16
2.1 Reflexões sobre a evolução do pensamento criminológico e da aplicação da pena .	16
2.2 As bases do <i>jus puniend</i> e o controle social	18
2.3 Das teorias que justificam a aplicação da pena.....	21
2.4 A pena na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	24
2.5 Os princípios e sua relação com a aplicação da pena	27
3 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL	32
3.1 A Individualização da Pena como Princípio Constitucional e a fuga da padronização da sanção penal	32
3.2 Etapas da Individualização da Pena	35
3.3 O sistema trifásico de aplicação da pena de Nelson Hungria.....	38
3.4 As circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal	40
3.5 A persecução penal e as circunstâncias judiciais	52
4 A VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO MARANHÃO	55
4.1 A pesquisa	55
4.2 Amostra analisada	56
4.3 Da valoração das circunstâncias judiciais	41
4.4 Breve reflexão sobre as metas instituídas no Poder Judiciário	67
4.5 Crítica: pela aplicação de parâmetros objetivos na fixação das circunstâncias judiciais como fator mitigador da seletividade penal	69
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75
APÊNDICE	81

1 INTRODUÇÃO

A partir da constatação de que o processo de aplicação da pena perpassa pelo respeito ao princípio constitucional da individualização da pena, que garante uma justa e adequada sanção penal ao indivíduo que comete um fato criminoso, os estudiosos do Direito Penal e da Criminologia convergem em constatar que o Poder Judiciário Brasileiro tem julgado de forma padronizada e aplicado as penas sem observar o princípio da individualização da pena e os demais que o cercam.

Isto se observa, principalmente, por meio da prolação de sentenças criminais que não seguem corretamente o método trifásico de aplicação da pena de Nelson Hungria, sobretudo no que diz respeito à valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal Brasileiro, capazes de elevar a pena acima do mínimo legal previsto em lei, quais sejam: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos do crime, as circunstâncias do crime, as consequências do crime e o comportamento da vítima.

Nessa esteira, considerando a essencialidade do respeito à medida da culpabilidade do autor da conduta típica, essa equivocada apreciação das circunstâncias judiciais calcada na padronização das sentenças criminais, bem como na utilização de critérios puramente subjetivos, é capaz de mitigar o princípio da individualização da pena, possibilitando a perpetuação da seletividade penal e, conseqüentemente, do resguardo ao valor do indivíduo enquanto detentor do direito a ter direitos, negligenciando, pois, a razão fundante do Estado Democrático.

Convém destacar que a temática foi pensada no sentido de trazer à lume que a eficácia na administração da justiça criminal passa, necessariamente, pela adequada aplicação da pena em todos os processos em trâmite, considerando que pela perspectiva do Judiciário, deve-se buscar a celeridade processual com o objetivo de dar um rápido retorno à sociedade, sob o prisma do acusado, que é o mais importante, é dever do Poder Judiciário, acima de todos os outros, garantir uma instrução penal adequada, realizada com a observância de todas as suas garantias legais.

Feitas estas observações, depreende-se que o objetivo geral desta monografia é examinar de que modo o Poder Judiciário do Estado do Maranhão tem valorado e interpretado as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal Brasileiro quando da aplicação da pena, mais especificadamente nos crimes de roubo com execução da pena iniciada no ano de 2012,

tendo como aporte teórico as bases do princípio constitucional da individualização da pena e a premissa da necessidade de interpretação e aplicação do Direito Penal e Processual Penal com a devida obediência às normas constitucionais vigentes,

Além do objetivo geral ora apresentado, o presente trabalho de conclusão de curso também se propõe a avaliar a relação entre o grau de subjetividade e discricionariedade das circunstâncias judiciais e suas consequências para o processo de criminalização, sobretudo em razão de uma prática comumente observada nos tribunais: a prolação de sentenças padronizadas, haja vista o risco de perpetuação da seletividade penal.

Ademais, também são objetivos desta monografia promover um estudo detalhado acerca das 8 (oito) circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, utilizando-se da doutrina e jurisprudência, bem como propor algumas breves medidas a fim de contribuir para a efetivação dos direitos do réu em processo penal. Em suma, são estes os principais objetivos específicos.

Estabelecidos estes objetivos, que representam o porto de partida do trabalho, esta monografia foi elaborada inicialmente a partir do levantamento bibliográfico trazido ao término do trabalho, com o intuito de angariar toda a fundamentação teórica imprescindível ao desenvolvimento da temática trazida à tona. Para isso, procedeu-se à leitura de uma vasta gama de artigos científicos, revistas e livros, tendo sempre como norte o senso crítico.

Após o aporte teórico e considerando o objetivo geral deste trabalho, deu-se o início a uma pesquisa de campo em que foram coletadas e analisadas sentenças criminais condenatórias prolatadas nos processos relativos aos crimes contra o patrimônio (mais especificadamente os de roubo), com execução iniciada no ano de 2012, constantes da 1ª Vara de Execuções Penais de São Luís-MA, do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Em seguida, analisou-se se tais dados confirmam ou não a hipótese deste trabalho de que existe uma padronização nas sentenças criminais, no que se refere à valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, capazes de evidenciar um modelo de individualização da pena que mitiga direitos e garantias, bem como perpetua a seletividade penal.

O método científico empregado foi, primordialmente, o indutivo, sendo que os métodos de procedimento utilizados foram o monográfico e o estatístico. Em relação ao tipo de pesquisa, foi primordialmente o quantitativo, ressaltando o método qualitativo quando da análise dos dados obtidos na pesquisa realizada. As técnicas de pesquisa utilizadas foram a documental e a bibliográfica. Assim, por meio do manuseio da metodologia acima descrita,

foi possível coletar amplo acervo bibliográfico, formado principalmente por obras de clássicos e renomados autores do Direito Penal e da Criminologia, bem como a realização de uma pesquisa de campo capaz de estudar a temática abordada.

Quanto à estrutura deste trabalho, esta monografia foi organizada nos seguintes moldes: no primeiro capítulo, buscou-se fazer um apanhado geral acerca da criminologia e do estudo da pena. Para tanto, foi necessário promover o estudo da evolução do fenômeno do crime e da criminalidade, reservando discussões ao marco teórico deste trabalho (a criminologia crítica) e perpassando pelas bases que justificam o *jus puniend* estatal e os conceitos que norteiam a pena, suas finalidades e fundamentos legais, considerando a Constituição Federal de 1988.

No segundo capítulo, a temática abordada foi o princípio da individualização da pena e as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nessa esteira, a individualização da pena foi estudada como um princípio constitucional imprescindível para a garantia de direitos dos réus em processo penal e para a mitigação da seletividade penal. Além disso, foi estudo o método trifásico de aplicação da pena de Nelson Hungria, bem como analisadas, individualmente, cada uma das 8 (oito) circunstâncias judiciais previstas no Código Penal, tendo como aporte a doutrina e a jurisprudência.

No terceiro capítulo, foram apresentados os dados coletados e analisados na pesquisa de campo objeto deste trabalho, estudando a incidência de cada uma das circunstâncias judiciais nas sentenças criminais, procurando verificar se há ou não uma padronização nas sentenças criminais, fazendo reflexões críticas sobre a necessidade de estabelecimento de parâmetros menos subjetivos na fixação das circunstâncias judiciais como fator mitigador da seletividade penal e a tensão entre a efetivação de direitos dos réus em processo penal e metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça ao Tribunais de Justiça do País.

Por tudo acima exposto, a importância desta pesquisa reside na necessidade de estudar, tendo como campo de pesquisa o Poder Judiciário do Estado do Maranhão, de que modo os juízes tem apreciado as circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal, considerando que embora o Direito Penal seja apresentado como o instrumento que possibilita a convivência harmônica no meio social, pautado sempre em princípios constitucionais, há, como contraface de tal discurso, pressupostos teóricos, os quais, no âmbito da Criminologia Crítica, indicando que o Direito Penal nada mais é que um instrumento de controle social repressivo e opressivo, pautado, precipuamente, na desigualdade.

2 O ESTUDO DA CRIMINOLOGIA E DA APLICAÇÃO DA PENA

2.1 Reflexões sobre a evolução do pensamento criminológico e da aplicação da pena

O estudo do processo evolutivo do pensamento criminológico sob o enfoque do criminoso e da criminalidade perpassa por teorias que tentam explicar o porquê do Estado punir os indivíduos, quais os meios e finalidades da pena e do controle social, e de que modo o Estado exerce o *jus puniend* (direito de punir) através de políticas criminais eleitas como as mais adequadas. Questionamentos tratados sob os mais variados fundamentos epistemológicos ao longo da história e que serão apresentados de forma breve e resumida.

Os ensinamentos da Escola Clássica¹ (século XVIII até metade do século XIX), que possui como principal idealizador Cesare Beccaria, apresentam o crime como uma realidade ontológica pré-constituída, evidenciada por escolhas internas dos infratores no exercício do seu livre arbítrio, ou seja, as pessoas praticam condutas criminosas a partir de suas próprias escolhas conscientes, desvinculadas de patologias individuais.

Desse modo, as políticas criminais e a aplicação da pena estavam voltadas para o desestímulo da prática de condutas criminosas pelos indivíduos durante o exercício de suas liberdades e a obediência às normas jurídicas. A Escola Clássica contribuiu de forma decisiva para um processo de humanização das penas e na contenção do poder punitivo arbitrário do Estado².

A Escola Positivista (final do século XIX e início do século XX), que possui como principais expositores Cesare Lombroso, Raffaele Garofalo e Enrico Ferri, defende que a criminalidade é uma realidade patológica presente nos indivíduos e a criminalidade seria causada por fatores biológicos, psicológicos ou sociais. Período que ficou marcado por estudos causais-explicativos do delinquente e do delito sob um enfoque eminentemente biológico. As penas cominadas e aplicadas pelo Estado tinham como objetivo tratar o indivíduo patológico para que ele não voltasse a delinquir.³

¹ Bittencourt (2012, p. 97-98) distingue a Escola clássica em dois grandes períodos: “a) teórico-filosófico – sob a influência do Iluminismo, de cunho nitidamente utilitarista, pretendeu adotar um Direito Penal fundamentado na necessidade social. Este período, que iniciou com Beccaria, foi representado por Filangieri, Romagnosi e Carmignani; b) ético-jurídico – numa segunda fase, período em que a metafísica jusnaturalista passa a dominar o Direito Penal, acentua-se a exigência ética de retribuição, representada pela sanção penal. Foram os principais expoentes desta fase Pelegrino Rossi, Francesco Carrara e Pessina. No entanto, indiscutivelmente, os dois maiores expoentes desta escola foram Beccaria e Carrara [...]”.

² Para maior aprofundamento vide Baratta (2011).

³ Para maior aprofundamento vide Baratta (2011); Andrade (2003).

Enquanto desiderato das teses defendidas pelas Escolas Clássica e Positivista, constadas ao longo dos anos, a ideologia da defesa social estudou a criminalidade sob o enfoque das instituições de controle social formal (Poder Judiciário, Ministério Público, Polícia, etc.), do princípio da culpabilidade e da defesa dos valores sociais universais, rediscutindo os fundamentos da pena e os próprios valores do Direito Penal⁴.

Dividiu a sociedade entre indivíduos bons e maus, e todos aqueles que praticassem condutas contrárias aos valores universais estariam sujeitos aos rigores da lei penal justificados para defender os interesses da sociedade. Desse modo, o crime passa a ser objeto de investigação científica, naturalista e sociológica, e as políticas criminais voltam-se para a um provimento utilitarista e preventivo.⁵

Rompendo com esse diapasão, surgem novas acepções do pensamento criminológico ligadas à Criminologia Crítica, dentre elas a teoria do etiquetamento ou reação social - *labeling approach*⁶ - que explica a atuação seletiva e classista das agências oficiais de poder do sistema penal. Desse modo, o crime passa a ser considerado como resultado de convenções, que selecionam determinadas condutas para serem alçadas à condição de condutas criminosas, passando por um processo de etiquetamento.⁷ A aplicação da pena, portanto, era condicionada à atuação viciada e seletiva do sistema penal.

Contemporaneamente, a nova criminologia crítica, de inspiração marxista concebida por Alessandro Baratta⁸ e com base epistemológica na teoria do etiquetamento do sistema penal, entende que o direito penal, de modo geral, serve para aprofundar as diferenças sociais e justifica que a atuação do Estado serve para a manutenção de privilégios das elites

⁴ Sobre o tema, Baratta (2011); Guimarães (2007).

⁵ Demonstrando essa característica de investigação científica trazida pela ideologia da defesa social, Baratta (2011, p. 41) comenta: “a ideologia da defesa social (ou do fim) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal [...] O conteúdo dessa ideologia, assim como passou a fazer parte – embora filtrado através do debate entre as duas escolas – da filosofia dominante na ciência jurídica e das opiniões comuns, não só dos representantes do aparato social penitenciário, mas também do homem de rua (ou seja, das *every day theories*) [...]”

⁶ Guimarães (2007, p.52): assevera que a escola fundamentou-se no “interacionismo simbólico que buscava explicações para o problema da criminalidade através da reação social”.

⁷ Sobre o tema, Guimarães (2007).

⁸ Baratta (2011, p.161), ao explicar sobre as teses da nova criminologia crítica, assevera que “a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penamente sancionadas. A criminalidade é [...] um ‘bem negativo’, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico conforme a desigualdade social entre os indivíduos”.

dominantes, garantindo sua imunização punitiva e demais privilégios⁹.

Nesse contexto, a violência estrutural assume importante centro de estudos do pensamento criminológico que aborda a criminalidade sob o enfoque de quem tem o real poder de definir quais serão os comportamentos criminosos e quais os objetivos reais almejados quando da utilização do sistema penal como principal forma de controle social. Ou seja, o direito penal estigmatizante, que está a serviço de quem detém o poder político e econômico, recai somente sobre os indivíduos eleitos para exercer papéis de criminosos – pobres, negros, homossexuais, etc.¹⁰ Enquanto marco referencial teórico, o desenvolvimento do presente trabalho é sustentado nas teses da nova Criminologia Crítica.

Posto isso, ao refletir sobre as origens e a evolução do pensamento criminológico e de diversas teorias que estudaram o fenômeno do crime e da criminalidade, procurando entender quais as causas da criminalidade e do porquê do Estado punir os indivíduos, avança-se na discussão com o objetivo de entender de que modo o Estado lida com as situações de delinquência, exercendo o seu direito de punir os indivíduos que contrariam a lei penal.

2.2 As bases do *jus puniend* e o controle social

A partir do momento em que os particulares acabaram abrindo mão de suas liberdades em prol da coletividade, por meio do “contrato social”¹¹, tornando o Estado o único ente legitimado pela sociedade a julgar todos aqueles que violem o ordenamento jurídico, impondo-lhes as respectivas sanções que lhes são cominadas, o cotejo das teorias contratualistas serve para mostrar que junto com a sociedade civil – formada primeiramente por um “pacto de associação”, seguido por um “pacto de submissão” – nascem as esferas de controle social, desde já com caráter eminentemente punitivo e sempre orientadas verticalmente.

Logo, o *jus puniend* ou direito de punir do Estado surge teoricamente justificado como manifestação imediata e inerente da organização social e fundado na crença de que deva ser exercido pelo Estado (Leviatã), representante e portador da somatória das vontades

⁹ Vide Baratta (2011); Andrade (2003); Guimarães (2007).

¹⁰ Nesse contexto, Guimarães (2007, p.70) comenta acerca do verdadeiro papel do direito penal: “[...] Ao invés de combater-se a injustiça social, pedra de arrimo da violência estrutural – essencial ao capitalismo - e causa de grande parte das mazelas sociais, combate-se através do sistema penal sua consequência, qual seja, a crescente e incontrolável onda de violência criminal, haja vista que seria, no mínimo, um paradoxo, que o poder combatesse algo que é pressuposto de sua existência”.

¹¹ Sobre as teorias do contrato social vide Hobbes (2006), Locke (2004) e Rousseau (2011).

individuais e, portanto, ente apto a garantir a coexistência pacífica de seus membros. Assim, as ideias de sociedade e os conceitos de controle social e Estado nascem indissociáveis.

O *jus puniend*, portanto, é corolário da própria evolução histórica do Direito Penal, traduzindo-se em um poder genérico e impessoal do ente estatal¹². Assim, o direito de punir se fundamenta na necessidade humana de cada um ceder parte de sua liberdade em prol do bem comum. Todavia, não deve haver abuso no exercício desse direito, sob pena de figurar como poder ilegítimo.

Imperioso saber em razão do que se legitima o *jus puniend*, uma vez que essa consciência de legitimidade foi-se perdendo ao longo dos tempos. A evolução do pensamento humano e a conformação do conceito de Estado Democrático de Direito¹³ passaram a exigir do Direito Penal mais do que a vingança pública, a mera expiação da culpa ou, ainda, sua duvidosa eficácia dissuasória.

Nesse ponto, fica evidente que os fundamentos e limites do direito de punir foram concebidos de forma arraigada ao contratualismo. Essa estreita ligação entre o contrato social e o pensamento penal moderno ainda é latente e sustenta em grande parte o atual debate acerca do direito de punir e da teoria da pena¹⁴.

Por sua vez, ao controle social¹⁵, que se caracteriza como uma reação institucionalizada contra os comportamentos desviantes, podem ser atribuídas duas funções primordiais: a orientação dos comportamentos e a resolução dos conflitos, ou seja, antes busca desencorajar os comportamentos desviantes, a *desviación*, para, se infrutífero o desencorajamento, partir para a reparação e punição¹⁶.

Entretanto, o controle social vem sendo concebido muito mais como mera reação à desviação e não como forma ativa de produzir e obter conformidade no meio comunitário. O que se vê atualmente é a tendência de atribuição cada vez maior ao controle social de seu

¹² Zeidan (2002, p. 53) comenta que “nos dias atuais, é inconcebível que o *ius puniendi* tenha um titular distinto do Estado, ou que comparta com outros poderes ou instituições esse múnus. O processo histórico de aparição da pena pública e o de consolidação do recurso da coação física corroboram com a idéia de que a potestade punitiva é intransmissível, indelegável e insusceptível de ser compartilhado por uma pluralidade de titulares.

¹³ Adota-se a concepção de Estado Democrático de Direito conceituada em Mendes (2011, p. 213) que o entende como “uma organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direito e secreto, para o exercício de mandatos periódicos”.

¹⁴ Para maior aprofundamento vide Beccaria (1956).

¹⁵ Garelli (1998, p. 283) define controle social como: “o conjunto de meios de intervenção acionado por cada grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo”.

¹⁶ Para maior aprofundamento vide Bergalli (1996).

aspecto “punitivo”, mesmo que sua atuação seja meramente simbólica, como defende a Criminologia Crítica – marco teórico deste trabalho¹⁷.

O controle social desenvolve-se por meios internos (instâncias informais) ou externos (instâncias formais), os primeiros compreendidos o controle social exercido pela sociedade, família, igrejas, etc; e o segundo, mecanismos em regra punitivos, estabelecidos institucionalmente para prevenir e reprimir atos atentatórios às normas, enquadrando-se, aqui, as instituições do sistema penal¹⁸.

Esse controle social formal, mesmo nos Estados considerados plurais e democráticos, é constantemente exercido com o que Ross (2000, p. 341) denomina de “quimera do bem-estar social”. Segundo ele, a ideia de sociedade como um sujeito único cujo bem-estar deve ser promovido a todo custo esbarra em dois obstáculos quase intransponíveis: a incomensurabilidade das necessidades do homem e a desarmonia dos interesses.

Essa quimera potencializa-se com o discurso planejado do denominado “bem-estar comum”, que desconhece a realidade social e adota medidas equivocadas que são falsamente justificadas como interesse da coletividade¹⁹.

Ante o exposto, mais do nunca, a esfera do exercício do *jus puniend* deve representar, antes de tudo, a manifestação de um sistema de freios ao exercício arbitrário desse próprio poder. Deve traduzir-se numa fórmula que prime pela busca da possível eficiência na proteção dos bens vitais e máxima garantia de respeito aos direitos individuais, observando-se que, ante o quadro social brevíssimo delineado, o espaço de conflito social é cada vez maior e, portanto, os riscos a que se expõem os cidadãos também²⁰.

¹⁷ Sobre o tema, Scheerer e Hess (1997, p. 177).

¹⁸ Vide Sica (2010, p.29).

¹⁹ Nesse diapasão, convém destacar a teoria de Friedric Muller ao que ele chama de “povo ícone”, em razão dos Estados justificarem falsamente seus discursos políticos em um povo que parece não existir. Muller (2010, p. 65) aponta que: “O povo como ícone, erigido em sistema, induz a práticas extremadas. A iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo; em ‘desrealizar’ a população, em mitificá-la, em hipostasiá-la de forma pseudo-sacral e em instituí-la assim como padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para o poder-violência- ‘notre bom pople’. Em termos bem genéricos, a iconização reside por igual também no empenho de unificar em ‘povo’ a população diferenciada, quando não cindida pela diferença segundo o gênero, as classes ou camadas sociais, frequentemente, também, segundo a etnia e a língua, a cultura e a religião. No uso ideológico, tudo isso tornaria a função legitimadora precária”.

²⁰ Nesse sentido, Guimarães (2013, p. 22): “o objetivo do controle social formal, através da implementação de políticas criminais e de segurança pública – a elaboração e aplicação do Direito Penal, assim como de outras atividades que objetivem manter as possibilidades mínimas de convivência social – devem ter por norte [...] exclusivamente a disciplina da sociedade, a manutenção das possibilidades de convivência entre os diversos grupos e interesses que compõem as relações intersubjetivas no meio social.

2.3 Das teorias que justificam a aplicação da pena.

O termo pena advém do latim *poena*, cuja conceituação básica quer dizer sofrimento, ou particularmente, dor, dó, lástima, no sentido de ter-se pena de alguém. Nas palavras de Messuti (2008, p. 15) significa: “a retribuição destinada a compensar um crime, a expiação do sangue”. Assim, em regra geral, a pena é a sanção, consistente na privação de determinados bens jurídicos, que o Estado impõe contra a prática de um fato definido na lei como crime²¹.

Embora seja possível encontrar diversos conceitos de pena, justificados a partir de modelos teóricos diferentes, é de fundamental importância refletir que o conceito de pena está intimamente ligado a uma concepção de Estado, variante no tempo, posto que cada modelo de Estado correspondente a um conceito ou teoria da pena, tendo como base a função e finalidade que seja atribuída a esta.

