



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAÍSSA BORGES FREITAS

**DECISÕES DÍSPARES EM CASOS SEMELHANTES:
A EXCESSIVA DISCRICIONARIEDADE DOS MAGISTRADOS NA
APLICAÇÃO DA PENA COMO ALICERCE AO PUNITISMO ESTATAL**

Salvador

2018

RAÍSSA BORGES FREITAS

**DECISÕES DÍSPARES EM CASOS SEMELHANTES:
A EXCESSIVA DISCRICIONARIEDADE DOS MAGISTRADOS NA
APLICAÇÃO DA PENA COMO ALICERCE AO PUNITISMO ESTATAL**

Trabalho de Conclusão de Curso elaborado pela aluna Raíssa Borges Freitas como requisito parcial para a aprovação no curso de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientadora: Prof.^a. Me.^a. Thaize de Carvalho Correia

Salvador

2018

RAÍSSA BORGES FREITAS

**DECISÕES DÍSPARES EM CASOS SEMELHANTES:
A EXCESSIVA DISCRICIONARIEDADE DOS MAGISTRADOS NA
APLICAÇÃO DA PENA COMO ALICERCE AO PUNITISMO ESTATAL**

Trabalho de Conclusão de Curso elaborado pela aluna Raíssa Borges Freitas como requisito parcial para a aprovação no curso de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Thaize de Carvalho Correia – Orientadora _____
Mestra em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Sebastião Borges de Albuquerque Mello – Examinador _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Thais Bandeira Oliveira Passos – Examinadora _____
Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Lêda e José Luiz, por todo apoio ao longo desta árdua e gratificante jornada que tem sido a graduação. Sou eternamente grata pelo carinho, pelos ensinamentos, e pela sempre presente valorização à educação como pilar do desenvolvimento.

Agradeço enormemente à minha orientadora, Thaize de Carvalho Correia, pela diligência, atenção e precisão de suas observações, bem como à compreensão com o delicado momento que passei e passo em minha vida. Foi um grande privilégio ser orientada por um dos professores que mais admiro e que mais marcou a minha vida acadêmica.

Agradeço também a todos os professores da Egrégia Universidade Federal da Bahia, que contribuíram para o meu crescimento acadêmico e pessoal. Em especial, agradeço aos professores Maria Auxiliadora Minahim, Sebastián Mello, Gamil Föppel, Thaís Bandeira e Fernando Santana, que despertaram em mim a paixão pelo direito penal e a inquietude com as injustiças presentes neste ramo do direito.

Agradeço, ainda, ao apoio e incentivo da minha família, em especial ao meu irmão, Vítor, e avós, Isaac, Marlene e Madalena, bem como ao apoio emocional e doses diárias de carinho das minhas cadelas, Diana e Tiffany.

Por fim, agradeço ao meu amado namorado e companheiro de todos os momentos, Nico Gercke, que, independente da distância, se faz sempre presente em todas as minhas empreitadas.

Em memória dos meus queridos e saudosos avô, José Ferreira de Freitas, e bisavó, Adélia Alexandrina de Souza, a quem devo as mais valiosas lições de vida.

FREITAS, Raíssa Borges Freitas. **Decisões díspares em casos semelhantes: a excessiva discricionariedade dos magistrados na aplicação da pena como alicerce ao punitivismo estatal**. XX fls. Monografia (graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