Do mesmo modo que evolui a forma de Estado, o Direito Penal também evolui, não só no plano geral, como também em cada um dos seus conceitos fundamentais. Esta evolução, como foi vista, esteve sempre marcada pelo contexto social, cultural e político de um determinado momento da história, de modo que a modificação na concepção do Estado e do Direito Penal podem ser vistas como a expressão do espírito do seu tempo.²²

Por esta razão, diversas são as teorias que buscam explicar os fundamentos e os fins da pena, conceituando-a com base em suas próprias premissas. Ressaltando-se a existência de divergências doutrinárias, há basicamente três grupos de teorias que justificam a cominação e a aplicação da pena: A Teoria Retributiva, Relativa e a Mista. Serão estudadas a seguir:

Para as teorias absolutas ou retributivas, que possuem como principais

²¹ Outros conceitos de pena são necessários para o entendimento da matéria: Lozano (2008, p.460): “pena é a consequência jurídica característica do Direito Penal, consistente na privação ou restrição dos mais relevantes direitos individuais e que se impõe a uma pessoa física que tenha cometido ou participado do cometimento de um fato que a lei penal tipifique como delito ou contravenção, e cuja responsabilidade não tenha sido excluída pela ocorrência de alguma causa legal de justificação, exculpação ou absolvição”. Nucci (2014, p.55): “Trata-se de sanção penal imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes”. Ordeig (1981, p.115): “a pena constitui um recurso elementar com que conta o Estado, e ao qual recorre, quando necessário, para tornar-se possível a convivência entre os homens.

²² Sobre o tema vide Bittencourt (2012).

representantes Kant e Hegel, a pena é concebida como um mal, uma retribuição²³ ao mal causado por meio de um delito, de modo que sua imposição não se justifica pelo alcance de uma finalidade, a não ser a mera retribuição pelo mal cometido. Assim, não é forma de ressocializar e educar o condenado, nem tampouco reparar o dano causado²⁴. Embora partilhem das mesmas bases teóricas, Kant e Hegel desenvolveram teorias com formulações diferentes²⁵.

Para Kant, a justificação da pena é de ordem ética, com base no valor moral da lei penal infringida pelo autor criminoso. A lei representa um mandamento que traduz uma ação em si mesma, sem referência a nenhum outro fim. A pena, portanto, deve ser aplicada somente porque houve infringência à lei, com o objetivo de realizar a Justiça. Caso seja aplicada com outra finalidade, o homem estaria sendo utilizado como meio para a realização de um fim, o que, segundo Kant, não se admite²⁶.

Para Hegel, essa justificação é de ordem jurídica, com base na necessidade de reparar o direito através de um mal que restabeleça a norma legal violada. Por meio da conhecida frase: “a pena é negação da negação do Direito”, Hegel fundamentou sua teoria na necessidade da pena funcionar como instrumento de restabelecimento da ordem jurídica (vontade geral) violada, pois o Direito é a expressão da vontade racional – geral²⁷.

Diversamente das teorias retributivas, as teorias relativas fundamentam a aplicação da pena em razão da prevenção²⁸. Buscam prevenir o cometimento de novos delitos,

²³ Guimarães (2007, p.102) assevera que: “A expressão retribuição nunca possuiu um sentido unívoco, vez que pode ser entendida como compensação, recompensa, prêmio, ou seja, é detentora de um sentido positivo. Por outro lado, na esfera do direito punitivo, outro é seu significado – marcadamente pejorativo – expressando algo mau, prejudicial.”

²⁴ Para maior aprofundamento vide Kant (1989); Hegel (1997).

²⁵ Sobre as diferenças entre Kant e Hegel, importante a lição de Carvalho Neto (1999, p.15): “Pela teoria absoluta, a pena tem uma finalidade retribucionista, visando à restauração da ordem atingida. HEGEL assinalava que a pena era a negação da negação do direito. Já KANT disse que, caso um estado fosse dissolvido voluntariamente, necessário seria antes executar o último assassino, a fim de que sua culpabilidade não recaísse sobre todo o povo. Para esta teoria, todos os demais efeitos da pena (intimidação, correção, supressão do meio social) nada têm a ver com a sua natureza. O importante é retribuir com o mal, o mal praticado.”

²⁶ Kant (1989, p. 85) afirma que: “A pena jurídica não pode nunca ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade; mas deve sempre ser contra o culpado pela simples razão de haver delinquido; porque jamais um homem pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro, nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real [...] O homem não é, pois, algo que possa ser usado como simples meio: deve ser considerado, em todas as ações, como fim em si mesmo”.

²⁷ Hegel (1997, p.77) assevera que: “somente através da aplicação da pena trata-se o delinquente como um ser racional e livre. Só assim ele será honrado dando-lhe não apenas algo justo em si, mas lhe dando o seu Direito: contrariamente ao inadmissível modo de proceder dos que defendem princípios preventivos, segundo os quais se ameaça o homem como quando se mostra um pau a um cachorro, e ao homem, por sua honra e sua liberdade, não deve ser tratado como um cachorro”.

²⁸ Para Souza (2006, p.75) a teoria relativa da pena diverge totalmente da teoria absoluta da pena, destacando sua utilidade preventiva, Souza afirma que: “De acordo com as teorias preventivas da pena, diferentemente da teoria

pois a pena deve ser imposta para que o indivíduo não volte a delinquir, sendo concebida como um meio para alcance de fins futuros. Por essa razão, também são conhecidas como teorias utilitaristas. São classificadas a partir de suas finalidades de prevenção geral (positiva e negativa) ou especial (positiva e negativa)²⁹.

Em apertada síntese, a prevenção geral objetiva prevenir a prática de novos delitos por meio de duas vertentes: a prevenção geral negativa ou intimidatória³⁰, que objetiva impedir a prática de novos delitos por meio da ameaça da pena, ou utilizando de exemplos (como o castigo) para a intimidação; e a prevenção geral positiva, que tem por objetivo reafirmar o valor da norma, reforçando a fidelidade dos cidadãos à ordem social e jurídica a que pertencem³¹. Já a prevenção especial busca evitar a delinquência através do próprio indivíduo, por meio de outras duas vertentes: a prevenção especial positiva, voltada à reeducação e ressocialização do delinquente; e prevenção especial negativa, voltada à eliminação ou neutralização do delinquente³².

Por fim, existem as teorias mistas, que representam, em verdade, uma combinação das teorias absolutas e relativas³³, em razão de tentarem agrupar em um conceito único os fins da pena. Os adeptos das teorias mistas defendem que a pena possui dois objetivos específicos: a retribuição e a prevenção. Mir Puig (2000, p.46) diz que : “a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena”. Possuem como principal representante Adolf Merkel, sendo considerada, hoje, a teoria mais ou menos dominante³⁴.

retributiva que visa basicamente, retribuir o fato criminoso e realizar a justiça, a pena serviria como um meio de prevenção da prática do delito, inibindo tanto quanto possível a prática de novos crimes, sentido preventivo (ou utilitarista) que projeta seus efeitos para o futuro (ne peccetur)”

²⁹ Souza (2006, p.76) assevera que “A teoria preventivo-geral pode ser investigada sob o aspecto negativo e positivo. Entre os defensores da teoria preventivo-geral negativa destacam-se: A. Feuerbach, A. Schopenhauer, Filangieri, Carmignani, F. M. Pagan G. Romagnosi, C. Beccaria e J. Bentham. Este último afirmava que o castigo em que o réu padece é um painel onde o homem pode ver o retrato do que lhe teria acontecido caso praticasse o mesmo delito. No entanto, em segundo plano, o referido autor mencionava a prevenção especial, para cumprir a exemplaridade da pena e reformar o homem, calculada de maneira a enfraquecer os motivos enganosos e reforçar os motivos tutelares”.

³⁰ Possui como defensores, entre outros, Bentham, Beccaria, Feuerbach. Para maior aprofundamento e compreensão, vide Bentham (1826); Beccaria (1968); Feuerbach (1832).

³¹ Para melhor compreensão vide Welzel (1997); Mezger (1955);

³² Para maior aprofundamento vide Ferrajoli (2010).

³³ Para Noronha (2000, p.223): “As teorias mistas conciliam as precedentes. A pena tem índole retributiva, porém objetiva os fins da reeducação do criminoso e de intimidação geral. Afirma, pois, o caráter de retribuição da pena, mas aceita sua função utilitária”.

³⁴ Nesse sentido, Bitencourt (2012, 88) assevera que: “As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta escolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Merkel foi, no começo do século, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a

Assim, a pena é considerada como retribuição ao condenado pelo mal cometido, além de uma forma de prevenir o cometimento de novos delitos. Tem como fundamento, portanto, a miscigenação das outras duas teorias (absoluta e relativa), passando a ter mais de um único fim, e possuindo dois ou mais objetivos que consistem em punir e prevenir³⁵.

Por fim, imperioso destacar que as teorias da pena não representam verdades absolutas. Podem ser consideradas como verdades atemporais, posto que cada teoria possui seus fundamentos que a legitima. Assim, diante do exposto, no tocante à aplicação da pena e seus fins, este trabalho filia-se às teses da Teoria Retribucionista, notadamente na vertente trazida por Hegel.

2.4 A Pena na Constituição da República Federal do Brasil de 1988

Feito o estudo teórico sobre a evolução do pensamento criminológico, das bases do direito de punir e do controle social, bem como das teorias que justificam a aplicação da pena, é necessário conduzir a discussão do presente trabalho a um patamar contemporâneo e constitucional, trazendo a discussão para o ordenamento jurídico brasileiro e seu modelo de Estado adotado.

Ao longo da história, à medida que o Estado acompanhava o processo evolutivo da sociedade, seus objetivos iam modificando-se no intuito de promover o bem-estar social, a tutela de direitos fundamentais e a proteção jurídica do cidadão. Com o advento do Estado Social e Democrático de Direito³⁶, a lei deixou de ser instrumento de legalidade passando a ser instrumento de ação concreta do Estado, regulando as relações sociais através da coerção por meio de sanções das condutas contrárias e limitando o poder punitivo estatal³⁷.

Os ideais de igualdade, liberdade, justiça e dignidade humana possibilitaram a busca pela proteção dos direitos fundamentais e a participação, cada vez maior, do povo nas

opinião mais ou menos dominante. No dizer de Mir Puig, entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena”.

³⁵ Para maior aprofundamento vide Mir Puig (2007);

³⁶ Coelho (2011, p. 213) entende o Estado Democrático de Direito “a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira”.

³⁷ Coelho (2011, p.213) ainda comenta a relação Estado Democrático de Direito e o cidadão: “Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e, sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos”.

decisões políticas em prol dos direitos humanos e das garantias individuais. Nas democracias ocidentais sólidas, o regime democrático foi resultado da sedimentação progressiva dos direitos civis, políticos e sociais, representando as bases institucionais para o desenvolvimento da cidadania nesses Países³⁸.

No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o marco da instituição do regime democrático no País. Resultado de uma intensa participação popular, com inúmeras propostas de emendas, algumas das quais com mais de um milhão de assinaturas³⁹, consagrou a democracia liberal e social, garantindo a proteção das liberdades públicas contra os abusos de poder dos governantes, bem como buscou eliminar desigualdades entre as condições de vida dos homens. Numa concessão ao democratismo, determinou que todo o poder emana do povo⁴⁰, elevando à proteção constitucional um extenso rol de garantias e direitos.

Nessa esteira, a Constituição Federal de 1988 impôs limites negativos ao Estado - ao qual correspondem a direitos subjetivos dos cidadãos - exigindo uma necessária aproximação entre o direito de punir do Estado e o conteúdo constitucional, posto que as relações entre Direito Penal e Constituição são, por certo, bem estreitas, em razão do Direito Penal estar no centro do conflito entre liberdade individual e intervenção estatal⁴¹.

Assim, foi conferido ao estudo da pena um viés de direito constitucional, construído a partir do respeito, sobretudo, à dignidade humana, considerada como um valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista, preocupada com o desenvolvimento, a igualdade, o bem-estar e a justiça. Por isso, inadmite investidas contra o conteúdo da dignidade humana, pois é um valor intrínseco ao direito, à justiça, à segurança e à solidariedade⁴².

³⁸ Sobre o tema, Lopes (2008).

³⁹ Sobre o processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, vide Lopes (2008).

⁴⁰ Art. 1º, §único, CF: “o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

⁴¹ Palazzo (1989, p.16) afirma que “se, por um lado o crime, em regra, representa o mais grave arque perpetrado pelo indivíduo contra os bens jurídicos máximos tutelados pelo Estado, por outro, a sanção penal é a mais aguda e penetrante forma de intervenção do Estado na esfera individual”.

⁴² Para Sarlet (2009, p.52) dignidade humana na esfera jurídica é entendida como “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A dignidade da pessoa humana é, portanto, uma das principais bases de um Estado Democrático de Direito⁴³. Constitui em primeiro lugar, um valor, ligado a ideia de bom, justo e virtuoso. Nessa condição, serve de horizonte para todas as áreas do Direito, caracterizando-se por um duplo aspecto: objetivo e subjetivo. No primeiro aspecto, é entendida como uma garantia do mínimo-existencial ao ser humano, devendo-se atender as suas vitais necessidades; no segundo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano⁴⁴.

Em consonância com o exposto, o texto constitucional de 1988 previu os tipos de pena admitidos no ordenamento jurídico brasileiro, não deixando margens de dúvidas acerca da necessidade de aplicação da pena em consonância com as normas constitucionais (e legais) e os ditames do Estado Democrático e de Direito, sob o fundamento de que a liberdade é um valor inalienável e a pena não pode ser uma vingança arbitrária do ofensor.

Em seu art. 5º, XLVI, previu que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) Privação ou restrição da liberdade; b) Perda de bens; c) Multa; d) Prestação social alternativa; e) Suspensão ou interdição de direitos. Sendo estas, portanto, as penas admitidas no Brasil. Do mesmo modo, proibiu expressamente a aplicação de penas de morte, salvo em caso de guerra externa declarada, as de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.⁴⁵ Refletiu, portanto, a exigência da aplicação da pena com o necessário respeito à dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo um extenso rol de garantias e direitos fundamentados em normas que conferem especial proteção ao cidadão. Nota-se que a constitucionalização do direito de punir é uma exigência essencial da democracia, a qual se manifesta no respeito às normas, manifestadas através das normas que funcionam como um impedimento aos excessos que decorrem da aplicação das sanções penais⁴⁶.

Como visto, o exercício do direito de punir do Estado não é absoluto, sendo limitado pelas normas constitucionais e legais garantidoras dos direitos dos cidadãos, que exigem a necessária aproximação entre a aplicação da pena e o regime de Estado adotado em um País. No Brasil, esses limites decorrem da Constituição Cidadã de 1988, que se reflete em

⁴³ Em seu art. 1º, inciso II, a Constituição Federal de 1988 previu a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

⁴⁴ Sobre o tema, vide Nucci (2014, p. 25).

⁴⁵ Em seu art. 5º, XLIX, a Constituição Federal proíbe a pena de morte, salvo as penas, em caso de guerra externa declarada, as de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

⁴⁶ Nessa esteira, Guimarães (2010) pontua que a Constituição Republicana de 1988 inseriu novos parâmetros de justiça que se refletem nos princípios por ela incorporados do ordenamento jurídico pátrio.

todo o ordenamento jurídico brasileiro, por meio de normas que assumem natureza de regras ou princípios, de acordo com seu conteúdo jurídico. É o que será estudado a seguir.

2.5 Os princípios e sua relação com a aplicação da pena

Partindo da premissa de que um sistema jurídico se baseia em normas (regras e princípios), a aplicação da pena no Brasil exige uma necessária ligação entre o Estado Democrático de Direito e as normas constitucionais esculpidas pela Constituição Federal de 1988. Por essa razão, é de fundamental importância recorrer à teoria dos princípios para diferenciar e entender o conceito e o papel das normas, regras e princípios, em um ordenamento jurídico. Dentre os diversos estudiosos do tema, destacam-se alguns:

Segundo Dworkin⁴⁷, os princípios são todo o conjunto de padrões que não são regras, um padrão que deve ser observado por ser uma exigência da justiça ou igualdade. Por outro lado, as regras são padrões de conduta praticados por um grupo de pessoas que as aceitam como obrigatórias.⁴⁸ A distinção entre regras e princípios é de natureza lógica, posto que as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, ou seja, ou uma regra é válida e a sua resposta deve ser aceita, ou não é válida e sua resposta em nada contribuirá. Os princípios, por sua vez, apenas se limitam a enunciar uma razão que conduz o argumento a certa direção e, por isso mesmo, para ser concretizado, precisa de uma decisão particular. Diante do exposto, o autor classifica as regras e princípios como espécies de normas.⁴⁹

Para Alexy, os princípios representam mandamentos ou ordenações que orientam a interpretação e a aplicação do Direito. Também distinguiu princípios de regras, entendendo que os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto, e as regras, normas de um grau de generalidade relativamente baixo. Ambos são normas, porque dizem o *dever-ser* (caráter deontológico). O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é: os princípios são normas que *ordenam* que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. As regras, por seu turno, aplicam-se ou não ao caso concreto sem essa possibilidade de ponderação⁵⁰.

⁴⁷ Vide Dworkin (2010).

⁴⁸ Este trabalho adota a teoria dos princípios de Dworkin.

⁴⁹ Outra diferença que o autor coloca é que os princípios possuem uma dimensão de peso e importância, pois os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Já as regras, ou são importantes ou desimportantes. Se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. E essa regra suplantada, perde validade e será revogada do sistema jurídico.

⁵⁰ Vide Alexy (2001).

Para Ávilla⁵¹, as regras são normas imediatamente descritivas, cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência entre as finalidades que lhe dão suporte, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios, por sua vez, são normas imediatamente finalísticas e com alto grau de indeterminação estrutural, cuja aplicação se demana uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção⁵².

Nesse contexto, importante destacar que foi durante o iluminismo (século XVII), com a positivação na Declaração dos direitos do homem e do cidadão em 1789 de princípios limitadores da atuação estatal que o tema princípios ganhou atenção nos sistemas jurídicos. Essa evolução na reestruturação do poder estatal obteve seu ápice com o sistema de garantias⁵³ idealizado por Luige Ferrajoli, que procurou agregar de forma sistemática tudo, ou quase tudo, que havia sido idealizado até o século XX em relação às limitações do *jus puniend* do Estado, por meio do que chamou de “garantismo”.

Posto isso, avançando na discussão, a Constituição Federal de 1988⁵⁴ incorporou ao seu texto, princípios basilares de repetição obrigatória no Direito Penal e Processual Penal, dentre eles: o princípio da legalidade, do devido processo legal, da presunção de inocência, da individualização da pena, do contraditório e da ampla defesa, dentre muitos outros. Mais especificamente sobre a aplicação da pena, podem ser citados, ainda, os princípios da igualdade, anterioridade da lei penal, da humanização, da proporcionalidade, entre outros⁵⁵.

Entendendo o direito penal a partir de um viés constitucional, sua interpretação e aplicação convergem para o princípio-síntese do Estado constitucional e humanitário de Direito, que é o da dignidade humana, o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade humana.

⁵¹ Vide Ávilla (2012)

⁵² Importante ressaltar que Ávila (2012) critica a doutrina nacional que recebeu de modo acrítico as teorias de Alexy e Dworkin, além de ignorar a evolução dessas teorias pelos próprios autores. Segundo ele, Dworkin teria deixado de focar na distinção entre princípios e regras, para realçar a existência de diferentes critérios interpretativos no Direito. E Alexy, teria aperfeiçoado a sua definição de princípios como mandamentos de otimização para mandamentos a serem otimizados, mudando a eficácia dos princípios, para não dar-lhes mais eficácia estritamente prima face, mas sim, para serem referidos como dever ser ideal.

⁵³ Para melhor aprofundamento sobre o garantismo penal, o sistema de garantias penais e processuais penais e os axiomas que fundamentam a teoria, vide o autor da teoria, Ferrajoli (2010).

⁵⁴ Guimarães (2010, p.55) pontua que a Constituição Republicana de 1988 inseriu novos parâmetros de justiça que se refletem nos princípios por ela incorporados do ordenamento jurídico pátrio.

⁵⁵ Nesse sentido, Guimarães (2013, p.15): “[...] tanto a fundamentação como a legitimação do direito de punir devem transcender os critérios da legalidade, expandindo-se em direção aos critérios axiológicos que fundamentam a existência do regime de governo democrático”.

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que foi convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa, seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Dessa forma, serve tanto como justificação moral, quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Portanto, antes mesmo de ingressar no sistema jurídico, positivada em textos normativos ou consagrada pela jurisprudência, a dignidade já desempenha papel relevante, vista como valor pré e extrajurídico capaz de influenciar o processo interpretativo.

Diante do exposto, necessário conhecer os princípios norteadores da aplicação da pena. Considerando que não é objetivo deste trabalho se aprofundar nos diversos princípios atinentes à pena, tampouco tornar o presente trabalho excessivamente extenso, optou-se por relacionar em uma tabela os mais significativos princípios incidentes na aplicação da pena, acompanhada de breves reflexões. Ressalte-se que o princípio da individualização da pena, estudo do presente trabalho, será melhor estudado no capítulo seguinte.

Quadro 1 – Princípios relacionados a pena

(continua)

PRINCÍPIOS	BREVES REFLEXÕES
<p>Igualdade ou Isonomia⁵⁶</p>	<p>Previsto no art. 5º, caput, da CF/1988 estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedadas as diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores da Constituição Federal, impondo na esfera da aplicação da pena, a necessidade pela busca da igualdade material, por meio de um tratamento diferenciado conferido a cada indivíduo. Diversos são os exemplos disso na Constituição Federal de 1988, dentre eles: o tratamento diferenciado no tocante à aplicação da pena àqueles que são inimputáveis ou semi-imputáveis e a consideração de vida pregressa do réu no momento da dosimetria da pena privativa de liberdade.</p>
<p>Legalidade⁵⁷</p>	<p>Em seu art. 5º, XXXIX, a CF/1988 prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, assim o princípio da legalidade institui uma forma de segurança jurídica, vez que para um fato ser considerado como passível de punição estatal, deve estar anteriormente tipificado como crime na lei penal. Assim, somente a lei em sentido estrito, excetuando-se medidas provisórias, por exemplo, podem criar o crime e a pena, devendo estar em consonância com seu processo formal de criação, além de estar alinhada aos ditames constitucionais.</p>

⁵⁶ Para maior aprofundamento, vide Sarlet (2009).

⁵⁷ Sobre o referido princípio vide Nucci (2014).

Quadro 1 – os princípios relacionados a pena

(continua)

Anterioridade da Lei Penal	Previsto no art. 5º, XL, da CF/1988, dispõe que a lei penal só pode ter vigência para os fatos posteriores, salvo para beneficiar o réu. Intimamente ligado ao princípio da legalidade, determina que para uma conduta ser considerada como punível pelo Direito Penal, deve estar previamente prevista como infração penal (crimes ou contravenções penais), com vigência anterior à prática do crime ⁵⁸ .
Pessoalidade e Culpabilidade⁵⁹	Previsto no art. 5º, XLV, da CF/1988, assevera que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Por essa razão, os sucessores ou familiares do réu, não podem sofrer as sanções impostas pela prática criminosa a ele imposta, posto que somente aquele que cometeu o crime deve responder por ele. Por sua vez, a culpabilidade ratifica esses ideais, prevendo que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade ⁶⁰ e o respeito à dignidade humana.
Proporcionalidade⁶¹	A proporcionalidade implica o respeito, no momento da aplicação da pena, à adequada resposta penal ao delito praticado, vedando o estabelecimento de penas exageradas. Impõe, portanto, a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem danos ao cidadão maiores que o indispensáveis para proteção dos interesses públicos.
Humanização⁶²	O princípio da humanização dispõe que as sanções penais previstas e aplicadas pelo Estado, não podem ferir o princípio da dignidade humana. Por essa razão, prevê a Constituição Federal de 1988 que são vedadas: as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (art. 5º, XLVII), assegurando ao preso o respeito à integridade física e moral (art. 5º,

⁵⁸ Para maior aprofundamento vide Silva (2010).

⁵⁹ De acordo com Luisi (2003, p. 51): É princípio pacífico do direito penal das nações civilizadas que a pena pode atingir apenas o sentenciado. Praticamente em todas as nossas Constituições está disposto que nenhuma pena passará da pessoa do delinquent. A reprimenda estatal não pode atingir pessoas alheias ao cometimento do delito. A família do condenado não pode ser responsabilizada pelo delito daquele.

⁶⁰ Nucci (2014, p.44-45) observa que: o princípio da culpabilidade inspira a caracterização do crime, fundamenta e limita a aplicação da pena, em atuação sincronizada com os fins aos quais se vincula, isto é, o de que a pena é personalíssima, não podendo ultrapassar a pessoa do delinquent e a medida da reprovação social por ele merecida”.

⁶¹ Para maior aprofundamento vide Gomes (2003).

⁶² Para Luisi (2003, p. 46), o princípio da humanização consiste no reconhecimento do condenado como pessoa humana. Qualquer pena que exceda, os limites previstos nas leis, afrontam ao princípio da humanização. Ademais, ainda é preciso salientar que as penas desumanas, entre elas as corporais, aplicadas como forma de castigo ao indivíduo, são vedadas.

Quadro 1 – os princípios relacionados a pena

(conclusão)

	XLIX). O Estado, portanto, deve assegurar, ao menos, as condições minimamente dignas de sobrevivência dos condenados, garantindo seu status de pessoa humana. ⁶³ .
Individualização da pena ⁶⁴	Segundo este princípio, a aplicação da pena deve se aproximar da mais justa e sensata possível, no seu quantum e no seu propósito. Vai ao encontro da análise da personalidade do réu, não como objeto da aplicação da pena, mas sujeito de direitos e deveres. De forma genérica, compreende os demais princípios citados e legitima o poder de punir estatal quando este é exercido dentro dos limites estabelecidos em lei. Assim, visa resguardar o valor do indivíduo, que exige a atuação do intérprete e aplicador da lei penal, sem as generalizações e abstrações que não consideram o homem em particular ⁶⁵ .

Fonte: Sarlet (2011), Nucci (2014), Boschi (1987), Luisi (2003), Gomes (2003) e Jescheck (2002).

Diante do exposto, no capítulo seguinte será estudado, de forma mais aprofundada, o princípio constitucional da individualização da pena, notadamente no que se refere à pena privativa de liberdade e as circunstâncias judiciais do art.59 do Código Penal, dispositivo que representam o centro da individualização da pena no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo, ao final, reflexões críticas sobre a necessidade de fundamentação da aplicação da pena acima do mínimo legal.

⁶³ Sobre o tema vide Jescheck (2002).

⁶⁴ Para maior aprofundamento Nucci (2014).

⁶⁵ Boschi (1987, p.47) comenta que “o princípio da individualização da pena, que visa resguardar o valor do indivíduo – precisa ser juridicamente considerado. A atitude implica reposicionamento do intérprete e aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o que o homem tem de particular.

3 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

3.1 A individualização da pena como princípio constitucional e a fuga da padronização da sanção penal

O princípio constitucional da individualização da pena, que de forma genérica compreende os demais princípios aplicáveis à pena, legitima o poder de punir estatal quando exercido dentro dos limites e parâmetros estabelecidos em lei. Traduz-se em um princípio que visa resguardar o valor do indivíduo, que exige a atuação do intérprete e aplicador da lei penal, sem as generalizações e abstrações que não consideram o homem em particular⁶⁶.

Positivado no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988⁶⁷, o referido princípio prega que as sanções penais impostas aos infratores devem ser proporcionais, personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias fáticas dos delitos e à luz das características pessoais do infrator. O julgador fica, portanto, obrigado a fixar a pena conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma de sua execução⁶⁸.

Assim, individualizar a pena significa eleger a justa e adequada sanção penal, no seu quantum e no seu propósito, ao indivíduo que comete uma conduta delituosa, valorando a periculosidade demonstrada e comprovada do réu, além das circunstâncias fáticas de cada caso concreto, tornando o agente criminoso um ser único e distinto dos demais, sujeito de direitos e deveres, e não como mero objeto da aplicação da pena⁶⁹.

⁶⁶ Sobre o tema vide Boschi (1987).

⁶⁷ Como já exposto no capítulo anterior, o artigo 5º, inciso XLVI, da CF/ 88 estabelece que: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social determinada; e) suspensão ou interdição de direitos. Em seu art. 5º, XLIX, a Constituição Federal proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra externa declarada, as de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

⁶⁸ Importantes reflexões feitas por Carlos (2006): “Por individualização da pena entende-se a fixação, no caso concreto, de sanção penal que guarde proporcionalidade com a gravidade do delito e permita, ao juiz, a verificação de todas as nuances e circunstâncias relativas ao crime e ao criminoso. É possível, portanto, falar em individualização abstrata, quando da previsão legal da sanção, comparando-se a lesividade daquele crime com outros e fixando o intervalo de apenação e em individualização concreta, a saber, a aplicação da pena para o caso determinado submetido a julgamento, verificando-se o comportamento, antecedentes e motivação do agente, as circunstâncias da execução do crime, o comportamento da vítima, etc. Pela individualização abstrata, não é possível que todos os crimes tenham a mesma pena; pela individualização concreta, não é possível que todas as pessoas que cometeram o mesmo tipo de crime tenham sempre a mesma pena”.

⁶⁹ Sobre o tema Nucci (2014, p.194) comenta que “quanto mais se cercear a atividade individualizadora do juiz na aplicação da pena, afastando a possibilidade de que analise a personalidade, a conduta social, os antecedentes, os motivos, enfim, os critérios que são subjetivos, em cada caso concreto mais cresce a chance de padronização

Sua finalidade e importância residem na fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena preestabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto⁷⁰.

A individualização da pena constitui, portanto, um direito subjetivo do réu em processo penal, pugnando que as penas devem ser justas e proporcionais, vedado qualquer tipo de padronização, mesmo nos casos em que diversos réus tenham praticado crimes idênticos e nas mesmas circunstâncias fáticas. Essa exigência, por ser constitucional, merece ser aplicada sem contestação, tanto pelo próprio legislador, quanto pelo juiz⁷¹,

Na praxe forense, essa padronização das penas é tão mais comum do que se imagina e reflete um problema crônico acentuado pelo Poder Judiciário do Brasil⁷², em todos os ramos do direito, evidenciado por meio do excessivo acúmulo de processos e pela necessidade latente de julgá-los de forma célere com o objetivo de desafogar os Tribunais⁷³. Por essas razões, a doutrina converge em identificar a existência de uma verdadeira crise judiciária no País, percebida em diversos aspectos, como o estrutural e o tecnológico⁷⁴.

Inevitavelmente, esse desacordo entre uma rápida e eficaz prestação jurisdicional reflete nos processos penais, sobretudo na realização de uma instrução probatória eficiente e capaz de garantir o respeito aos direitos e garantias individuais, tendo em vista que a

da pena, o que contraria, por natureza, o princípio constitucional da individualização da pena, aliás, cláusula pétreia”.

⁷⁰ Para maiores reflexões sobre a padronização das penas, vide Nucci (2014) e Rodrigues (2012).

⁷¹ Sobre o tema: “A individualização da pena é um direito subjetivo do acusado de obter, no caso de ser condenado criminalmente, a pena justa, imparcial e livre de qualquer padronização, em decorrência natural e lógica dos comandos de cálculo da pena, cujo objetivo é evitar abusos e arbítrios” (Ap. 0001232-49.2011.8.13.0026/MG, 2ª Câm. Crim., j. em 14.06.212, rel. Nelson Missias de Moraes).

⁷² Saporì (2008) constatou que os juizes das varas criminais adotam certas receitas práticas que possibilitam a rápida composição de uma sentença. Limitam-se a analisar apenas evidências documentais e rapidamente formam sua convicção. Assim, conseguem elaborar diariamente um grande número de sentenças, evitando recorrer a fundamentos doutrinários e jurisprudenciais.

⁷³ Segundo o CNJ, há atualmente em trâmite no Judiciário brasileiro 87 milhões de processos, da justiça comum à justiça especial, com um congestionamento no patamar de 70%, ou seja, de cada 100 (cem) processos em trâmite, 70 (setenta) não são concluídos. É um índice alarmante em comparação com outros países, principalmente os mais desenvolvidos, que apresentam percentuais inferiores a 30%.

⁷⁴ Sobre o assunto, Moraes e Spengler (2008, p.78-79) apontam quatro crises da jurisdição: a crise estrutural, a crise objetiva, a subjetiva e a paradigmática. “A crise objetiva refere-se a aspectos pragmáticos da atividade jurídica, englobando questões de linguagem técnico-formal utilizada nos rituais e trabalhos forenses, a burocratização e lentidão dos procedimentos, acúmulo das demandas. A crise estrutural é aquela que diz respeito à infra-estrutura de instalações, pessoal, equipamentos, custos. A crise subjetiva é a que se vincula a incapacidade tecnológica dos operadores jurídicos tradicionais de lidarem com novas realidades fáticas. A crise paradigmática é aquela que trata sobre os métodos e conteúdos utilizados pelo direito para a busca de um tratamento pacífico para os conflitos a partir da atuação prática do direito aplicável ao caso *sub judice*. Já a crise funcional apresenta-se como a inadequação das leis publicadas, a intrincada processualística e a deficiência do sistema de provocação do Judiciário”.

necessidade de concluir os processos e atender as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça parece ser, por vezes, o mais importante⁷⁵.

Ademais, essa tensão entre a necessidade de defesa social e a proteção dos direitos fundamentais do cidadão, implica na imposição de uma pena calcada em argumentos que refletem a adoção de uma política criminal irracional e falsamente humanista, reforçando a seletividade penal tão combatida pelos estudiosos da Criminologia Crítica, uma vez que a criminalização recai, fundamentalmente, sobre as parcelas mais vulneráveis da população, pertencentes às camadas sociais mais baixas e desprovidas de atenção estatal, destacando-se os pobres, negros e homossexuais⁷⁶.

Na realidade brasileira, a constatação da seletividade penal é evidente. De acordo com o relatório mais recente divulgado pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), referente ao ano de 2012, mais da metade dos presos (54%) era negra ou parda, possuía entre 18 e 29 anos (55%) e detinha pouca escolaridade (5,6% são analfabetos; 13% apenas alfabetizados e 46% têm somente o ensino fundamental incompleto). Somente 2 (dois) mil presos (0,4%) tinham ensino superior completo⁷⁷.

Diante do exposto, inconcebível imaginar que a atenuação da seletividade penal não passe necessariamente pela concepção e aplicação de uma pena individualizada, justa e igualitária como a única resposta legítima à infração da norma penal. Nessa esteira, a adoção de parâmetros menos subjetivos quando da aplicação da pena, é de fundamental importância para a concretização da individualização da pena em seus três planos distintos, evitando-se, notadamente, a padronização da sanção penal: o plano legislativo, judiciário e executório. É o que será estudado a seguir.

⁷⁵ Por fins didáticos, no capítulo 3 deste trabalho serão feitos contrapontos entre a padronização das sentenças e as metas estabelecidas pelo CNJ ao Poder Judiciário do Estado do Maranhão.

⁷⁶ Tese sustentada pela Criminologia Crítica, marco referencial teórico deste trabalho. Nessa esteira, vale mencionar os dizeres de Zaffaroni (1991, p.130): “estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquência de colarinho branco, dourada, de trânsito, etc.)”.

⁷⁷ Informações mais detalhadas disponíveis no endereço eletrônico do DEPEN, acessível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B2627128E-D69E-45C6-8198-CAE6815E88D0%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Fundamental também a leitura do Anuário da Segurança Pública 2014, divulgado em novembro deste ano, acessível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//8anuariobsp.pdf>.

3.2 Das etapas da individualização da pena

Atualmente, a individualização da pena é exercida por meio de três etapas distintas, singulares e complementares: a legislativa, judiciária e executória⁷⁸, exercidas pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, respectivamente. Ressalte-se que o objeto do presente estudo repousa na individualização judiciária da pena, razão pela qual serão dedicadas a ela maiores reflexões, sobretudo quando da análise do processo de dosimetria da pena.

a) Individualização Legislativa

Nesta primeira etapa, o legislador abstratamente define quais condutas ilícitas merecem uma sanção penal e em que grau esta deve se dar, quer seja em razão da periculosidade da conduta, quer seja em razão das características pessoais do agente, fixando os limites mínimos e máximos do preceito secundário do tipo penal⁷⁹, bem como os regimes de cumprimento e benefícios possíveis de serem concedidos ao infrator, para que sirvam de orientação para o processo de aplicação da pena pelo julgador⁸⁰.

Notadamente, esta fase deixa evidente a opção político-legislativa de um Estado e reflete os valores considerados como aceitos por uma sociedade. Por essa razão, algumas condutas são punidas de forma mais severa que outras e o tratamento destinado ao criminoso varia conforme a gravidade, as circunstâncias fáticas e o resultados provocados pelo crime⁸¹ cometido. O legislador deve, portanto, agir com razoabilidade, evitando cominar penas severas para condutas pouco ofensivas ou mesmo penas insignificantes para infrações graves.

⁷⁸ Sobre o assunto, o STF já se manifestou: “O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.” (HC 97.256/RS, T.P., j. 01.09.2010, v.u., rel. Ayres Brito).

⁷⁹ Conforme preceitua Bittencourt (2012, p. 336) o tipo é o “conjunto de elementos do fato punível descrito na lei penal, exercendo uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. [...] É um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido”. Entende-se por preceito secundário, a sanção prevista no tipo penal.

⁸⁰ Vide Barros (2010).

⁸¹ Adota-se neste trabalho o conceito analítico de crime, que o define como uma ação típica (prevista em lei penal), antijurídica (ilícita) e culpável (reprovável).

Embora significativa, a liberdade do legislador para cominar as penas não é absoluta, pois ele deve se guiar por critérios objetivos como a natureza da infração, o bem jurídico tutelado e a necessidade social de repressão do fato, respeitando o princípio da individualização da pena e todos os demais que o cercam⁸².

Desta feita, a função do legislador é bem mais complexa do que se imagina, pois não se resume a um simples enquadramento de fatos como ilícitos penais merecedores de sanção penal, mas sim como verdadeiro paradigma e orientador da aplicação penal pelo Poder Judiciário, que incide diretamente na esfera privada do agente criminoso.

b) Individualização Judiciária

Com uma função extremamente importante na efetividade do princípio da individualização da pena, ao Poder Judiciário é dada a tarefa de analisar fatos, provas, circunstâncias fáticas e outras variáveis capazes de influir no processo de aplicação da pena⁸³, pois, nesta fase, há de se resguardar o valor individual do agente criminoso sobre o qual recai a sanção penal, não devendo se admitir a utilização de mecanismos padronizados ou operações matemáticas no processo de aplicação da pena⁸⁴.

Ao julgador cabe escolher e aplicar a pena adequada prevista na legislação penal brasileira para cada ilícito penal, dentro dos parâmetros mínimos e máximos estabelecidos, obedecer ao sistema trifásico de dosimetria da pena⁸⁵, bem como determinar o regime de seu cumprimento, além de outras questões relacionadas à execução da pena, nos moldes do Código Penal Brasileiro e legislação correlata⁸⁶.

Toda esta tarefa deve guardar relação obrigatória com a Constituição Federal e os princípios que cercam a individualização da pena, pois há de se respeitar o réu como um ser humano único dotado de todos os direitos garantidos a qualquer pessoa, seja criminoso ou não. Por essa razão, mesmo em um crime cometido em concurso de agentes, com idênticas

⁸² Sobre o tema: Bianchini (2007).

⁸³ Sobre o tema: “O julgador deve, ao fazer a individualização da 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 cominação que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime. HC 103508/MG, 5ª T., j. 15.10.2009, v.u., rel. Laurita Vaz.)

⁸⁴ Schmitt (2014, p. 105) assevera que “a fixação da pena não pode resultar de simples operação matemática, pois estamos frente a algo que não se relaciona com a ciência exata. Ora, depois da vida, estamos apreciando o maior de todos os bens, a liberdade, e, para isso, precisamos ter aflorado todo senso de justiça para dosar a pena necessária e suficiente à reprovação de determinada conduta (princípio da proporcionalidade).

⁸⁵ Sistema adotado no Brasil, o qual será objeto de maiores reflexões em tópico próprio.

⁸⁶ Sobre o assunto vide Schmitt (2014), Nucci (2014) e Bittencourt (2012).

circunstâncias fáticas, a pena tem de ser individualizada⁸⁷, com processos de dosimetria em separado para cada réu, evitando que a sanção seja a mesma para todos os condenados.

Assim, as decisões no curso do processo penal precisam necessariamente ser claras, motivadas e fundamentadas de maneira individual, levando-se em conta as características subjetivas do agente criminoso e as circunstâncias do crime⁸⁸, pois o réu tem o direito subjetivo de saber o porquê foi condenado e, mais ainda, acompanhar todo raciocínio do juiz na fixação da sua pena.

c) Individualização Executória

Concluídas as duas fases anteriores, a pena caminha para a sua concretização. Nesta fase, cabe ao Poder Executivo a obrigação de proporcionar os meios necessários para o cumprimento da pena imposta na fase judiciária, respeitando o regime determinado, as disposições da lei que rege a execução da pena, bem como o respeito aos direitos dos indivíduos que cumprirão a pena⁸⁹.

Assim, transitada em julgado a sentença condenatória⁹⁰ prolatada pelo Juízo, esta se torna um título executivo judicial a ser executado pelo Poder Executivo conforme os parâmetros estabelecidos na Lei de Execução Penais⁹¹, tendo em vista que é da execução penal o objetivo de dar efetividade à sanção penal e proporcionar a garantia dos direitos subjetivos do condenado quanto de seu cumprimento⁹².

⁸⁷ Sobre ao assunto, importante julgado do STJ: “Em razão do princípio da individualização da pena, o ato da dosimetria leva em consideração não apenas o crime cometido, mas também circunstâncias referentes ao agente que o praticou, na sua maioria, de caráter subjetivo. Sendo assim, a reprimenda fixada para o corréu não pode ser erigida como fator de comparação em relação à pena aplicada ao Paciente.” (HC 75425/PR, 5º Turma, julgado em 17.11.2009, rel. Laurita Vaz).

⁸⁸ Sobre o assunto, importantes decisões: “A exigência de motivação dos atos do poder público em geral, e do Poder Judiciário em particular, representa, no que diz respeito ao processo de individualização da pena, a concretização de um ideário comprometido com as garantias individuais dos cidadãos,” (REsp 443500/SC, 6º Turma, j. em 10.11.2009, rel. Maria Thereza de Assis Moura). “Analisando detidamente os termos da sentença, observo que o juízo da condenação fixou as penas privativas de liberdade bem acima dos mínimos legais, fundamentando-as em fases aleatórias e de forma desordenada, sem observar o critério trifásico de dosimetria da pena, o que implica em flagrante violação ao princípio da individualização da pena”. (RVC 624-20008.03.00.016595-2/MS, 1º S., j. 03.12.2009, rel Cecília Mello).

⁸⁹ Para maior aprofundamento vide Barros (2010).

⁹⁰ Conforme conceita Mirabete (2009, p.422): “a sentença corresponde ao ato que põe fim ao processo, mediante a declaração de decisão do juiz com relação à culpabilidade ou inocência do réu. O Código de Processo Penal, apesar de reconhecer que a sentença é basicamente o pronunciamento da vontade do juiz, estabelece uma série de requisitos formais que devem ser obedecidos pelo magistrado”.

⁹¹ Vide Lei 7.210 de 11 de julho de 1984.

⁹² Art.1º, Lei 7.210/84: “A Execução Penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Para isso, inicialmente os condenados tem de ser classificados de acordo com a natureza do crime e seus antecedentes e personalidade, com o objetivo de orientar a individualização da pena e a elaboração de programas individuais de desenvolvimento pessoal, devendo ser observadas as regras relacionadas à progressão e regressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação da pena, trabalho e estudo do preso, dentre muitos outros institutos aplicáveis nesta fase⁹³.

Considerando que o objeto deste trabalho volta-se à individualização judiciária da pena, a seguir será estudado o processo de aplicação da pena pelo juiz.