A análise da ampla margem discricionária atribuída aos magistrados no momento de aplicação da pena, bem como a identificação das disparidades das penas aplicadas em casos similares e os excessos injustificados no *quantum* da reprimenda penal, consistem em móvel do presente trabalho. A pena será abordada a partir um viés garantista, compreendida como instrumento de prevenção às reações informais e potencialmente arbitrárias que sua ausência poderia ensejar. Ao juiz cabe a prudente tutela do poder discricionário judicial, entendido com a liberdade de atuação nos limites definidos por lei. No entanto, como será visto, a discricionariedade é, por vezes, desviada em prol do punitivismo estatal, discurso propagado no seio social através de uma retórica que qualifica determinados indivíduos como perigosos, elegendo-os como inimigos da sociedade. Em seguida, estudar-se-á as minúcias da fase judicial de aplicação da pena, observando-se que a dosimetria da pena, imersa em um complexo e assistemático modelo, é repleta de conceitos vagos, que permitem subjetivismos do juiz. Após, analisar-se-á empiricamente, através da análise crítica de quatro sentenças proferidas pelo Judiciário baiano, como os julgadores utilizam os espaços de discricionariedade para majorar em excesso a pena dos jurisdicionados, violando, no entanto, os princípios constitucionalmente previstos. Chegando-se, por derradeiro, à conclusão de que os princípios regentes da aplicação da pena, especialmente a partir da nova roupagem e relevo dado a eles pela Constituição de 1988, servem de poderoso filtro aos possíveis desvios e excessos perpetrados pelos magistrados ao fixar a reprimenda penal, vez que tais desvios são inconciliáveis com a observância dos princípios fundamentais.

Palavras-Chave: Discricionariedade judicial. Aplicação da pena. Punitivismo Estatal.

FREITAS, Raíssa Borges. **Dissonant decisions in similar cases: the excessive discretion of magistrates in the application of punishment as a foundation for state punitivismo.** XX pg. Monograph (bachelor) – Law Faculty, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

The analysis of the wide margin of discretion attributed to magistrates at the moment of application of the sentence, as well as the identification of the disparities of the penalties applied in similar cases and the unjustified excesses in the quantum of the criminal reprimand, consist of the purpose of the present thesis. The punishment will be approached from a guarantor bias, understood as an instrument of prevention to the informal and potentially arbitrary reactions that its absence could provoke. The judge is responsible for prudent protection of judicial discretion, understood as the freedom to act within the limits defined by law. However, as will be seen, discretion is sometimes diverted in favor of state punitivism, a discourse propagated in the social sphere through a rhetoric that qualifies certain individuals as dangerous, electing them as enemies of society. Next, we will study the details of the judicial phase of the penalty, observing that the dosimetry of the penalty, immersed in a complex and unsystematic model, is full of vague concepts that allow the subjectivism of the judge. Afterwards, it will be analyzed empirically, through the critical analysis of four sentences handed down by the Bahia Judiciary, as judges use the discretionary spaces to excessively increase the penalty of the courts, violating, however, the constitutionally foreseen principles. Lastly, it was concluded that the regulative principles governing the application of punishment, especially in the light of the new guise and emphasis given to them by the 1988 Constitution, serve as a powerful filter for possible deviations and excesses perpetrated by magistrates in fixing the criminal reprimand, since such deviations are irreconcilable with the observance of the fundamental principles.

Keywords: Judicial discretion. Application of penalty. State punitivism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 OS ESPAÇOS DE DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA.....	11
2.1 UM OLHAR SOBRE A PENA	13
2.2 CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE	15
2.3 MARGEM DISCRICIONÁRIA NA APLICAÇÃO DA PENA.....	18
2.4 DESVIOS DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL EM PROL DO PUNITIVISMO ESTATAL.....	21
3 BALIZAS LEGAIS À APLICAÇÃO E FIXAÇÃO DA PENA	26
3.1 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.....	27
3.1.1 Culpabilidade.....	28
3.1.2 Antecedentes	28
3.1.3 Conduta Social.....	29
3.1.4 Personalidade do agente.....	30
3.1.5 Motivos.....	31
3.1.6 Circunstâncias	32
3.1.7 Consequências.....	32
3.1.8 Comportamento da Vítima	33
3.2 CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS	33
3.3 CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO	35
4 REFLEXOS DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NO <i>QUANTUM</i> DE PENA APLICADA: ANÁLISE DE SENTENÇAS	38
4.1 SENTENÇA I.....	39
4.2 SENTENÇA II.....	41
4.3 SENTENÇA III.....	45
4.4 SENTENÇA IV	48
4.5 OBSERVAÇÕES.....	52
5 A OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS COMO FORMA DE CONTER A AMPLIAÇÃO DO PODER DE PUNIR.	53
5.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	55
5.2 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	56
5.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA.....	57
5.4 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE	58
5.5 PRINCÍPIO DA ISONOMIA	60
5.6 PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DA PENA	60
6 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS.....	65

ANEXOS	69
---------------------	-----------

1 INTRODUÇÃO

A atividade judicial de fixação da pena privativa de liberdade é, sem dúvidas, uma árdua tarefa aos magistrados. Neste momento, estão em jogo uma série de interesses. Dentre outros, de um lado, estão os clamores sociais por punição, e de outro, os direitos e garantias do autor do delito.