3.3 O sistema trifásico de aplicação da pena de Nelson Hungria

Em consonância com os princípios orientadores da aplicação da pena e com as normas constitucionais, o legislador brasileiro previu uma série de critérios aparentemente objetivos (falam-se aparentes, pois deixam margem para valoração do julgador) para a aplicação da pena, com o intuito de coibir a discricionariedade do juiz e proporcionar ao réu uma pena eficaz e proporcional, evitando possíveis abusos e arbitrariedades.

Desta feita, após a reforma penal de 1984, adotou-se no Brasil o sistema trifásico de dosimetria da pena, instituído por Nelson Hungria⁹⁴, que determina que a individualização da pena deve obedecer a um método que compreende três fases de aplicação, conforme a redação do artigo 68 do Código Penal, “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”, sendo, portanto, obrigatória a adoção do critério trifásico⁹⁵.

⁹³ Importantes reflexões feitas por Nucci (2014, p.173): “A individualização executória é a terceira etapa da individualização da pena e se desenvolve no estágio da execução penal. A sentença condenatória não é estática, mas dinâmica. Um título executivo judicial, na órbita penal, é mutável. Um réu condenado ao cumprimento da pena de reclusão de doze anos, em regime inicial fechado, pode cumpri-la exatamente em doze anos, no regime fechado (basta recusar-se a trabalhar etc.) ou cumpri-la em menor tempo, valendo-se de benefícios específicos (remição, comutação, progressão de regime, livramento condicional etc.)”.

⁹⁴ Para maior aprofundamento vide obra clássica de Hungria (1979).

⁹⁵ Sobre a obrigatoriedade do sistema trifásico: “Anula-se a sentença quando não observado o sistema trifásico de aplicação da reprimenda, previsto no art. 68 do Código Penal, por fereir o princípio constituinte da individualização das penas”. (Ap.Crim. 1.0459.08.0033783-3/001/MG, 4º Câmara Criminal, j. 03.03.2020, rel. Herbert Carneiro).

Assim, na primeira fase são valoradas as circunstâncias judiciais do *caput* do artigo 59 do Código Penal⁹⁶, de apreciação exclusiva e reservada ao julgador, a fim de que seja fixada a pena-base do delito; na segunda, são analisadas as circunstâncias que atenuam ou agravam a pena, previstas em sua maioria na parte geral do Código Penal; e na terceira, a existência de causas que diminuem ou aumentam a pena, previstas de modo preponderante nos próprios tipos penais.

Antes de tudo, necessário destacar que em razão do objeto de estudo deste trabalho não compreender o processo completo de aplicação da pena, serão dispensadas maiores discussões doutrinárias e jurisprudenciais somente à primeira de suas fases, no tópico 2.4, onde serão estudadas, individualmente, cada uma das 8 (oito) circunstâncias judiciais que compõem a formação da pena-base do delito, fazendo-se, ao final, ponderações críticas de tudo exposto. Além disso, as reflexões feitas aqui serão direcionadas à dosimetria na hipótese de aplicação de pena privativa de liberdade.

Pois bem, constatada a ocorrência de uma conduta típica, antijurídica e culpável, inexistindo causa excludente do crime ou que isente o réu de pena, impõe-se a aplicação da sanção penal de acordo com o enquadramento legal do fato e a sanção prevista no preceito secundário do tipo penal, observando a existência de qualificadoras⁹⁷, dosando a pena inicialmente a partir da pena mínima prevista, pois somente se justifica a exasperação da pena quando estiver presente circunstância judicial reconhecida e valorada como desfavorável ao condenado.

Na primeira fase da dosimetria da pena são analisadas as chamadas circunstâncias judiciais do *caput* do artigo 59 do Código Penal⁹⁸, a fim de que seja fixada a pena-base⁹⁹ do delito a partir da quantidade de circunstâncias valoradas negativamente, quais sejam: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as

⁹⁶Teor do art.59 do Código Penal: “O juiz, 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, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

⁹⁷ Necessário entender o papel das qualificadoras no processo de dosimetria penal, conforme preceitua Shcimit (2014, p.154): “A presença de uma qualificadora traduz na imediata adequação da conduta a um tipo penal específico, com sanção própria prevista em abstrato. Torna-se suficiente, apenas uma qualificadora para alterar a pena em abstrato, previsto para determinado crime”. Complementa dizendo que em caso de existência de mais de uma qualificadora, uma servirá para qualificar o crime, enquanto as demais serão valoradas na segunda fase de aplicação da pena.

⁹⁸Teor do art.59 do Código Penal: “O juiz, 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, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

⁹⁹ Tristão (2008, p.39) conceitua sobre a pena-base: é chamada, também, de apenamento ou sanção básica, que serve de marco para se chegar ao apenamento definitivo”.

circunstâncias e consequências do crime. Dessa forma, quanto mais circunstâncias forem julgadas desfavoráveis, mais a pena-base se afastará da pena mínima abstratamente cominada ao delito e, conseqüentemente, maior será a pena-base concretamente fixada, jamais podendo ser aquém do mínimo legal, nem além do máximo previsto no tipo penal incriminador.

Além disso, embora a lei reserve, sobretudo neste momento, elevada discricionariedade ao juiz para reconhecer a valoração positiva, neutra ou negativa de uma circunstância, a ele é obrigado pautar a sua decisão em motivação idônea, analisando individualmente cada circunstância judicial, demonstrando suas razões, pois a pena-base não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com fundamento em referências vagas e dados não explicitados, exigindo-se sempre motivação clara e concreta¹⁰⁰.

Conhecida e fixada a pena-base, passa-se à segunda fase da dosimetria da pena, na qual serão avaliadas a existência de circunstâncias capazes de atenuar ou agravar a pena, chamadas também de circunstâncias legais¹⁰¹. No Código Penal, as circunstâncias atenuantes possuem previsão nos artigos 65 e 66, enquanto que as agravantes estão previstas nos artigos 61 e 62, existindo também circunstâncias atenuantes e agravantes na legislação especial.

Na terceira e última fase, analisa-se a existência de causas de diminuição ou aumento de pena, previstas em sua maioria nos próprios tipos penais. Ao contrário das atenuantes ou agravantes genéricas, que diminuem ou elevam a pena-base nos limites da escala penal, as causas especiais de diminuição podem reduzi-la aquém do mínimo, assim como as causas especiais de aumento podem alçá-la acima do máximo cominado ao crime¹⁰².

Ressalte-se que o julgador deve ter como parâmetro em cada fase, a pena anteriormente fixada. Feitas estas reflexões, passa-se ao estudo das circunstâncias judiciais.

3.4 As circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal

Conforme exposto, a lei concedeu ao julgador considerável discricionariedade na valoração das circunstâncias que envolvem o fato criminoso e seu agente, capazes de influir no processo de dosimetria da pena, posto que deixou de prever elementos técnicos e

¹⁰⁰ Sobre o tema, já se manifestou o STJ: “Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, além das próprias elementares comuns ao tipo.” (STJ, HC, 60524/PR)

¹⁰¹ Nucci (2014, p. 136) comenta que as circunstâncias legais são “todas as particularidades envolvendo a prática do delito (fato e autor), devidamente previstas em lei, logo, cuja descrição é feita pelo próprio legislador na elaboração da norma penal”.

¹⁰² Vide STF, HC 85673/PA.

majoritariamente objetivos para apreciação das circunstâncias judiciais pelo juiz, razão pela qual a discricionariedade judicial, no que diz respeito à individualização da pena, deve ser limitada com o objetivo de evitar arbitrariedades e supressão de direitos¹⁰³.

As circunstâncias judiciais podem ser valoradas pelo julgador como favoráveis, neutras ou desfavoráveis, sempre com base no art. 59 do Código Penal e em motivação idônea. Será favorável quando reunir elementos benéficos ao agente ou a fato que norteia a prática do crime sancionado; desfavorável quando estes elementos lhe promovam censura à sua pessoa ou ao seu modo de agir; e neutras na hipótese de não haver elementos suficientes para valoração da circunstância judicial ou outro motivo que impeça seu reconhecimento, como a existência de um fato que seja apreciado em outra fase da dosimetria¹⁰⁴.

Nesse diapasão, a construção de um modelo de individualização da pena que possibilite a mitigação da seletividade penal deve ter a objetivação das circunstâncias judiciais como uma meta a ser perseguida, vez que deixar somente a critérios subjetivos do juiz o reconhecimento favorável, neutro ou desfavorável de uma circunstância capaz de influir no aumento da pena, representa a supressão de garantias e direitos tão duramente conquistados na ordem constitucional brasileira¹⁰⁵.

Assim, para que se proceda a comprovação ou não da hipótese deste trabalho, faz-se necessário o estudo teórico de cada uma das 8 (oito) circunstâncias judiciais para, no capítulo seguinte, analisá-las a partir dos dados obtidos na pesquisa de campo realizada

a) Culpabilidade

Entendida como o juízo de reprovação que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente criminoso, a circunstância judicial “culpabilidade” deve ser aferida com o escopo de avaliar a censurabilidade do ato cometido, ou seja, o seu grau de reprovabilidade

¹⁰³ Sobre o tema, importante lição de Jescheck (2002, p.788): “(...) trata-se de uma “discricionariedade juridicamente vinculada”, já que depende o juiz de critérios e princípios individualizadores, bem como da culpabilidade – dados que obviamente não são tão concretos como os elementos legais do tipo, mas diretrizes que implicam em certa dose de abstração e, conseqüentemente, carregarão na definição final um componente individual, que foge do controle racional”. Nessa esteira, Boschi (2002, p.189) aduz: “A valoração da circunstância judicial – que outra coisa não é senão o processo de determinação da respectiva carga de valor, positiva ou negativa – exige fundamentação minuciosa porque só assim, será possível controlar o processo mental do juiz, na atividade concretizadora da pena, para a localização e individualização de eventuais erros.

¹⁰⁴ Para maior aprofundamento vide Schimidt (2014).

¹⁰⁵ Nucci (2012, p.194) comenta: “Quanto mais se cercear a atividade individualizadora do juiz na aplicação da pena, afastando a possibilidade de que analise a personalidade, a conduta social, os antecedentes, os motivos, enfim, os critérios que são subjetivos, em cada caso concreto mais cresce a chance de padronização da pena, o que contraria, por natureza, o princípio constitucional da individualização da pena, aliás, cláusula pétreia”.

no meio social¹⁰⁶, tendo em vista que a gravidade da pena deve ser proporcional à gravidade do fato cometido. Assim, quanto mais reprovável for a conduta do agente, maior será a pena aplicada por meio da valoração negativa da respectiva circunstância.

Convém destacar que a culpabilidade como circunstância judicial não se confunde com as duas outras acepções que o vocábulo “culpabilidade” pode assumir: a) proibição de responsabilização penal sem dolo ou culpa; e b) a vedação de aplicação da pena sem culpabilidade, isto é, desprovida de imputabilidade, possibilidade de conhecimento da ilicitude do ato e exigibilidade de outra conduta¹⁰⁷.

No primeiro caso, trata-se da culpabilidade que veda a responsabilização penal objetiva, aquela em que o agente é punido mesmo sem apresentar sequer dolo ou culpa. No segundo caso, da culpabilidade elemento do conceito de crime, para os adeptos do conceito analítico de crime¹⁰⁸, ou da culpabilidade pressuposto de aplicação da pena, para os adeptos do injusto penal, de modo que se diz que há culpabilidade quando o agente é imputável, tinha potencial consciência da ilicitude e lhe fosse exigida, no caso concreto, conduta diversa¹⁰⁹.

O que há de ser feito pelo julgador no momento da valoração da culpabilidade como circunstância judicial é avaliar o grau de dolo ou de culpa que foge ao simples alcance do tipo penal e que extrapolem o limite da intenção ou da previsibilidade. Por essa razão, deve ser investigada sob o aspecto das condições pessoais do autor do delito, da situação fática e concreta em que este ocorreu, levando-se em conta o comportamento exigido no caso

¹⁰⁶ Segundo Schmitt (2014, p.223), a circunstância judicial da culpabilidade “é o grau de censura da ação ou omissão do réu que deve ser valorada a partir da existência de um *plus* de reprovação social de sua conduta. Está ligada a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, as quais devem ser graduadas no caso concreto, com vistas à melhor adequação da pena base”. Ressalte-se que pese a existência de diversas teorias construídas para definir o conteúdo material da culpabilidade *latu sensu*, a teoria dominante é a do “poder agir de outro modo” de Welzel, que aduz que tal concepção leva em conta como verdadeiro o livre arbítrio, ou seja, que o agente poderia escolher o respeito ao justo, mas não o fez”. Delmanto (2010, p.200) diz que a culpabilidade diz respeito ao grau de reprovabilidade da conduta não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação do fato em que ocorreu o crime, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu.

¹⁰⁷ Dissertando sobre a circunstância culpabilidade, bem como de sua diferença para a culpabilidade do conceito de crime, assevera Gomes (2003, p.32): “Em todas as situações em que o agente não pode ser reprovado porque não tinha como agir de modo diferente (inimputabilidade, erro de proibição, coação moral irresistível, obediência hierárquica, inexigibilidade de conduta diversa como causa suprallegal etc.), jamais pode o juízo de censura ser positivo. E se o juízo de reprovação é negativo, fica excluída a culpabilidade (como fundamento da pena). Logo, não se fala em pena (muito menos em sua graduação). Do exposto infere-se o seguinte: (a) a culpabilidade como fundamento da pena tem como “objeto” a exigibilidade de conduta diversa; (b) como limite da pena tem como “objeto” todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e (c) como fator de graduação da pena tem como “objeto” a posição do agente frente ao bem jurídico protegido.

¹⁰⁸ Conceito de crime adotado neste trabalho: fato típico, antijurídico e culpável.

¹⁰⁹ Vide Stefam (2013).

concreto e outros elementos, como o grau de instrução, condição social, vida familiar, cultura e o meio social onde vive ou viveu o agente¹¹⁰.

Trata-se de uma circunstância judicial de natureza extremamente subjetiva, tendo em vista que sua aferição está relacionada diretamente às percepções particulares do julgador (do que ele considera como alta ou baixa reprovação social, por exemplo) e dos reflexos do crime na sociedade, cabendo à ele a obrigação de buscar elementos concretos capazes de subsidiar a sua decisão sobre a valoração da circunstância¹¹¹.

b) Antecedentes

Os antecedentes criminais¹¹² compreendem o histórico criminal do agente que não se presta para efeitos de reincidência (esta valorada na segunda fase da dosimetria da pena), tendo em vista a vedação ao *bis in idem*¹¹³. Devem ser considerados como maus, os antecedentes, somente em caso de existência de condenações anteriores e já transitadas em julgado em desfavor do acusado¹¹⁴.

Isto é, se quando da sentença, o agente não possui sentença penal condenatória transitada em julgado que não gere a reincidência, seus antecedentes serão considerados bons. Ao contrário, se quando da sentença, o agente possui sentença penal condenatória transitada em julgado que não gere a reincidência, seus antecedentes serão considerados maus e, portanto, valorados negativamente, considerados desfavoráveis, ensejando o aumento da pena base acima do mínimo legal.

De todas as circunstâncias judiciais, certamente esta parece possuir a menor discricionariedade para a sua avaliação, posto que há a exigência de comprovação dos antecedentes por algum documento hábil, o que pode ser obtido por meio de certidões dos sistemas informatizados dos Tribunais. Ademais, para fins de orientação do julgador, a

¹¹⁰ Para maior aprofundamento: Souza (2006).

¹¹¹ Sobre sua natureza subjetiva e a dificuldade de aferição no caso concreto, vide Rodrigues (2006).

¹¹² Entendimento já consolidado em jurisprudência: “[...] Por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o artigo 5º, LVII, da Constituição da República, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência (art. 64, I, CP), excluindo-se processo criminal em curso e indiciamento e inquérito policial [...]” (STJ, REsp 770685/PR). De sorte, importante o conceito estabelecido por Jorge (2010, p.27): “Consideram antecedentes todos os fatos ou episódios da vida anterior do réu, próximos ou remotos, bons ou maus, que possam interessar de qualquer modo a avaliação subjetiva do crime, porque repercutem na punibilidade”.

¹¹³ Vide Súmula 241 do STJ.

¹¹⁴ Nesse sentido, é o que recomenda o Superior Tribunal de Justiça por meio do posicionamento sumulado veiculado pela súmula 444, *in verbis*: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

doutrina e a jurisprudência pátria consolidaram diversos entendimentos que autorizam ou vedam a valoração negativa dos antecedentes do agente. Sendo assim:

Quadro 2 – Reconhecimento de antecedentes

Podem servir como antecedentes	
Condenações com trânsito em julgado, inclusive por contravenção penal ¹¹⁵ .	Condenações anteriores com trânsito em julgado, ultrapassado o prazo de 5 (cinco) anos ¹¹⁶ .
Não podem servir como antecedentes	
Atos infracionais cometidos durante a adolescência ¹¹⁷ .	Sentença homologatória de transação penal ¹¹⁸ .
Sentença concessiva de perdão judicial ¹¹⁹ .	Processos crimes extintos sem julgamento do mérito.
Inquéritos policiais ou ações penais em trâmite ¹²⁰ .	Punições impostas em procedimentos administrativos ¹²¹ .
Decisão pela suspensão condicional do processo ¹²² .	Ações penais que resultaram em absolvição ¹²³ .

Fonte: Schimidt (2014), Souza (2006) e jurisprudência selecionada.

c) Conduta Social

Essa circunstância deve ser aferida com base no papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança, sendo analisada por meio de elementos indicativos da inadaptação ou do bom relacionamento do agente perante a sociedade em que está integrado, avaliando o seu temperamento, se possui algum vício, com o objetivo de conhecer algum vínculo entre o seu comportamento social e a prática do tipo penal, não se confundindo com os antecedentes, pois não se referem a fatos criminosos¹²⁴.

¹¹⁵ STJ, HC 86268/SP; STJ, REsp 727867/DF.

¹¹⁶ STF, HC 76665-3/SP

¹¹⁷ STJ, HC, 8166/DF.

¹¹⁸ STJ, HC 41532/SP.

¹¹⁹ Súmula 18 do STJ: “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”. Entretanto, prevalece nos Tribunais Superiores o entendimento de pena extinta ou cumprida há mais de 5 (cinco) anos, configura antecedente criminal (STF, HC 86415/PR; STF, RHC 83547/SP; STJ, HC 79618/SP; STJ, HC 39515/SP; STJ, REsp 717408/RS).

¹²⁰ Súmula 444 do STJ. Entretanto, embora sumulado, o entendimento não é pacífico.

¹²¹ Vide Schimidt (2014)

¹²² STJ - HC 41532/SP.

¹²³ Vide Souza (2006).

¹²⁴ Para maior aprofundamento vide Moreira (2010) e Nucci (2014).

Assim, constatações que demonstrem que o réu mantém um bom convívio social, cumpre seus deveres na educação dos filhos e participa de programas sociais, por exemplo, podem fornecer subsídios para o reconhecimento favorável da circunstância em análise. Caso contrário, quando o agente não possuir um bom comportamento social, descumprindo obrigações legais, histórico de despedidas por justa causa, entre outras situações que o desabonem, sua conduta social poderá ser considerada desfavorável¹²⁵.

Em que pese entendimento contrário, parte da doutrina sustenta que valorar a conduta social do agente representa a caracterização de um direito penal do autor, o que viola o Estado Democrático de Direito, na medida em que neste vigora o direito penal do fato, isto é, a punição decorre do fato praticado, e não da pessoa que o cometeu, sobretudo em razão do direito penal dever restringir-se à proibição, comprovação e repressão de condutas lesivas a bens jurídicos concretos, imunizando o cidadão de qualquer ingerência na esfera de sua vida privada e de seus pensamentos – modo de ser –, e excluindo qualquer possibilidade de o direito penal atuar como instrumento de imposição ou reforço de determinada moral¹²⁶.

Nessa esteira, é imperioso destacar que por trás da circunstância judicial da conduta social residem estereótipos que atingem somente determinadas classes sociais, em razão de se conceber certos sujeitos como delinquentes com base no meio social em que vivem e suas condições socioeconômicas, resultando num padrão de conduta social que diverge daquele entendido como adequado para os sujeitos economicamente mais favorecidos, dentre os quais, em geral, se inclui o magistrado¹²⁷.

Por essa razão, há uma enorme dificuldade dos magistrados em compreender os valores sociais do acusado a partir de parâmetros outros que não aqueles que povoam o seu próprio imaginário, pois há uma tendência inconsciente de fazer juízos diversificados conforme a posição social dos acusados. Para que houvesse uma razoável percepção da

¹²⁵ Almeida (2010, p.75) apresenta outros exemplos de alguns desses parâmetros obtidos a partir das provas dos autos que normalmente têm servido de supedâneo para o juízo acerca da conduta social, dentre os quais: a tendência do réu ao trabalho ou ao ócio, a sua afetividade ou desprezo para com os familiares, “o prestígio e a respeitabilidade de que goza perante as pessoas”, “o seu entretenimento predileto”, “se frequenta clubes sociais, ou se prefere a companhia constante de pessoas de comportamento suspeito”, frequentando locais de concentração de delinquentes ou lupanares, “seu grau de escolaridade”, seu interesse pelos estudos, bem como seu “relacionamento com funcionários, professores e diretores do estabelecimento escolar” que frequenta.

¹²⁶ Sobre o tema, Carvalho (2008).

¹²⁷ Nessa esteira, importante posicionamento de Ramalho (2010, p.400): “O delinquente é identificado pelo fato de ser favelado antes de sê-lo pelo ato de que é acusado. Na favela habita boa parte das populações pobres dos grandes centros urbanos e que de forma alguma é composta por delinquentes. Não se pode negar que a maior parte dos presos procede de periferias, favelas, bairros pobres, mas a sutileza da argumentação está no fato de que isto não significa que haja uma relação necessária e natural entre ser favelado e ser delinquente: a relação é social. Na sua grande maioria, os moradores das favelas não são delinquentes, mas são tratados enquanto tais pela polícia e pela justiça”.

conduta social do acusado, o magistrado deve fazer sua valoração a partir da perspectiva do réu, tentando entender, entre outras coisas, a realidade a que ele pertence, as suas dificuldades, em que condições vive, para então saber se, dentro das possibilidades que a realidade do acusado permite, a sua conduta social é considerada adequada ou não¹²⁸.

d) Personalidade do agente

Representa a índole do agente, sua maneira de agir e de sentir, seu grau de senso moral, ou seja, a totalidade de traços emocionais e comportamentais do indivíduo¹²⁹. Busca-se, nas condições da personalidade do sujeito, encontrar a razão de ser da sua criminalidade mais ou menos arraigada, mais ou menos agressiva¹³⁰. Pela sua natureza extremamente subjetiva, para que seja possível a sua valoração devem constar nos autos, exames técnicos e outras informações concretas que forneçam subsídios ao julgador, tais como: laudos psiquiátricos, estudo social, informações trazidas pelos depoimentos testemunhais e outras constatações¹³¹.

Nessa esteira, diversos estudos têm indicado que os criminosos, muitas vezes, não apresentam personalidade que justifique o seu comportamento criminoso. Por essa razão a valoração da personalidade do agente depende, obrigatoriamente, do laudo de um especialista. Inclusive, nesses casos, se detectada alguma disfunção psíquica que venha a caracterizar o réu como inimputável ou semi-imputável, por exemplo, o procedimento é outro, pois, ou caberá uma medida de segurança em vez da pena, ou poderá haver uma diminuição na reprovabilidade da conduta, em vista do discernimento reduzido do agente¹³².

Ademais, a análise dessa circunstância judicial, no mais das vezes, parece praticamente impossível, dado que encontrar elementos suficientes para definir ou avaliar a personalidade de alguém não é tarefa fácil, ainda mais quando no curso da persecução penal

¹²⁸ Para maior aprofundamento, Baratta (2011) e Ramalho (2010).

¹²⁹ Schmit (2014, p.130): “Personalidade é o conjunto de características psicológicas que determinam os padrões de pensar, sentir e agir, ou seja, a individualização pessoal e social de determinada pessoa. Refere-se ao seu caráter como pessoa humana. Serve para demonstrar a índole do agente, seu temperamento”. Por sua vez, Almeida (2010, p.85) define a personalidade do agente como “algo característico de cada indivíduo. Ela é sempre um dado particular de manifestação individual, que (embora possa ser semelhante) é impossível de se repetir em outra pessoa, exatamente da mesma forma e com igual intensidade”.

¹³⁰ Para maior aprofundamento vide Bruno (2010)

¹³¹ “[...] Considerações acerca da personalidade do réu, dissociadas de qualquer fundamentação concreta, não podem justificar o estabelecimento da pena-base acima do mínimo legal” (STJ, HC 83439/SP)

¹³² Sobre o tema vide Sykes (2010) e Dotti (2008).

não são realizados estudos capazes de traçar uma personalidade possível de ser analisada pelo julgador¹³³.

Assim como na conduta social, a valoração da personalidade do agente também é duramente criticada pela doutrina, por entender que remonta à necessidade de um informe criminológico da pessoa do réu, o que viola o princípio da presunção de inocência. Isso porque, para obter-se tal informe, penetrar-se-ia no âmbito de privacidade e intimidade de uma pessoa que a lei presume inocente, o que de modo algum autorizam os mais elementares princípios do Estado de Direito¹³⁴.

e) Motivos do Crime

Consistem nas razões subjetivas que antecederam e levaram o agente a cometer a infração penal¹³⁵. Aqui, deve ser valorado negativamente tão somente o motivo que extrapole o previsto no próprio tipo penal, um motivo que seja considerado um *plus* ao integrante do próprio tipo, sob pena de incorrer em *bis in idem*. Assim, não devem ser considerados motivos do crime, por exemplo, a “obtenção de lucro fácil” nos crimes contra o patrimônio ou a “satisfação da lascívia” nos crimes contra a dignidade sexual, eis que já punidos pelo próprio tipo penal e constituem a finalidade que o agente busca atingir com a prática do delito¹³⁶.

Não se trata, portanto, de analisar a intensidade do dolo ou grau de culpa, mas de descobrir se a qualidade da motivação no agir do agente merece mais ou menos reprovação¹³⁷. Exemplificando, um agente que comete furto famélico e o médico que facilita a morte do

¹³³ (...) Quanto a personalidade delitiva, tem-se que o julgador, utilizando dos envoltórios penais pretéritos dos agentes, novamente, de forma imprópria, majorou a pena-base dos pacientes. A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito (...)” (STJ, HC 50331/PB)

¹³⁴ Sobre o tema vide Zaffaroni (1991)

¹³⁵ Vergara (2010, p.180) conceitua os motivos como “os motivos determinantes da ação constituem toda a soma dos fatores que integram a personalidade humana e são suscitados por uma representação cuja ideomotricidade tem o poder de fazer convergir, para uma só direção, todas as nossas forças psíquicas”. Por essa razão, na dosagem da pena, é fundamental que sejam consideradas a natureza e a qualidade dos motivos que conduziram o agente à prática do delito.

¹³⁶ Para maior aprofundamento vide Almeida (2010) e Bittencourt (2012).

¹³⁷ Lyra (2010, p.10) faz um importante apontamento a esse respeito: “o motivo, cuja forma dinâmica é o móvel, varia de indivíduo a indivíduo, de caso a caso, segundo o interesse ou o sentimento. Tanto o dolo como a culpa se ligam à figura do crime em abstrato, ao passo que o móvel muda incessantemente dentro de cada figura concreta do crime, sem afetar a existência legal da infração. Assim, o homicídio pode ser praticado por motivos opostos, como a perversidade e a piedade (eutanásia), porém a todo homicídio corresponde o mesmo dolo (consciência e vontade de produzir morte)”.

paciente em razão de interesses pessoais, merecem tratamentos diferenciados no que diz respeito aos motivos do crime, o primeiro mais favorável, e o segundo mais reprovável.

Também criticada pela doutrina, a valoração dos motivos do crime relaciona-se, inevitavelmente, à maior ou menor aceitação ética e moral do próprio julgador, as quais, em regra, coincidem exatamente com as normas ético-sociais aceitas pela classe dominante, à qual o magistrado pertence. Considerar, desse modo, que a aceitação ética dos motivos possa funcionar como parâmetro de gradação da pena é algo bastante complexo, haja vista a simples definição antropológica do termo¹³⁸.

Por ética se entendem as categorias e valores utilizados na análise realizada por um observador e que não correspondem necessariamente àqueles que vigoram na sociedade ou cultura observados¹³⁹. No caso concreto, o juiz exercita o papel de observador, enquanto o réu de observado. Assim, a dificuldade que surge é a definição de um padrão ético de conduta com base em parâmetros de aceitação que divergem no âmbito das diferentes formações sociais a que pertencem, no mais das vezes, magistrado e réu.

Desta feita, é muito provável que a apreciação dos motivos do crime como circunstância judicial seja também, com frequência, direcionada a valorações extremamente subjetivas, tendo em vista que não é ilação imaginar que sua análise seja feita a partir dos padrões morais dominantes na sociedade, sem considerar o indivíduo enquanto ser único e suas particulares em razão das condições socioeconômicas que possui ou o meio em que está inserido.

f) Circunstâncias do crime

Representam os elementos do fato delitivo, acessórios ou acidentais, não definidos na lei penal. Trata-se do *modus operandi* (modo de execução) empregado na prática do delito. São elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente e o local da ação delituosa¹⁴⁰. Mencionam-se o lugar do crime, o

¹³⁸ Para maior aprofundamento vide Rodrigues (2012).

¹³⁹ Vide Ferreira (2010).

¹⁴⁰ Para Almeida (2010, p.200): "as circunstâncias do crime são elementos ou dados tidos como acessórios ou acidentais (*accidentalialia delicti*), que cercam a ação delituosa e, embora não integrem ou componham a definição legal do tipo", exercem influência sobre a gradação da pena. Por sua vez, Shcimidt (2014, p.136) comenta que "são elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente, o local da ação delituosa, o tempo de sua duração, as condições e o modo de agir, o objeto utilizado, a atitude assumida pelo autor no decorrer da realização do fato, o relacionamento existente entre autor e vítima, dentre outros".

tempo de sua duração, o relacionamento existente entre autor e vítima, a atitude assumida pelo delinquente no decorrer da realização do fato criminoso¹⁴¹.

Contudo, da mesma forma que nas demais circunstâncias, o julgador não pode incorrer no erro do *bis in idem*, pois as circunstâncias aqui mencionadas não se confundem com as circunstâncias legais previstas nos arts. 61, 62, 65, 66 do CPB (e valoradas na segunda fase da dosimetria da pena) pois defluem do próprio fato delituoso, como a forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes¹⁴².

Um reflexão importante a ser feita diz respeito à comunicabilidade das circunstâncias em caso de crimes em concurso de pessoas. Nos termos do artigo 30 do Código Penal, apenas se comunicam as circunstâncias objetivas, ou seja, as que não dependem de condições pessoais e particulares do agente. Por outro lado, as subjetivas só se comunicam quando são elementares do tipo¹⁴³. Em virtude de construção doutrinária e jurisprudencial, tem havido entendimentos no sentido de que mesmo as condições ou circunstâncias de caráter objetivo só se comunicam se conhecidas dos coautores ou partícipes.

g) Consequências do crime

Compreende a avaliação do grau de intensidade da lesão jurídica causada à vítima ou a seus familiares, buscando-se avaliar o alarme social do fato, bem como sua maior ou menor repercussão e efeitos¹⁴⁴, devendo-se valor somente as consequências que extrapolem o as previstas no próprio tipo penal, como por exemplo, no crime de homicídio, a perda de uma vida por caracterizar-se como consequência própria do delito¹⁴⁵.

Assim, devem ser consideradas como desfavoráveis consequências do tipo "a vítima, arrimo de família, deixou ao desamparo quatro filhos menores, cuja mãe não possui qualificação

¹⁴¹ Para maior aprofundamento vide Franco (2005).

¹⁴² Bitencourt (2012, p.200) chama atenção ainda para o fato de que "não se pode ignorar que determinadas circunstâncias qualificam ou privilegiam o crime, ou, de alguma forma, são valoradas em outros dispositivos, ou até mesmo como elementares do crime". Nesses casos, elas não devem ser avaliadas por ocasião da fixação da pena-base a fim de que não ocorra uma dupla valoração.

¹⁴³ Sobre o tema vide Almeida (2006).

¹⁴⁴ Para maior aprofundamento vide Schimt (2014, p.138-139).

¹⁴⁵ Bitencourt (2012) comenta que estas não se confundam com a consequência natural tipificadora do ilícito praticado. Seria um equívoco absurdo, por exemplo, num homicídio, a alegação de que "as consequências foram graves porque a vítima morreu". A morte da vítima é o resultado inerente ao homicídio, sem o qual o crime não teria ocorrido. No mesmo sentido, Prado (2012) comenta que as consequências do crime são "os desdobramentos, não necessariamente típicos, advindos da conduta do agente, reveladores da danosidade decorrente do delito cometido".

profissional". Ou seja, a maior ou menor danosidade decorrente da ação delituosa praticada, para que gere efeitos sobre a penalização, deve, necessariamente, guardar tenha conexão direta com o fato criminoso e estar adstrita à esfera jurídica do ofendido¹⁴⁶.

Ademais, deve haver o especial cuidado para que não coincidam com aquelas elencadas como circunstâncias legais, situação em que não poderão ser analisadas como circunstâncias judiciais, evitando-se que haja, também nesse caso, a possibilidade de dupla valoração do mesmo critério, sob pena de *bis in idem*.

Portanto, o que deve ser avaliado pelo julgador é a maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada à vítima, aos seus familiares ou à sociedade. Entretanto, a repercussão social do crime e o clamor público por ele gerado não poderiam legitimar a imposição de penas mais severas, pois, além de serem conseqüências que extrapolam a esfera do ofendido, são situações que não apresentam uma conexão direta com o fato criminoso.

Nesse contexto, o poder da mídia é a nova variável capaz de influenciar diretamente no processo de aplicação da pena, pois representa um novo poder que reflete os interesses de grupos sociais que detém o poder econômico e político capaz de influenciar na tipificação e punição de condutas criminosas e na eleição de quem são os delinquentes atingidos pelo direito penal, construindo o consentimento social e modelando o pensamento do povo¹⁴⁷.

h) Comportamento da vítima

A última circunstância judicial a ser valorada na primeira fase da dosimetria da pena, busca perquirir em que medida a vítima, com a sua atuação, contribuiu para a prática da ação delituosa. Prevista com a reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, é reflexo da ascensão do estudo da vitimologia como integrante do processo de criminalização, demonstrando que, muitas vezes, as vítimas contribuem decisivamente na consecução do crime. Esses comportamentos são, não raro, verdadeiros fatores criminógenos, que embora

¹⁴⁶ Para maior aprofundamento ver Bittencourt (2012).

¹⁴⁷ Garland (2008, p. 337) comenta que: "o ato de assistir televisão surgiu como fenômeno de massa mais ou menos na mesma época em que as altas taxas de criminalidade começaram a se tornar um fato social normal, isto é, entre aproximadamente 1950 e 1970". No que se refere aos impactos da mídia na política criminal brasileira, Andrade (2003, p. 40) assevera: "Em suma, a política criminal brasileira não passa de mero engodo. Funciona tão somente de maneira reativa ao sensacionalismo explorado diariamente pelos principais órgãos da mídia que, quase instantaneamente, consegue converter corações e mentes de enorme contingente de indivíduos encampando seus pleitos pelo endurecimento do sistema penal e alimentando-os com a geração de novas notícias, e assim sucessivamente".

não justifiquem o crime, nem isentem o réu de pena, podem minorar a censurabilidade do comportamento delituoso¹⁴⁸.

Assim, o que deve ser valorado em relação ao comportamento da vítima, é o seu eventual consentimento, que tem relevo sobretudo nos crimes sexuais, porque, se essa aquiescência é evidente, exclui-se não apenas a ilicitude, mas a tipicidade da conduta, não havendo, nesse caso, delito a punir. A verdade é que, a participação da vítima como coadjuvante na gênese de muitos crimes, hoje, é uma realidade inconteste, de modo que o magistrado não pode se furtar em considerar esse fato. Do contrário, poderá incidir em incorrigível erro judiciário e encarnar a figura do juiz inexorável, arredio ao progresso da ciência e alheio à evolução dos costumes sociais do seu tempo¹⁴⁹.

Sobretudo em razão de não existir compensação de culpas no Direito Penal, deve o julgador avaliar se há substancial contribuição da vítima para a ocorrência do ilícito penal, sendo tal circunstância levada em consideração apenas com o fito de gerar o abrandamento da pena a ser aplicada¹⁵⁰. Ressalte-se que o próprio Código Penal, faz referência ao comportamento da vítima em alguns artigos que impedem a valoração de seu comportamento como circunstância judicial, sob pena de bis idem, dentre eles: o artigo 65, III, "c", última parte; o artigo 121, parágrafo 1º, 2ª parte; e artigo 129, parágrafo 4º.

Assim, com bases no dito acima, quando se tratar de vítima inculpável, a circunstância judicial referente ao comportamento do ofendido deve ser utilizada em desfavor do réu, elevando-se a pena deste. Considerada a vítima como parcialmente culpável, não se justifica a elevação de pena ao réu com relação a esta circunstância. Por último, classificada a vítima como culpável, não haverá punição para o autor.

¹⁴⁸ Sobre o tema Prado (2012, p.200) comenta que "o comportamento da vítima poderá aumentar ou diminuir a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, uma vez que muitas vezes a vítima contribui decisivamente para a prática do ato". No mesmo sentido, Manzanera (2007, p.300) aponta diferentes gradações para o comportamento da vítima, que pode ser, em relação ao fato criminoso: totalmente inocente, menos culpada que o criminoso, tão culpada quanto o criminoso ou totalmente culpada.

¹⁴⁹ Oliveira (2001, p.236) discorre sobre o comportamento da vítima: "Desde que a vitimologia rompeu a separação maniqueísta entre vítima inocente e autor culpado (...), o comportamento da vítima passou a constituir importante foco de análise no campo da dogmática penal e não poderia mais ser desconsiderado na avaliação da responsabilidade do autor, sob pena de sobrecarregá-lo com uma culpa que não é sua. No entanto, investigar o comportamento da vítima para buscar uma co-responsabilidade pode ter também alguns efeitos negativos que, no extremo, causariam uma absurda inversão de papéis. A ausência de questionamento acerca do comportamento da vítima pode representar, para o autor, a mesma sobrecarga que sua instauração pode ocasionar para a vítima.

¹⁵⁰ Sobre o tema, importantes reflexões de Vianna (2010, p.200): "Não justifica a diminuição de pena nos crimes contra os costumes a mera roupa provocante com a qual desfila a moça em local ermo, pois ninguém é obrigado a trajar-se com recato. Por outro lado, a moça que aceita ir a um motel com um rapaz e lá, após as tradicionais preliminares, desiste da cópula no último momento, certamente contribui com seu comportamento para a prática de estupro naquele momento. A clara diferença entre os dois comportamentos das vítimas está na absoluta passividade do primeiro e na atividade do segundo".

3.5 A persecução penal e as circunstâncias judiciais

Feitas as reflexões acerca das circunstâncias judiciais, imperioso reconhecer que suas bases teóricas, por si só, não são suficientes para fornecer subsídios ao julgador, sobretudo em razão do caráter estritamente subjetivo que as cercam.

Ao proceder ao tratamento das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, diante da inexistência de elementos que possam trazer a real situação do réu em relação a cada uma dessas circunstâncias, não raras vezes, os julgadores se utilizam de fórmulas vagas e imprecisas para fundamentar os critérios utilizados para alcance da pena-base a ser imposta a determinado indivíduo¹⁵¹.

Nesse contexto, em geral, os estudiosos do tema apontam alguns aspectos a serem observados durante a persecução penal que podem trazer ao magistrado fundamentação mais segura em suas decisões, consistente na coleta das circunstâncias judiciais ao longo do processo penal, a fim de que não se verifique a ausência de elementos capazes de dimensionar corretamente a pena¹⁵².

Em síntese, alguns desses aspectos atinentes à persecução penal estão organizados a seguir:

Quadro 3 – a persecução penal e as circunstâncias judiciais

(continua)

Inquérito Policial	À autoridade policial, cujo contato é certamente mais direto, cabe o levantamento de dados capazes de fornecer as características quanto ao comportamento do réu, sua vida social, as circunstâncias em que se deram o fato delituoso ¹⁵³ , uma vez que uma das atribuições da autoridade policial, prevista no artigo 6º, inciso IX é “averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter De igual modo, o Ministério público, como fiscal da lei, deve se ater à busca dos elementos capazes de informar quanto
---------------------------	---

¹⁵¹ Para maior aprofundamento vide Saporì (2008).

¹⁵² Vide Boschi (2010), Nucci (2011), Schmidt (2014), Joppert (2008) e Bittencourt (2012).

¹⁵³ Observe-se a redação do artigo 13 do Código de Processo Penal: Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial: I - fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos; II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público; III - cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias; IV – representar acerca da prisão preventiva.

Quadro 3 – A persecução penal e as circunstâncias judiciais

(continua)

	ao fato e à pessoa do acusado.
Interrogatório do Réu¹⁵⁴	Possui acentuada relevância, uma vez que possibilita ao juiz formar a sua convicção sobre o acusado, haja vista ser o único contato obrigatório entre os mesmos, no qual é possibilitada a coleta de elementos quanto à personalidade, conduta social do acusado, os motivos e circunstâncias do crime. Deve o magistrado, bem como as partes, utilizar-se da audiência de interrogatório com a finalidade de obter do acusado os elementos a serem confrontados com os demais elementos probatórios, resultando disto a correta valoração das circunstâncias judiciais.
Testemunhas	Tanto em sede policial, quanto em juízo, é importante que o Ministério Público e a Defesa do réu tenham a sensibilidade de apontar pessoas que possam contribuir não só para a determinação da autoria do evento criminoso como também para demonstração das circunstâncias judiciais, já que estas representam a graduação da pena a ser aplicada. Na instrução criminal, imprescindível a realização de perguntas com o objetivo de buscar subsídios para a valoração das circunstâncias.
Diligências	Durante toda a persecução penal, imprescindível a realização de diligências com o objetivo de colher elementos par que dê suporte ao julgamento.
Estudo Social	Não raras vezes, os elementos trazidos aos autos se mostram insuficientes à adequada valoração da conduta do acusado. A importância deste estudo se verifica em razão de buscar o conhecimento do meio em que está inserido o réu, em que medida este ambiente lhe determinou o comportamento, as relações mantidas por este, uma vez que, de posse de um parecer especializado, com fundamentação técnica, o julgador dispõe de maior segurança para decidir.
Perícia	Segundo o Código de Processo Penal, havendo dúvidas quanto à integridade mental do acusado, deverá ser instaurado incidente de sanidade mental (artigo 149). Todavia, não apenas a fim de atestar possível irresponsabilidade do acusado, à época do fato, pode-se recorrer ao auxílio de um profissional da psicologia, psiquiatria. Diante de obscuridade causada pelas circunstâncias do fato, pode o julgador valer-se da atuação do perito, a fim de identificar os traços que marcam a personalidade do acusado, ou ainda os motivos que determinaram a prática

¹⁵⁴ Debs (2009, p.234) disserta sobre a função do magistrado ao interrogar o réu: “O juiz deverá elaborar perguntas claras quanto ao seu conteúdo, sem ambigüidades. Não deve o magistrado incidir no grave erro de entender que o interrogatório é o ato pelo qual ele deve obter a confissão do acusado, deve sim conduzir tais perguntas visando a comparar a palavra do acusado com os elementos de prova até então existentes nos autos, e depois, durante a instrução, conduzirá as demais provas sempre de forma a confrontá-las com a palavra do acusado”.

Quadro 3 – A perseguição penal e as circunstâncias judiciais

(conclusão)

	criminosa.
--	------------

Fonte: Boschi (1987), Nucci (2014), Schmidt (2014), Joppert (2008) e Bittencourt (2012) e Debs (2009)

Em termos finais, reafirma-se que o importante é que, nessa contenda teórica, sempre se tenha como ponto de orientação a defesa dos indivíduos e, conseqüentemente, a implementação e manutenção da democracia, pois o direito punitivo – que só pode ser suportado e, ainda assim, temporariamente, se aplicado como contenção do poder punitivo –, indiscutivelmente, não pode se afastar dos postulados que afirmam a dignidade humana, cujo corolário é o exercício da cidadania, base de sustentação do que se entende por democracia.

4 A VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO MARANHÃO

4.1 A pesquisa

Com o objetivo de analisar e refletir sobre o modo como o Poder Judiciário do Estado do Maranhão valora a aplicação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal nas sentenças criminais, buscou-se a 1ª Vara de Execuções Penais (VEP) da Comarca da Ilha de São Luís, do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, com o intuito de coletar as sentenças criminais condenatórias transitadas em julgado por crimes contra o patrimônio, provenientes das comarcas deste Estado, que iniciaram sua execução em 2012.

Após a realização de estudos sobre Teoria Constitucional do Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia Crítica, para proporcionar um embasamento teórico capaz sustentar as reflexões e conclusões apresentadas pela pesquisa, requereu-se ao Juiz funcionando na 1ª VEP, à época o Juiz Auxiliar Carlos Roberto Gomes de Oliveira Paula, o acesso a todos os processos com execução iniciada em 2012 com o intuito de, inicialmente, coletar as respectivas sentenças e, em seguida, separar as que versassem sobre crimes contra o patrimônio. Assim foi feito.

Em razão de a presente pesquisa integrar um projeto macro de iniciação científica que compreende dois professores e quatro alunos, a análise das sentenças coletadas foi dividida entre 04 (quatro) pessoas: 03 (três) partes iguais divididas entre os discentes Allisson Gomes Guimarães, Ana Larissa Reis Torres e Jéssica de Sousa Oliveira e uma pequena parte para a Prof. Esp. Karla Cristina Pereira Vale, professora colaboradora do projeto.

Nesta etapa, foram consultados, via sistema eletrônico (<https://vepcnj.tjma.jus.br/VEPCNJ>), 2.370 (dois mil, trezentos e setenta) processos, observando o crime praticado e seu ano de execução. Dentre estes, foram selecionados os processos referentes aos crimes contra o patrimônio que iniciaram suas execuções no ano de 2012, objeto de estudo da pesquisa, resultado em aproximadamente 250 processos.

Em virtude do grande número de processos enquadrados na amostra inicial perquirida, (crimes contra o patrimônio cuja execução se iniciou em 2012), restringiu-se a pesquisa aos crimes de roubo simples (art. 157, *caput*, do CP) e roubo majorado (art. 157, §2º, do CP), excluindo-se o roubo com lesão corporal grave e o latrocínio ou “roubo seguido de morte” (art. 157, §3º, do CP).

Ainda assim, observou-se um grande número de sentenças (aproximadamente 200), o que levou a se transformar a pesquisa em amostral, isto é, do todo, analisam-se apenas algumas, uma amostra. Dessa forma, dada a quantidade de apenas 3 (três) discentes encarregados de analisar os dados, optou-se por se analisar 100 (cem) sentenças, divididas da forma mais igualitária possível.

Assim, partiu-se para a análise das 08 (oito) circunstâncias judiciais da 1ª Fase da dosimetria da pena, previstas no art.59 do Código Penal Brasileiro, quais sejam: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima.

Nesta etapa, analisou-se se os dados coletados confirmam o posicionamento defendido de que existe uma padronização nas sentenças criminais, principalmente no que se referente à valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, evidenciando um modelo de individualização da pena capaz de perpetuar a seletividade penal e que a objetivação dessas circunstâncias judiciais deve ser uma meta a ser perseguida.

Imperioso reconhecer que o aporte teórico obtido no início do projeto foi fundamental para que fosse realizada uma análise consistente e segura dos dados obtidos, comparando teoria e prática, com o objetivo de estudar individualmente cada circunstância judicial, de um total de oito, previstas na 1º fase do processo de dosimetria penal. Assim, a presente pesquisa se alicerçou conjuntamente nos estudos bibliográficos que se seguiram ao período de análise dos processos.

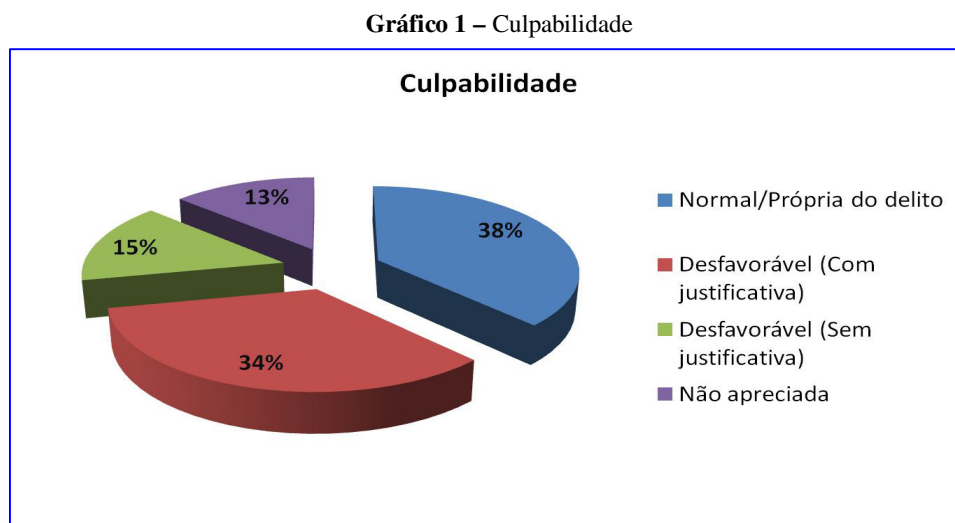
Por fim, os últimos meses da pesquisa foram destinados ao Acompanhamento, Controle e Avaliação sistemática da operacionalização do projeto para que fosse possível gerar um fluxo de informações à coordenação da pesquisa, para se corrigir os possíveis erros advindos das atividades de análise processual ou de interpretações equivocadas (extraídas do estudo bibliográfico), ponderar se os resultados obtidos após a conclusão de cada etapa da pesquisa vão, ou não, ao encontro dos resultados esperados, bem como a organização, sistematização e elaboração do relatório final do projeto de pesquisa.

4.2 Amostra analisada

O total de 100 (cem) sentenças analisadas resultou em um montante de 146 acusados – em razão do concurso de agentes – com variação de idade extensa¹⁵⁵, com predominância do sexo masculino¹⁵⁶ e com a existência elevada de sentenças criminais com mais de um réu¹⁵⁷. Como se observa, quanto à faixa etária dos sentenciados, a amostra coletada é composta, em sua maioria, por pessoas entre 18 (dezoito) e 25 (vinte e cinco) anos, o que representa 67% dos sentenciados e evidencia o expressivo percentual de crimes cometidos por uma população jovem. Acerca do sexo dos sentenciados, a amostra coletada é composta, em sua maioria, por homens, que representam 96% dos sentenciados.

4.3 Da valoração das circunstâncias judiciais

a) Culpabilidade:



Fonte: Dados da pesquisa (2014)

Visualiza-se, aqui, um número considerável de sentenças criminais em que a circunstância “culpabilidade” é valorada sem justificativa alguma, por vezes, sequer

¹⁵⁵ Conforme Tabela 1, constatou-se que 46,5% dos denunciados tinha idade entre 18-25 anos; 15% deles possuíam entre 26-30 anos; 10,9% tinham entre 31-35 anos; 12,3 % apresentava de 36-40 anos; 11,6% continha 41-45 anos; os de faixa etária entre 46-50 anos representavam o percentual de apenas 1,3%; e os indivíduos entre 51-55, representaram 1,3% e entre 56-60 anos compunham apenas a percentagem de 0,6%.

¹⁵⁶ Conforme a Tabela 2, 96% dos denunciados eram do sexo masculino, enquanto apenas 4% eram de mulheres.

¹⁵⁷ Conforme a Tabela 3, as sentenças com 1 (um) réu representaram 44,52%, as com 2 (dois) representaram 22,60% e as com 3 (três) réus, 3,42%.

apreciada. Se somados os percentuais de sentenças em que a referida circunstância é julgada “desfavorável, sem qualquer justificativa”, com o índice de “não apreciada”, encontra-se um expressivo percentual de 28%¹⁵⁸ de sentenças criminais capazes de mitigar o princípio constitucional da individualização da pena, atentando contra o conjunto de garantias previstas a qualquer réu em processo criminal.

Do mesmo modo, quando se analisa a fundamentação da valoração da circunstância, percebe-se que em 97,26%¹⁵⁹ das sentenças analisadas, não há qualquer fundamentação doutrinária ou jurisprudencial, o que mostra o descaso da aplicação da pena no Poder Judiciário do Estado do Maranhão, haja vista que, sobretudo quando uma circunstância judicial é julgada desfavorável, nasce a obrigatoriedade do julgador de fundamentar essa valoração.

Outro ponto preocupante foi o grande equívoco de diversos magistrados em valorar essa circunstância judicial. Em alguns casos, a culpabilidade foi analisada enquanto elemento do conceito analítico de crime¹⁶⁰, em razão de atribuírem a justificativa de valoração ou não, baseada no fato de o réu ter agido dolosamente ou não, em outros foi analisada a partir do dolo e da culpa do agente, observadas nas fundamentações do tipo “culpabilidade evidenciada pelo lastro probatório” ou “culpabilidade evidente ante a potencial consciência da ilicitude e imputabilidade do agente”. No entanto, a culpabilidade prevista como circunstância judicial do processo de Dosimetria Penal, visa avaliar o grau de reprovabilidade da conduta criminosa e não se o agente agiu com dolo ou sua intensidade.

Importante, também, destacar a individualização da pena nos casos de sentenças com mais de um réu. Neste caso, observou-se que em 98,76%¹⁶¹ das sentenças com mais de um réu analisadas, não há valoração diferenciada para cada corréu, havendo repetição das expressões utilizadas, o que representa gravíssima ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, posto que a base do referido princípio consiste na necessidade de aplicação individual da pena, observando-se, no caso concreto, as peculiaridades de cada indivíduo, de sua conduta em particular, de sua participação no crime, etc.¹⁶²

¹⁵⁸ Somados os índices de “desfavorável (sem justificativa)” e “não apreciada”.

¹⁵⁹ Conforme a Tabela 4, o expressivo número de 142 acusados tiveram a circunstância “culpabilidade” valorada sem qualquer fundamentação doutrinária ou jurisprudencial.

¹⁶⁰ O conceito de analítico de crime inclui a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

¹⁶¹ Conforme Tabela 12.

¹⁶² “Em se tratando de corréus, o exame das circunstâncias judiciais ocorre ante o princípio constitucional da individualização da pena, descabendo simples repetição de palavras e fundamentos (STF, HC 104864/RJ).

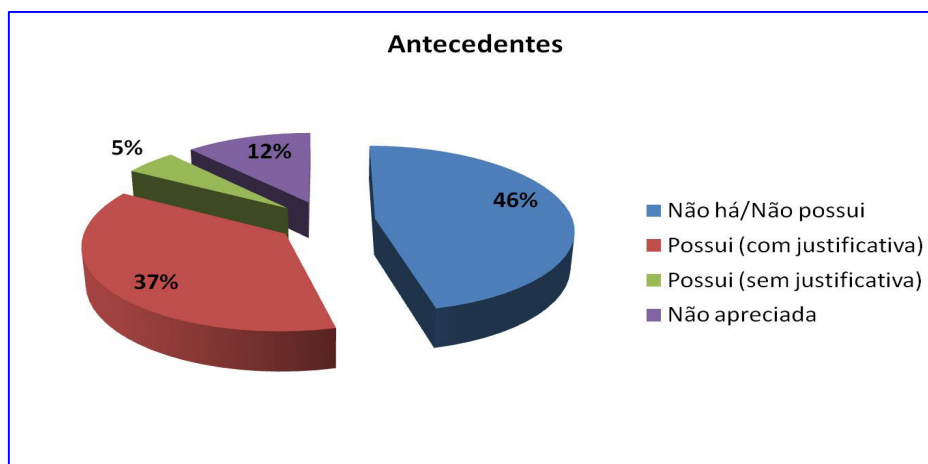
Sem sombras de dúvidas, este percentual observado evidencia a necessidade da rediscussão da aplicação da pena no Brasil, em face dos equívocos cometidos pelos magistrados nas prolações de sentenças criminais.

A seguir, os erros mais encontrados na amostra coletada:

- Ausência completa de fundamentação;
- Avaliação do grau de censurabilidade com base no dolo do agente;
- Repetição de fundamentos para outras circunstâncias;
- Mesma fundamentação para corréus;
- Análise da culpabilidade como elemento do conceito analítico de crime.

b) Antecedentes:

Gráfico 2 - Antecedentes



Fonte: Dados da pesquisa (2014)

Observa-se que predominou a valoração de que não há antecedentes. Na análise dessa circunstância, diferente das demais, constatou-se que o magistrado possui o amparo de sistemas de informação como o *Themisconsult*¹⁶³ e *Jurisconsult*¹⁶⁴, disponibilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, que permitem juntar aos autos do processo, certidões informando se o acusado possui condenações transitadas em julgado, bem com acerca da existência de processos e inquéritos criminais em curso nas Comarcas de todo o

¹⁶³ Acesso interno.

¹⁶⁴ Disponível em: <http://jurisconsult.tjma.jus.br/>.

Maranhão. Fato este que deveria reduzir ou até eliminar as mitigações à individualização da pena quando da valoração dessa circunstância.

No entanto, observou-se que alguns casos as sentenças indicavam serem os condenados possuidores de maus antecedentes por estarem respondendo a outros processos criminais ou por terem registro nos citados sistemas. Fundamentações equivocadas como estas, atentam contra um preceito do STJ manifestado na Súmula 444 que dispõe: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Assim, ao valorar como maus os antecedentes do agente pela tão só presença de ações penais e inquéritos policiais em curso, o juiz acaba por acentuar a seletividade penal, punindo com maior rigor aqueles que se presumem, desde já, criminosos.

Destarte, não há a devida consonância com o princípio da presunção da inocência em razão da fundamentação de maus antecedente ser relativa a processos que poderiam até mesmo resultar em absolvição. Assim, até mesmo quando há fontes de consulta que permitem a boa aplicação da circunstância judicial pelos magistrados, essa valoração é falha e mitiga o princípio da individualização da pena. Ademais, em 91,10% das sentenças criminais analisadas, não há qualquer fundamentação doutrinária ou jurisprudencial¹⁶⁵.

Acerca da individualização da pena nos casos de sentenças com mais de um réu, um dando aparentemente animador. Observou-se que em 97,53%¹⁶⁶ das sentenças com mais de um réu analisadas, existe valoração diferenciada para cada corréu, não havendo repetição das expressões utilizada. Este fato explica-se pela existência dos sistemas de consulta que permitem ao magistrado individualizar a situação dos acusados, não significando, em verdade, a total valoração correta dos antecedentes dos acusados em razão dos equívocos já comentados.

Erros mais encontrados na amostra coletada:

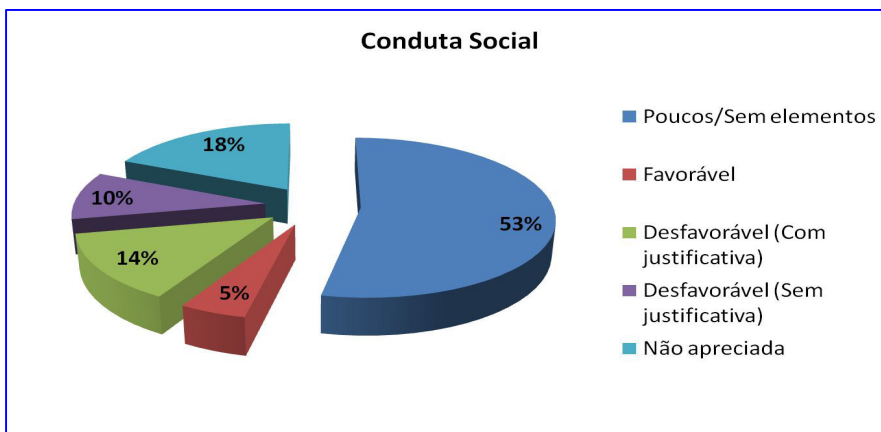
- Ausência completa de fundamentação;
- Inclusão da reincidência como mau antecedente;
- Utilização de inquéritos e ações penais para agravar a pena;
- Inclusão de fatos ocorridos antes da maioria penal do acusado;
- Ausência de prova incontroversa de antecedentes.

¹⁶⁵ Conforme a Tabela 5, o que representa 133 acusados que tiveram valoração da circunstância judicial sem qualquer fundamentação doutrinária ou jurisprudencial.

¹⁶⁶ Conforme Tabela 13, o que representa 79 acusados em sentenças com corréus, de um total de 81.

c) Conduta Social:

Gráfico 3 – Conduta Social



Fonte: Dados da pesquisa (2014)

Por conseguinte, nota-se a maciça predominância da falta de elementos suficientes nos autos para a valoração dessa circunstância. Observou-se que essa falta de elementos é percebida pelo magistrado no momento da prolação da sentença criminal, não existindo esforços para a coleta antecipada de elementos para a valoração dessa circunstância. Em verdade, o problema se inicia desde o início das investigações pela Polícia, quando esta deveria buscar estes elementos capazes de fornecer subsídios para a valoração da referida circunstância, em juízo.

Ao menos, quando da falta de elementos suficientes nos autos, a circunstância “Conduta Social” não é valorada negativamente, não importando prejuízo ao acusado. No entanto, em 14% das sentenças analisadas, embora com a grande dificuldade de avaliar os elementos da conduta social, os magistrados a julgaram “desfavorável, sem qualquer justificativa”¹⁶⁷. Isso demonstra uma individualização vaga, subjetiva, importando a uma criminalização do autor e não do fato criminoso.

Acerca da individualização da pena nos casos de sentenças com mais de um réu, observou-se que em 98,76%¹⁶⁸ das sentenças com mais de um réu analisadas, não existe valoração diferenciada para cada corréu, havendo repetição das expressões utilizada.

¹⁶⁷ “[...] Inquéritos policiais e ações penais em andamento, não constituem maus antecedentes, má conduta social, nem personalidade desajustada [...]” (STJ, HC 81866/DF).

¹⁶⁸ Conforme Tabela 14, o que representa o total de 80 corréus.

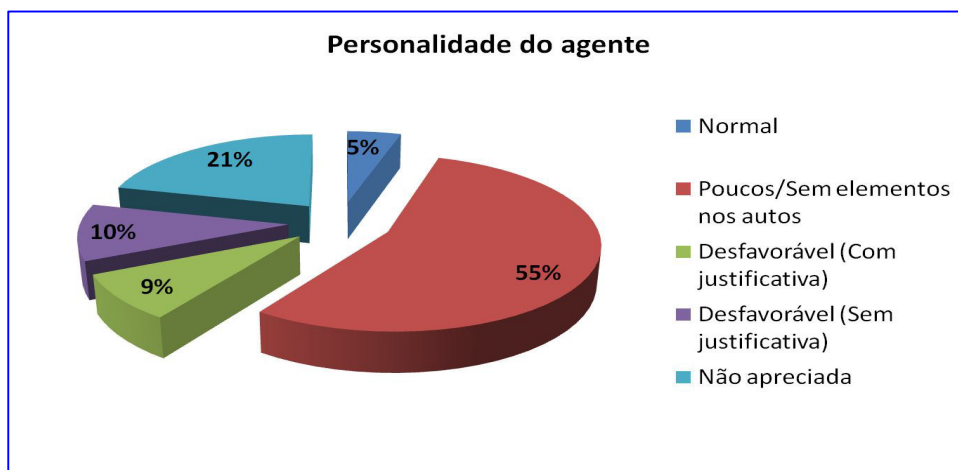
Ademais, outro dado alarmante, é que em 100% das sentenças analisadas¹⁶⁹, não há qualquer fundamentação doutrinária ou jurisprudencial.

Erros mais encontrados:

- Ausência completa de fundamentação;
- Fundamentação vaga;
- O exame de antecedentes criminais como má conduta social;
- Má conduta social fundamentada na periculosidade do agente.
- Fato desabonador isolado.

d) Personalidade do agente:

Gráfico 4 – Personalidade do agente



Fonte: Dados da pesquisa (2014)

Observou-se que a maior parte dos magistrados não se manifesta devido à falta de elementos suficientes nos autos sobre essa circunstância. As poucas fundamentações existentes se limitam a dizer que o acusado possui um comportamento fora dos padrões ou vida desregrada. A falta de fundamentação nessa circunstância e na conduta social põe em questionamento toda análise teórica já feita sobre a relevância da individualização e a real aplicabilidade do princípio pelo Poder Judiciário.

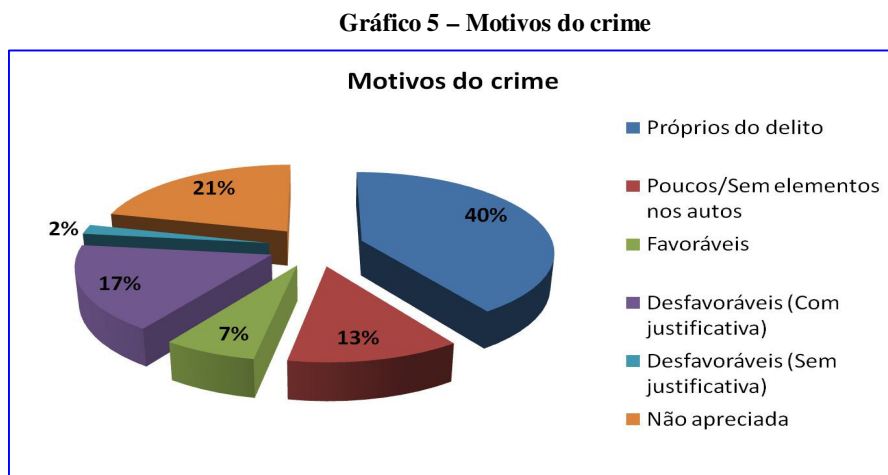
¹⁶⁹ Conforme Tabela 6.

Ademais, assim como na conduta social, em 100% das sentenças analisadas¹⁷⁰, não há qualquer fundamentação doutrinária ou jurisprudencial acerca da valoração da circunstância “Personalidade do agente”. Acerca da individualização da pena nos casos de sentenças com mais de um réu, observou-se que em 97,53%¹⁷¹ das sentenças com mais de um réu analisadas, não existe valoração diferenciada para cada corréu, havendo repetição das expressões utilizadas.

Erros mais encontrados na amostra coletada:

- Ausência completa de fundamentação;
- Fundamentação vaga;
- Consideração de personalidade voltada para o crime sem qualquer elemento concreto;
- Equiparação de personalidades em caso de corréus.

e) Motivos do crime:



Fonte: Dados da pesquisa (2014)

Os dados apontam, então, que prevaleceram os motivos próprios ao delito e que por esse fato não se valoram desfavoravelmente. No entanto, reitera-se que o fato de serem mais comuns os motivos já descritos, não se deve deixar de apreciar, o que ocorreu com cerca

¹⁷⁰ Conforme Tabela 7.

¹⁷¹ Tabela 15, o que representa 79 corréus.

de 21% das sentenças, por constituir uma afronta à necessidade de atribuir a cada condenado uma pena que represente o indivíduo como ser único.

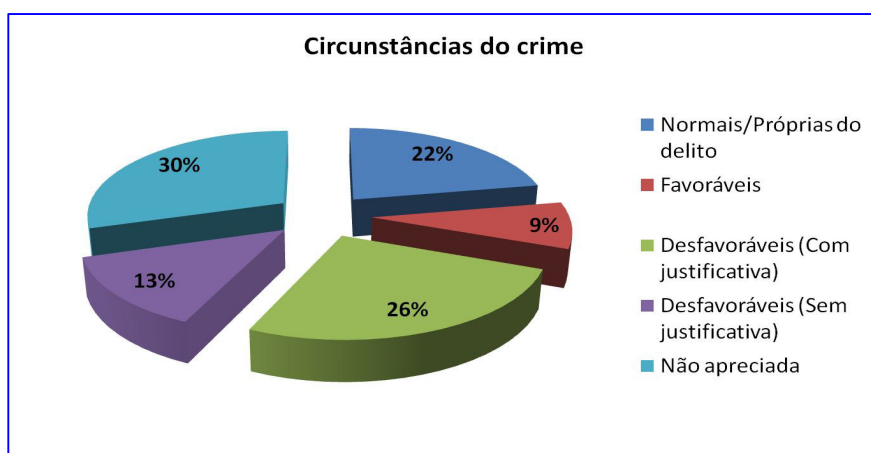
Ademais, em 100% das sentenças analisadas, não há qualquer fundamentação doutrinária ou jurisprudencial.¹⁷² Acerca da individualização da pena nos casos de sentenças com mais de um réu, observou-se que em 100%¹⁷³ das sentenças com mais de um réu analisadas, não existe valoração diferenciada para cada corréu, havendo repetição das expressões utilizadas.

Erros mais encontrados na amostra coletada:

- Ausência completa de fundamentação;
- Fundamentação vaga;
- Motivos que excedem o tipo, sem qualquer justificativa concreta;
- Equiparação de personalidades em caso de corréus.

f) Circunstâncias do crime:

Gráfico 6 – Circunstâncias do crime



Fonte: Dados da pesquisa (2014)

Pelo resultado apresentado, vê-se que a valoração positiva nessa circunstância representa apenas 9%. No que tange a fundamentação negativa, foram encontradas nas

¹⁷² Conforme Tabela 8.

¹⁷³ Conforme Tabela 16.

sentenças expressões como “aterrorizou a vítima”, “realizou agressões e humilhações”, as quais são termos que se coadunam com o sentido proposto nessa fundamentação.

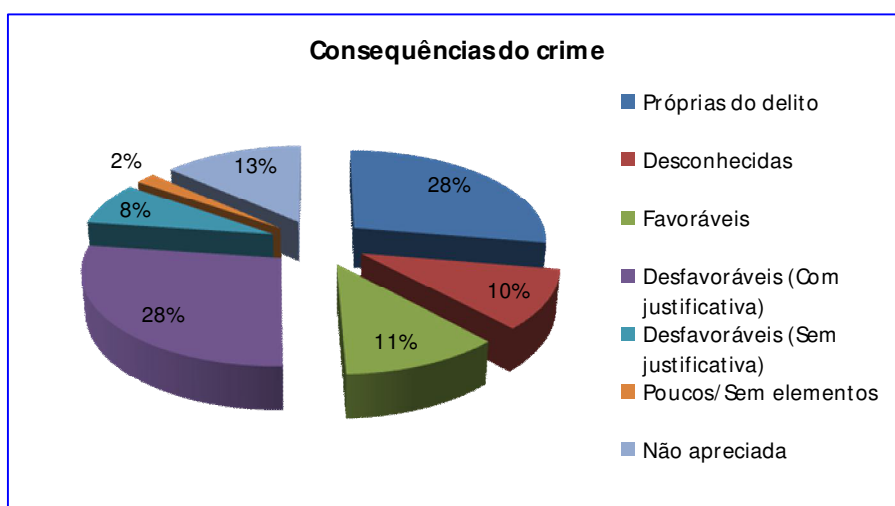
Ademais, em 100% das sentenças analisadas, não há qualquer fundamentação doutrinária ou jurisprudencial.¹⁷⁴ Acerca da individualização da pena nos casos de sentenças com mais de um réu, observou-se que em 100%¹⁷⁵ das sentenças com mais de um réu analisadas, não existe valoração diferenciada para cada corréu, havendo repetição das expressões utilizadas.

Erros mais encontrados na amostra coletada:

- Ausência completa de fundamentação;
- Fundamentação vaga;
- Bis in idem, em razão de valoração de circunstâncias que integram o tipo ou qualificam o crime;

g) Consequências do crime:

Gráfico 7 – Consequências do crime



Fonte: Dados da pesquisa (2014)

¹⁷⁴ Conforme Tabela 9.

¹⁷⁵ Conforme Tabela 17.

O gráfico indica a prevalência das circunstâncias normais ou próprias ao delito e também das desfavoráveis. O que chama atenção é a existência também de atribuições, nos crimes contra o patrimônio, de consequências favoráveis ou desfavoráveis à medida que há a recuperação dos bens roubados/furtados ou não.

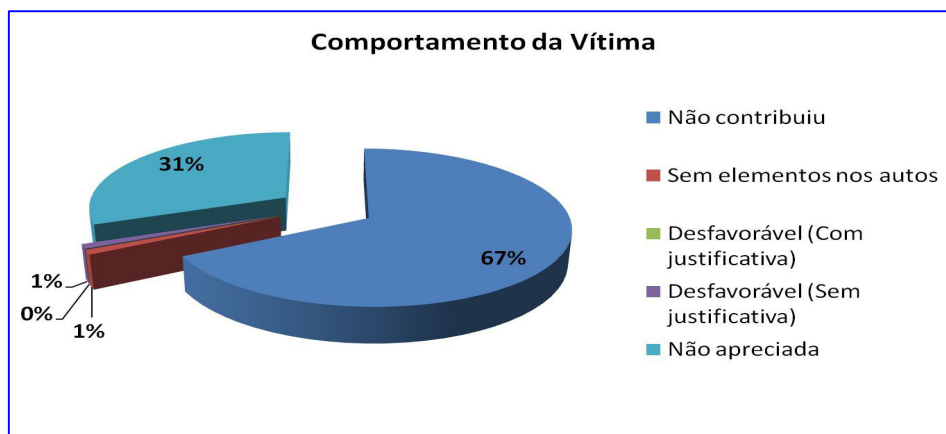
Ademais, em 100% das sentenças analisadas, não há qualquer fundamentação doutrinária ou jurisprudencial.¹⁷⁶ Acerca da individualização da pena nos casos de sentenças com mais de um réu, observou-se que em 100%¹⁷⁷ das sentenças com mais de um réu analisadas, não existe valoração diferenciada para cada corréu, havendo repetição das expressões utilizadas.

Erros mais encontrados:

- Ausência completa de fundamentação;
- Fundamentação vaga;
- Consideração de personalidade voltada para o crime sem qualquer elemento concreto;
- Equiparação de personalidades em caso de corréus.

h) Comportamento da vítima:

Gráfico 8 – Comportamento da vítima



Fonte: Dados da pesquisa (2014)

¹⁷⁶ Conforme Tabela 10.

¹⁷⁷ Conforme Tabela 18.

Como demonstrado, prevalece com ampla maioria a justificativa de não contribuição da vítima na prática da conduta criminosa. Desse modo, caso se tivesse uma maior participação das vítimas seria um peso favorável para o agente devendo o magistrado considerar no momento da fixação da pena-base.

Ademais, em 100% das sentenças analisadas, não há qualquer fundamentação doutrinária ou jurisprudencial.¹⁷⁸ Acerca da individualização da pena nos casos de sentenças com mais de um réu, observou-se que em 100%¹⁷⁹ das sentenças com mais de um réu analisadas, não existe valoração diferenciada para cada corréu, havendo repetição das expressões utilizadas.

Erros mais encontrados:

- a) Ausência completa de fundamentação;
- b) Fundamentação vaga;
- c) Bis in idem, pois valora-se duplamente a circunstância por ocasião da culpabilidade do réu e a do comportamento da vítima.

4.4 Breve reflexão sobre a instituição de metas no Poder Judiciário

Com o objetivo de assegurar o direito constitucional de todos os cidadãos brasileiros a uma razoável duração do processo na Justiça, foram instituídas de forma pioneira pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) durante o 2º Encontro Nacional do Judiciário, realizado no ano de 2009 em Belo Horizonte/MG, metas a serem alcançadas naquele ano por todas as instâncias do Poder Judiciário do Brasil, buscando por fim ao excessivo estoque de processos causadores de altas taxas de congestionamento nos tribunais, bem como proporcionar maior agilidade e eficiência à tramitação dos processos, melhorar a qualidade do serviço jurisdicional prestado e ampliar o acesso do cidadão brasileiro à justiça¹⁸⁰.

À época, foram 10 (dez) metas voltadas, sobretudo, à eficiência da justiça e a agilidade na tramitação dos processos, como a identificação e julgamento de processos

¹⁷⁸ Conforme Tabela 11.

¹⁷⁹ Conforme Tabela 19.

¹⁸⁰ Metas dentre as quais o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão também se submete.

judiciais mais antigos, e a facilitação da prestação jurisdicional, a exemplo de metas de informatização das varas e organização estrutural das unidades de trabalho¹⁸¹.

Somente para fins de conhecimento, no ano de 2009 as metas foram as seguintes:

- Desenvolver e/ou alinhar planejamento estratégico plurianual (mínimo de 05 anos) aos objetivos estratégicos do Poder Judiciário, com aprovação no Tribunal Pleno ou Órgão Especial;
- Identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31/12/2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores);
- Informatizar todas as unidades judiciárias e interligá-las ao respectivo tribunal e à rede mundial de computadores (internet);
- Informatizar e automatizar a distribuição de todos os processos e recursos.
- Implantar sistema de gestão eletrônica da execução penal e mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias;
- Capacitar o administrador de cada unidade judiciária em gestão de pessoas e de processos de trabalho, para imediata implantação de métodos de gerenciamento de rotinas;
- Tornar acessíveis as informações processuais nos portais da rede mundial de computadores (internet), com andamento atualizado e conteúdo das decisões de todos os processos, respeitado o segredo de justiça;
- Cadastrar todos os magistrados como usuários dos sistemas eletrônicos de acesso a informações sobre pessoas e bens e de comunicação de ordens judiciais (Bacenjud, Infojud, Renajud);
- Implantar núcleo de controle interno;
- Implantar o processo eletrônico em parcela de suas unidades judiciárias

Desde então, anualmente são revistas e estabelecidas novas metas durante os Encontros Nacionais do Poder Judiciário promovidos pelo CNJ. Entretanto, o que parecia

¹⁸¹ Para maior aprofundamento sobre as metas estabelecidas anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, vide o planejamento de metas disponibilizando no endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>. Acesso em: 22/11/2014.

representar um modelo de gestão capaz de proporcionar uma rápida e eficaz prestação jurisdicional aos cidadãos, tem sido duramente criticado pelos estudiosos do tema, em razão de ser modelo de gestão do litígio baseado exclusivamente em metas de produtividade, que não contempla uma análise mais sofisticada da litigiosidade, com foco nas suas causas, permanecendo direcionado no equívoco de atuar de forma resignada nas suas consequências¹⁸².

Por outro lado, sobretudo na seara criminal, a necessidade de manter um bom nível de produtividade culmina na desconsideração do que possa haver de específico e singular nos diversos processos, ocasionando o grave risco de negação dos princípios penais e processuais penais, e mitigando a busca pela verdade dos fatos que exige a análise do processo em todos seus detalhes, em todas suas particularidades, de modo a obter uma convicção bem fundamentada a respeito da culpabilidade ou inocência do réu¹⁸³. E isto, requer tempo.

Desta feita, embora não seja objeto deste trabalho estudar os problemas atinentes ao Poder Judiciário, nem mesmo fazer essa relação de metas com a garantia de direitos dos acusados em processo penal, fica aqui a observação que a tensão entre a demanda de agilidade e eficiência no combate e processamento do crime, e a demanda de respeito e garantia dos direitos civis da cidadania precisa ser estudada a fundo e combatida pelo Conselho Nacional de Justiça.

4.5 Crítica: pela aplicação de mecanismos objetivos para atenuação da seletividade penal

O estudo da incidência das circunstâncias judiciais nas sentenças criminais prolatadas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão revela a incoerência e insensatez de um sistema penal que se imagina racional. A ausência de critérios objetivos que possam auxiliar o juiz na apreciação das circunstâncias, somada ao risco de utilização da

¹⁸² Sobre o tema, Costa (2013, p.13): comenta que "a persistência da aplicação de um modelo exclusivamente baseado em metas de produtividade está se prestando para comprovar a falência do sistema judicial, pautado na solução de conflitos individuais, principalmente quando crescem nos tribunais os litígios massificados". Além disso, "o que vem sendo observado nas pesquisas anteriores, é uma crescente e incontrolável demanda por Justiça e um aumento anual da taxa de congestionamento, apesar da alta produtividade dos magistrados, crescente a cada ano". Vide também Neiva (2009).

¹⁸³ Vide Saporì (2008).

discricionarieidade como forma de arbitrariedade são capazes de mitigar princípios tão caros ao Direito Penal e ao sistema punitivo vigente.

Conforme demonstrado pelos ensinamentos da Criminologia Crítica, o descompasso do sistema punitivo com a realidade social, em geral, faz parte de um programa de manifestação de poder, seletividade, perpetuação da exclusão e da segregação social. O paradoxo reside na verificação de que o mesmo discurso que solidificou os direitos humanos, a dignidade e a liberdade dos cidadãos como valores básicos e inarredáveis também sustenta um sistema penal em tudo oposto a tais valores, colocando-o na trilha da deslegitimação.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao privilegiar a utilização de critérios puramente subjetivos como a melhor solução para a valoração das circunstâncias judiciais pelo Poder Judiciário, se distancia do conceito de democracia, pois nesse processo vitima a cidadania e os direitos humanos, desconhecendo a dignidade imanente a todo homem. Na verdade, em um Estado que se declara Constitucional, a igualdade material tem sido mero discurso simbólico.

Esta falta de critérios objetivos acaba por reeditar a incerteza que levou séculos para ser proscrita justamente com a ideia de uma lei geral pública, justa e dirigida a todos¹⁸⁴, fundada em parâmetros que respeitam os direitos da coletividade. Mais que isso, amplia indiscriminadamente a área de criminalização para a tutela de interesses cada vez mais particulares, tendo em vista que somente as classes dominantes detentoras de poder econômico e político deste país são capazes de influir no processo legislativo, distanciando o direito penal dos próprios fundamentos que o legitimam.¹⁸⁵

No Brasil, que adota um modelo de Estado Constitucional, Democrático e de Direito, a observância pelo Estado de todos os limites legais e principiológicos ao exercício do *ius puniend* e do controle social, decorre da Constituição Cidadã de 1988 e do sistema de garantias vigente em nosso País, por essa razão devem guardar necessária e obrigatória obediência aos ideais de igualdade, liberdade, justiça e os princípios corolários da dignidade humana que possibilitaram, ao longo dos anos, a busca pela proteção dos direitos fundamentais e a participação, cada vez maior, do povo nas decisões políticas em prol dos

¹⁸⁴ Beccaria (2000, p.43), há mais de 200 anos, já alertava que: “E será mal muito grande se as leis forem escritas em língua desconhecida do povo, que o coloque na dependência de alguns poucos, sem poder julgar, por si mesmo, qual seria o limite de sua liberdade ou da de seus membros”.

¹⁸⁵ Teses sustentadas pela Criminologia Crítica.

direitos humanos e das garantias individuais.¹⁸⁶ Assim, não há como conceber uma legislação que fira esses ideais.

Enfim, por tudo que já foi tratado no capítulo anterior no que se refere ao estudo de cada uma das 8 (oito) circunstâncias judiciais, algumas medidas objetivas que contribuam para o fim da exagerada discricionariedade reserva aos julgadores podem ser sugeridas com o objetivo de fornecer subsídios para que o legislador brasileiro contorne a atual situação de incerteza e subjetividade na apreciação das circunstâncias judiciais no processo de aplicação da pena. Medidas citadas no quadro 3 do tópico 3.5

¹⁸⁶ Nesse sentido, Guimarães (2013, p. 15) ainda afirma que: “[...] tanto a fundamentação como a legitimação do direito de punir devem transcender os critérios da legalidade, expandindo-se em direção aos critérios axiológicos que fundamentam a existência do regime de governo democrático.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico teve como objetivo principal realizar um diagnóstico da valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, no processo de aplicação da pena pelo Poder Judiciário do Estado do Maranhão, mais especificadamente nos crimes de roubo (art. 157 do CP) com execução iniciada no ano de 2012, tendo como norte teórico os ensinamentos da Criminologia Crítica, as bases do princípio constitucional da individualização da pena e o sistema constitucional vigente.

Para que se alcançasse esta meta, foi indispensável traçar a trajetória histórica que levou à consagração da individualização da pena como princípio constitucional na Constituição Federal de 1988, especialmente no que tange à necessária aproximação entre a interpretação e aplicação do Direito Penal (e do *jus puniend*) e o modelo de Estado Democrático e Direito atual, cuja ocorrência se deve à consolidação de valores como a igualdade, justiça, liberdade, entre outros, enquanto resultado de lutas históricas.

Por meio dessas premissas, tornou-se possível inferir que a aplicação da pena no ordenamento jurídico brasileiro atual, em todas as suas fases, guarda relação obrigatória com os direitos e garantias conferidos aos réus em processo penal. Dessa forma, um leque de questões relacionadas ao tema foram discutidas, tais como o problema da padronização das sentenças no Poder Judiciário Brasileiro, os parâmetros a serem seguidos no momento da aplicação da pena (dentre eles o sistema trifásico de Nelson Hungria) e a necessidade de fundamentação das decisões, sobretudo quando da aplicação da pena acima do mínimo legal previsto em lei.

Além disso, foi desenvolvido um estudo diferenciado e individual de cada uma das 8 (oito) circunstâncias judiciais previstas no Código Penal, destacando o seu conteúdo e características específicas, trazendo os mais modernos entendimentos e os parâmetros que devem ser seguidos pelo julgador com o objetivo de propiciar a boa aplicação das circunstâncias e a garantias dos direitos dos réus. Destacou-se, também, o papel da persecução penal como meio de fornecimento de subsídios para auxiliar o julgador em sua tarefa, posto que é essencial na colheita de elementos que possibilitem a correta valoração das circunstâncias.

Ao término do estudo teórico, foi dada ênfase à pesquisa de campo realizada, em que foram coletados inicialmente 2.370 (dois mil, trezentos e setenta) processos constantes da 1º Vara de Execuções Penais de São Luís/MA, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do

Maranhão, e analisadas 100 (cem) sentenças criminais. Com esses dados, foi verificado de que modo o Poder Judiciário do Estado do Maranhão valora as 08 (oito) circunstâncias judiciais da 1ª fase da dosimetria da pena, previstas no art.59 do Código Penal Brasileiro, quais sejam: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima, ressaltando os principais erros e problemas encontrados.

A partir do confronto entre os dados coletados e todo o estudo teórico realizado, chegou-se ao ponto crucial deste trabalho, verificar se há ou não uma padronização nas sentenças criminais capazes de mitigar o princípio da individualização da pena e de perpetuar a seletividade penal. Por intermédio desse estudo teórico e prático, chegou-se a um panorama de aplicabilidade falha e, por vezes, inexistente da individualização da pena na amostra coletada.

Ficou evidenciado, no âmbito da 1ª Vara de Execuções Penais de São Luís/MA, que há uma mitigação do princípio constitucional da individualização da pena, bem como uma padronização das sentenças criminais, vez que em cada circunstância judicial analisada, houve índices alarmantes de valorações equivocadas, a exemplo da distorção do conceito de culpabilidade e do reconhecimento da existência de maus antecedentes criminais apenas com o curso de processos e inquéritos criminais, o que contraria entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, constatou-se a existência de instruções probatórias deficientes, em razão da ausência de elementos nos autos para a valoração de circunstâncias puramente subjetivas como a conduta social e a personalidade do agente, resultando, por exemplo, em 53% e 55% das sentenças analisadas, respectivamente, sem elementos suficientes para a valoração dessas citadas circunstâncias, ocasionando, em certos casos, inclinações ao reconhecimento de um direito penal do autor, em detrimento de um direito penal do fato.

Percebeu-se, também, que a valoração desfavorável de circunstâncias sem qualquer justificativa, além da ausência de fundamentação doutrinária ou jurisprudencial, em alguns casos chegando ao índice preocupante de 100%, a exemplo dos motivos e circunstâncias do crime, é outro fator que corrobora com a mitigação do princípio da individualização da pena.

Outro grave problema observado foi a repetição de expressões utilizadas nas sentenças, inclusive, com a aplicação de pena padronizada (sem qualquer modificação) nas sentenças com corréus, sem individualizar ou diferenciar a valoração das condutas

individuais, a exemplo de circunstâncias como as consequências e motivos do crime, em que se observou um índice de 100% de repetição e padronização em sentenças com *corréus*.

Estas constatações demonstram, claramente, que existe uma padronização de sentenças criminais, em que os juízes deixam de se preocupar primordialmente em garantir uma justa e adequada aplicação da pena, conferindo mais atenção à necessidade de sentenciar e finalizar os processos, cumprindo as metas de produtividade estabelecidas em âmbito nacional pelo Conselho Nacional de Justiça.

Do mesmo modo, a aplicação da pena e o reconhecimento da garantia dos acusados a uma individualização judiciária da pena, justa e eficaz, foi apenas simbólica, posto que reflete uma falsa percepção de um judiciário atuante e preocupado com a dignidade humana e a efetivação de direitos, o que possibilita a perpetuação da seletividade penal e das diferenças sociais, corroborando com as teses sustentadas pela Criminologia Crítica de que o Direito Penal é seletivo, estigmatizante e serve apenas para aprofundar a exclusão e a segregação social

Ainda nesse raciocínio, essa despreocupação com a efetivação de garantias e direitos previstos na Constituição Federal de 1988 remete a uma involução do ordenamento jurídico brasileiro, posto que permite o seu retrocesso à épocas de mitigação de direitos (que devem ser abolidas) e desconsidera as lutas populares históricas pelo reconhecimento de princípios e ideais tão caros ao Direito Penal e ao Direito como um todo, como a igualdade, liberdade, justiça, dignidade, entre muitos outros.

Em síntese, as constatações observadas neste trabalho, evidenciadas por meio do largo estudo teórico realizado e pela análise dos dados obtidos na pesquisa de campo realizada, levam a afirmar que há, diuturnamente: uma padronização das sentenças criminais; uma mitigação de princípios penais e processuais penais, sobretudo o da individualização da pena; a perpetuação da seletividade penal; e a involução do ordenamento jurídico brasileiro.

Atreladas a essas conclusões, surge a necessidade de rediscussão da legislação vigente com o intuito de instituir mecanismos objetivos capazes de atenuar a subjetividade das circunstâncias judiciais e estabelecer obstáculos ao risco da arbitrariedade do julgador. Na verdade, em um País que se declara Constitucional, a igualdade material não pode ser mero discurso simbólico, sob pena de ameaça ao sistema de garantias e ao Estado Democrático.

Por tudo exposto, ao final desta pesquisa, seu objetivo foi atingido, demonstrando-se que há uma padronização das sentenças e uma mitigação do princípio constitucional da individualização da pena no âmbito da 1^o Vara de Execuções Penais de São Luís/MA.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2001. Título original: Der Begriff und Geltung des Rechts.

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Sentença Penal – Doutrina, Jurisprudência e Prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 349 pg.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13^o ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012, p.85.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. – 2. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 336 p.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos**. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Editora Revam, 2011, 254 p.

BARROS, Carmem Silva de Moraes. **A Individualização da Pena na Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 5. ed. São Paulo: Atena, 1956.

BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 411 p. (Coleção ciências criminais ; v. 1)

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de agosto de 2014.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Portal eletrônico da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 21 de agosto 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 60524/GO**. 5º Turma do STJ. Relator: Julgamento em: Disponível em: Acesso em:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 85673/PA**. STF. Relator: Julgamento em: Disponível em: Acesso em:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 75425/PR**. 5º Turma do STJ. Relator: Min Laurita Vaz. Julgado em 17.11.2009. Disponível em: Acesso em:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 443500/SC**. 6º Turma do STJ. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 10.11.2009. Disponível em: Acesso em:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 97.256/RS**. STF. Relator: Min. Ayres Brito. Julgado em: 01.09.2010. Disponível em: Acesso em:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 103508/MG**. 5ª Turma do STJ. Relator: Mins. Laurita Vaz. Julgado em 15.10.2009. Disponível em: Acesso em:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 104864/RJ**. Relator: Julgado em: Disponível em: Acesso em:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 83439/SP**. Relator: Julgado em: Disponível em: Acesso em:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 50331/PB**. Relator: Julgado em: Disponível em: Acesso em:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 81866/DF**. Relator: Julgado em: Disponível em: Acesso em:

BENTHAMM, Jeremias. **Teorias de las penas y las recompensas**. Paris, 1826.

BERGALLI, Roberto. **Control social punitivo**. Barcelona: M.J. Bosch, 1996.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Persecução Penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pg. 400

CARVALHO, Salo de. **Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista - Comentário Jurisprudencial**. Disponível em: http://andreischmidt.sites.uol.com.br/Salo_reincidencia.htm. Acesso em: 26/03/2014.

CARVALHO NETO, Inácio. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

COSTA, Tailson Pires. **Penas alternativas – reeducação adequada ou estímulo à impunidade?** São Paulo : Max Limonad, 2013. pg. 290.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: Taking rights seriously.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120), de acordo com as Leis n. 12.50 e 12.736, de 2012. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2004, p. 842.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 766 p.

FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 6º ed. amp. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010, 435 p.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 10 ed. São Paulo: Editora RT, 2005. 340 p.

GARELLI, Franco. Controle social. In: BOBBIO, Norbert; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução Carmen C. Varialle, Gaetano lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais, Renzo Dini. 8. ed. Brasília, DF: Editora UnB, p.283-285, 1998.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 350 p.

_____. **Constituição, Ministério Público e Direito Penal**. A defesa do Estado Democrático no âmbito punitivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010, 286 p.

_____. **Reflexões acerca do controle social formal**: discutindo os fundamentos do direito de punir. Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD. v.1, n. 23. Rio de Janeiro: 2013.

HEGEL, Georg W. F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997, 279 p.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006. 519 p.

KANT, Immanuel. **Metafísica de las Costumbres**. Madrid: Tecnos, 1989.

JESCHECK, Hans-Heinrich; Weigend, Thomas. **Tratado de derecho penal – parte general**. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2004.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de direito penal – parte geral**. 8º ed. São Paulo, Editora RT, 2008.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Pg. 390.

MARANHÃO. Lei Complementar nº 14, de 17 de dezembro de 1991. **Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Maranhão**. Portal do Poder Judiciário do Estado do

Maranhão. Disponível em: <
<http://www.tjma.jus.br/tj/visualiza/sessao/10/publicacao/150958>>. Acesso em 21 jul 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5° ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1955, t. I.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 0001232-49.2011.8.13.0026/MG**, 2° Câm. Crim., j. em 14.06.212, rel. Nelson Missias de Moraes. Disponível em: Acesso em: _____ **Apelação Criminal 1.0459.08.0033783-3/001/MG**. 4° Câm. Crim., j. 03.03.3020, rel. Herbert Carneiro. Disponível em: Acesso em:

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 9° ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal – fundamentos e teoria do delito**. Trad. Claudia Viana Garcia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA, Virgínia. **Personalidade, Ideologia e Psicopatologia Crítica**. São Paulo: Editora Escuta, 2010.

MULLER, Friederich. **Quem é o povo?** 4.ed. São Paulo: RT, 2010.

NORONHA, M. Magalhães. **Direito Penal**. volume 1, 35° edição, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 223.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**, 4. ed., São Paulo: Ed. RT, 2014, 379 p.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**. São Paiulo: Editora RT, 2001, 273 p.

PALAZZO, Franceso C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada, leitura indicada**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 285.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção**. Coimbra: Coimbra, 1995, 735 p..

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Col. Saraiva de Bolso. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988/** Ingo Wolfgang Sarlet. 7. ed. Ver. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 8° ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. p. 692.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. 2° edição, Ed. Bookseller, Campinas, 2010: P. 35.

SYKES, Gresham M. **Crime e sociedade**. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 2010.

SOUZA, Paulo S. Xavier, **Individualização da Penal: no estado democrático de direito**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal – Prática de aplicação da Pena e Medida de Segurança**. 4° ed. Belho Horizonte: Del Rey, 2008.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovana Tavares de. **A inconstitucionalidades da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena**. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. 14, p. 305-323, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, c2010. (v. 1)

ZEIDAN, Rogério. **Ius puniendi, Estado e direitos fundamentais**: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

APÊNDICE

APÊNDICE A – Relação das sentenças analisadas

Nº do processo	Sentenciado	Nº do processo	Sentenciado
0019520-38.2012	EZEQUIEL PACHECO SARAIVA	0023550- 9.2012.810.0141	PEDRO EDSON COELHO CAMPOS
	WANDERSON ALVES NEVES	0019650- 64.2012.810.0905	RAIMUNDO NONATO GONÇALVES RAMOS
0015910-62.2012	JOSÉ GETÚLIO PEREIRA	0001032- 07.2012.810.0141	WENDELL PIMENTA SOUSA
0017030-85.2012	ALMIR PEREIRA DA SILVA	0024230- 12.2012.810.0203	SEBASTIÃO DE JESUS RODRIGUES
0001711-07.2012	FERDINAN DE JESUS GARCEZ ALMEIDA	0024240- 56.2012.810.0203	SÉRGIO DA SILVA SANTOS
0017090-16.2012	RONALDO CARVALHO DOS SANTOS	0024050- 93.2012.810.0203	NILO PINA RIBEIRO
00192330- 75.2012	REINALDO SOUZA	0006700- 84.2012.810.0141	HERBERT DE JESUS FURTADO GONÇALVES
0018010-87.2012	EDUARDO ANTONIO SALIM ROSA FILHO	0019760- 27.2012.810.0141	DAVID LEITE DE OLIVEIRA
020400-30.2012	LEONARDO LOPES DOS SANTOS	: 0001560- 69.2012.810.0141	ALMIR FERREIRA DOS SANTOS FILHO
	VITÓRIO DA ROCHA JÚNIOR	0000870- 40.2012.810.0141	ROBERVAL VIEIRA DA CRUZ

	RONAN FERNANDES BORGES	0000700-68.2012.810.0141	JOSE RAIMUNDO PEREIRA FILHO
0020220-14.2012	CLEITON COELHO	0006850-65.2012.810.0141	UBIRACY PEREIRA ARANHA
0021830-17.2012	ANTONILSON ROBERVAL GAYOSO	0005170-45.2012.810.0141	JIMISON GUSMÃO NERES
	FÁBIO SOUSA COSTA	0023870-69.2012.810.0141	WANDERSON PIMENTA SOUSA
	LEONARDO CHAGAS FERREIRA	0025720-61.2012.810.0141	SANDRO LUIS ABREU
0024400-73.2012	MAYCON MATOS COSTA	0003300-62.2012.810.0141	WANDERSON DOS SANTOS MENDES
0000550-87.2012	GEORGE DOS SANTOS SERRA	0017540-56.2012.810.0141	Marinaldo Lima Barbosa
0008840-91.2012	DAIENISON DE ALMEIDA	0000040-53.2012.810.0245	ETEVALDO ANDRADE MARTINS
0005310-79.2012	ELIAKIM DAVILA MACHADO	0001120-73.2012.810.0141	ADRIANO ASSUNÇÃO
0004370-17.2012	GILMAR DOS ANJOS MENDES	0026150-13.2012.810.0141	JOSÉ roí CARVALHO DA ROCHA
0005430-25.2012	GILBERTO FERNANDES JÚNIOR	0004890-74.2012.810.0141	JAIME ARAÚJO

0 006670-49.2012	JACKSON DA SILVA	0000494- 03.2012.810.0141	KLEISSON FLÁVIO BARROS PINTO
0004980-84.2012	WELLINGTON DA SILVA MUNIZ	0004700- 14.2012.810.0141	JACIELMA BASTOS NASCIMENTO
0011830-76.2012	WANDERSON SILVA GÓIS	0004330- 35.2012.810.0141	EDSON SOARES MARAMALDO
0009893-02.2012	WALTER BARBOSA DE JESUS	0010420- 59.2012.810.0141	ERDESON DE JESUS PINHEIRO OLIVEIRA
0008910-11.2012	FERNANDO PEREIRA SILVA	0018710- 63.2012.810.0141	Ronaldo Costa Araújo
	MARIA DOLORES GOMES	0006840- 21.2012.810.0141	LUIS RODOLFO SILVA RODRIGUES
0014320-50.2012	ARI KELLES DE JESUS SILVA	0020980- 60.2012.810.0141	Bruno da Silva Santos - SOMA
0021830-17.2012	KELSON MARLEY PACHECO FREITAS	0020640- 19.2012.810.0141	KELSON MARLEY PACHECO FREITAS
0015910-62.2012	LUZENILTON MUNIIZ CARDOSO	0002174- 09.2012.810.0141	LUZENILTON MUNIIZ CARDOSO
0005430-25.2012	JOÃO FERNANDO DOS SANTOS RODRIGUES	0026420- 49.2012.810.1107	JOÃO FERNANDO DOS SANTOS RODRIGUES

3796/2010	Alan de Melo Amorim e José Wallison Silva Santos	42469/2012	José Leandro Sousa Barbosa
18959/2004	Fábio Nascimento de Jesus	16445/2002	Paulo Peres da Costa Barros
5041/2012	Cleidson Moreira de Paiva e Michel Amorim dos Santos	32817/2008	Fábio André Farias e Janilson Oliveira dos Santos
14572/2007	José Reinaldo Pereira Correia Junior	5088-80.2011	Ailton Oliveira Froz e José Luís Silva Santos
44178-95.2011	Bruno de Melo da Silva	26737-04.2011	Jovenilton Ribamar Pereira dos Santos
26737-04.2011	Jovenilton Ribamar Pereira dos Santos	4852/2011	Josivaldo Pinheiro Lindoso
43479-07.2011	Luís Alberto Pereira	3993/2207	Marney Martins Costa, <i>Edmilson Chagas Pereira e Jailton Sousa Ferreira</i>
8466-44.2011	Welton Pererira Silva	1646/2004	Antônio José Santana Lisboa e Aris Viegas Marques
18034/2007	Haroldo Santana Oliveira Júnior	14149-62.2011	Adriano Barbosa Ferreira
36522/2009	Bruno Sousa Reis e Cleison de Aguiar Ferreira	9735/2012	Claudiomar Costa Sales
40949/2010	Alex Sodré Santos e Richardson Dean Gomes	35000-59.2010	Hugo de Leon Sousa Rodrigues e

	Silva		Valdemir Pereira
24789/2009	Benedito Soares Pinheiro	3579/2009	Claudenir de Jesus Correia Costa
33576/2009	Pedro Maicon Cutrim Frazão	29.290.2009	Kelilson Silva Andrade
15147/2007	Jaldenir Silva Costa Libato	1220/2005	Antônio Diolindo dos Santos Filho e João Francisco Marciel dos Santos
1.842/2009	Fabrcício de Souza Ferreira e Raimundo Sousa Paiva	64/2010	Jeferson Moraes dos Santos e Luís Carlos Santos
1424/2009	José Maria Mendes e Edglebson da Cunha Santos	171-48.2011	Raimundo Gomes da Silva e Luis Carlos dos Santos

APÊNDICE B – Dados quantitativos das sentenças analisadas

Tabela 1 – Quanto à idade dos sentenciados

18 – 25 anos	68	46,5%
26 – 30 anos	22	15%
31 – 35 anos	16	10,9%
36 – 40 anos	18	12,3%
41 – 45 anos	17	11,6%
46 – 50 anos	2	1,3%
51 – 55 anos	2	1,3%
56 – 60 anos	1	0,6%
Total	146	100%

Fonte: Dados da pesquisa (2014)

OBS: O número de indivíduos (146) difere do número de sentenças analisadas (100), em virtude da existência de corréus em algumas delas.

Tabela 2 – Quanto ao sexo dos sentenciados

Masculino	140	96%
Feminino	6	4%
Total	146	100%

Fonte: Dados da pesquisa (2014)

OBS: O número de indivíduos (146) difere do número de sentenças analisadas (100), em virtude da existência de corréus em algumas delas.

Tabela 3 – Quanto ao número de réus nas sentenças

Sentenças com 1 (um) réu	65	44,52%
Sentenças com 2 (dois) réus	33	22,60%
Sentenças com 3 (três) réus	5	3,42%
Total	100	100%

Fonte: Dados da pesquisa (2014)

OBS: O número de sentenças (100) resultou na análise das circunstâncias judiciais de 146 indivíduos.

Tabela 4 – Quanto à fundamentação da culpabilidade

Há fundamentação doutrinária	1	0,68%
Há fundamentação jurisprudencial	3	2,05 %
Há fundamentação doutrinária e jurisprudencial	0	0%
Não há fundamentação doutrinária ou jurisprudencial	142	97,26%
Total	146	100%

Fonte: Dados da pesquisa (2014)

OBS: O número de indivíduos (146) difere do número de sentenças analisadas, em virtude da existência de corrêus em algumas delas.

Tabela 5 – Quanto à fundamentação dos antecedentes

Há fundamentação doutrinária	3	2,05 %
Há fundamentação jurisprudencial	9	6,16%
Há fundamentação doutrinária e jurisprudencial	1	0,68%
Não há fundamentação doutrinária ou jurisprudencial	133	91,10 %
Total	146	100%

Fonte: Dados da pesquisa (2014)

OBS: O número de indivíduos (146) difere do número de sentenças analisadas, em virtude da existência de corrêus em algumas delas.

Tabela 6 – Quanto à fundamentação da conduta social do agente

Há fundamentação doutrinária	0	0%
Há fundamentação jurisprudencial	0	0%
Há fundamentação doutrinária e jurisprudencial	0	0%

Não há fundamentação doutrinária ou jurisprudencial	146	100%
Total	146	100%

Fonte: Dados da pesquisa (2014)

OBS: O número de indivíduos (146) difere do número de sentenças analisadas, em virtude da existência de corréus em algumas delas.

Tabela 7 – Quanto à fundamentação da personalidade do agente

Há fundamentação doutrinária	0	0%
Há fundamentação jurisprudencial	0	0%
Há fundamentação doutrinária e jurisprudencial	0	0%
Não há fundamentação doutrinária ou jurisprudencial	146	100%
Total	146	100%

Fonte: Dados da pesquisa (2014)

OBS: O número de indivíduos (146) difere do número de sentenças analisadas, em virtude da existência de corréus em algumas delas.

Tabela 8 – Quanto à fundamentação dos motivos do crime

Há fundamentação doutrinária	0	0%
Há fundamentação jurisprudencial	0	0%
Há fundamentação doutrinária e jurisprudencial	0	0%
Não há fundamentação doutrinária ou jurisprudencial	0	100%
Total	146	100%

Fonte: Dados da pesquisa (2014)

OBS: O número de indivíduos (146) difere do número de sentenças analisadas, em virtude da existência de corréus em algumas delas.

Tabela 9 – Quanto à fundamentação das circunstâncias do crime

Há fundamentação doutrinária	0	0%
Há fundamentação jurisprudencial	0	0%
Há fundamentação doutrinária e jurisprudencial	0	0%
Não há fundamentação doutrinária ou jurisprudencial	146	100%
Total	146	100%

Fonte: Dados da pesquisa (2014)

OBS: O número de indivíduos (146) difere do número de sentenças analisadas, em virtude da existência de corréus em algumas delas.

Tabela 10 – Quanto à fundamentação das consequências do crime

Há fundamentação doutrinária	0	0%
Há fundamentação jurisprudencial	0	0%
Há fundamentação doutrinária e jurisprudencial	0	0%
Não há fundamentação doutrinária ou jurisprudencial	100	100%
Total	146	100%

Fonte: Dados da pesquisa (2014)

OBS: O número de indivíduos (146) difere do número de sentenças analisadas, em virtude da existência de corréus em algumas delas.

Tabela 11 – Quanto à fundamentação do comportamento da vítima

Há fundamentação doutrinária	0	0
Há fundamentação jurisprudencial	0	0
Há fundamentação doutrinária e jurisprudencial	0	0%

Não há fundamentação doutrinária ou jurisprudencial	146	100%
Total	146	100%

Fonte: Dados da pesquisa (2014)

OBS: O número de indivíduos (146) difere do número de sentenças analisadas, em virtude da existência de corréus em algumas delas.

Tabela 12 – Quanto à individualização das circunstâncias judiciais nas sentenças com corréus – Culpabilidade

Há valoração diferenciada para cada corréu	1	1,23%
Não há valoração diferenciada para cada corréu	80	98,76 %
Total	81	100%

Fonte: Dados da pesquisa (2014)

OBS: O número 81 (quarenta e seis) corresponde ao número de corréus nas sentenças

Tabelas 13 – Quanto à individualização das circunstâncias judiciais nas sentenças com corréus – Antecedentes

Há valoração diferenciada para cada corréu	79	97,53%
Não há valoração diferenciada para cada corréu	2	2,46%
Total	81	100%

Fonte: Dados da pesquisa (2014)

OBS: O número 81 (quarenta e seis) corresponde ao número de corréus nas sentenças

Tabela 14 – Quanto à individualização das circunstâncias judiciais nas sentenças com corréus – Conduta Social

Há valoração diferenciada para cada corréu	1	1,23%
Não há valoração diferenciada para cada corréu	80	98,76%
Total	81	100%

Fonte: Dados da pesquisa (2014)

OBS: O número 81 (quarenta e seis) corresponde ao número de corrêus nas sentenças

Tabela 15 – Quanto à individualização das circunstâncias judiciais nas sentenças com corrêus – Personalidade do agente

Há valoração diferenciada para cada corrêu	2	2,46%
Não há valoração diferenciada para cada corrêu	79	97,53%
Total	81	100%

Fonte: Dados da pesquisa (2014)

OBS: O número 81 (quarenta e seis) corresponde ao número de corrêus nas sentenças

Tabela 16 – Quanto à individualização das circunstâncias judiciais nas sentenças com corrêus – Motivos do Crime

Há valoração diferenciada para cada corrêu	0	0%
Não há valoração diferenciada para cada corrêu	81	100%
Total	81	100%

Fonte: Dados da pesquisa (2014)

OBS: O número 81 (quarenta e seis) corresponde ao número de corrêus nas sentenças

Tabela 17 – Quanto à individualização das circunstâncias judiciais nas sentenças com corrêus – Circunstâncias do crime

Há valoração diferenciada para cada corrêu	0	0%
Não há valoração diferenciada para cada corrêu	81	100%
Total	81	100%

Fonte: Dados da pesquisa (2014)

OBS: O número 81 (quarenta e seis) corresponde ao número de corrêus nas sentenças

Tabela 18 – Quanto à individualização das circunstâncias judiciais nas sentenças com corréus – Consequências do crime

Há valoração diferenciada para cada corréu	0	0%
Não há valoração diferenciada para cada corréu	81	100%
Total	81	100%

Fonte: Dados da pesquisa (2014)

OBS: O número 81 (quarenta e seis) corresponde ao número de corréus nas sentenças

Tabela 19 – Quanto à individualização das circunstâncias judiciais nas sentenças com corréus – Comportamento da vítima

Há valoração diferenciada para cada corréu	0	0%
Não há valoração diferenciada para cada corréu	81	100%
Total	81	100%

Fonte: Dados da pesquisa (2014)

OBS: O número 81 (quarenta e seis) corresponde ao número de corréus nas sentenças