A dosimetria da pena, por proporcionar ao julgador ampla margem discricionária na valoração dos critérios de aplicação da pena – sobretudo quando da análise das circunstâncias judiciais albergadas no sistema trifásico – assume um papel de importância fundamental na aplicação da legislação penal, podendo consistir em um terreno fértil ao atendimento dos anseios sociais por punição.

O objetivo do presente trabalho é, portanto, analisar como os espaços de discricionariedade presentes no momento de aplicação da pena são manipulados pelos interesses e humores dos magistrados, muitas vezes influenciados pelo discurso punitivo propagado no seio social, o que tem por consequência a existência de sentenças díspares em casos similares, bem como serve de alicerce ao encarceramento massivo.

Nesse contexto, o primeiro capítulo se destina a apresentar, em um primeiro momento, as bases teóricas que servem de alicerce ao presente trabalho. Na sequência, passa-se a conceituar o vocábulo discricionariedade, que emana do direito administrativo e é aplicado, com algumas adaptações a todos os ramos do direito. São apresentados, ademais, os espaços de discricionariedade presentes na aplicação da pena e, por fim, os possíveis desvios que a discricionariedade pode proporcionar.

No capítulo seguinte, faz-se um estudo da dosimetria da pena em cada uma de suas fases, tendo como recorte a individualização primária da pena, que consiste na eleição do *quantum* da reprimenda. São apresentados, inicialmente, os critérios para a fixação da pena-base a partir das circunstâncias judiciais do art. 59; posteriormente, examina-se a incidência das circunstâncias legais (atenuantes e agravantes); e, por fim, a incidência das causas de aumento e diminuição.

Em seguida, faz-se uma análise de como a pena é aplicada *in concreto*, apresentando quatro distintas sentenças proferidas pelo Judiciário baiano e

destacando, ponto a ponto, os desvios e abusos proporcionados pela discricionariedade no momento de quantificação da sanção penal. Observa-se, a partir da análise das sentenças apresentadas no capítulo, que a pena é, muitas vezes, aplicada em arrepio às garantias constitucionalmente estabelecidas. Embora haja discricionariedade no momento da determinação judicial da pena, é imperiosa a observância de alguns princípios para que não haja uma restrição injusta e desnecessária do direito fundamental à liberdade.

Assim, no quarto e último capítulo, os princípios regentes da aplicação da pena, em especial os princípios da legalidade, pessoalidade, proporcionalidade, isonomia, individualização das penas, humanidade, e, principalmente, o princípio da fundamentação da pena, são apresentados como forma de filtrar os desvios, pois as sentenças desviantes terminam, invariavelmente, por violar princípios. A pena justa e proporcional é um direito fundamental do condenado, que não pode ficar um dia a mais preso do que a pena justa para o fato praticado.

2 OS ESPAÇOS DE DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA

A Principal função que cumprimos é a de pôr limites ao exercício do poder punitivo. Mais ainda: ou servimos para isso ou não servimos para nada.

Eugenio Raúl Zaffaroni

Com a prática da infração penal, surge para o Estado o direito de aplicar a sanção abstratamente cominada, que, sob um prisma garantista, é “instrumento de contenção do poder público, limitando o *jus puniendi* e o desejo de vingança do ofendido e dos demais membros da comunidade”¹. Para tanto, a sanção penal precisa ser aplicada e executada pelos órgãos do Poder Público, sendo imprescindível o devido processo legal, que se encerra com a sentença, ato judicial que impõe ao réu a pena individualizada.²

Ocorre, todavia, que o magistrado, ao prolatar uma sentença penal condenatória, dispõe de ampla e perigosa margem discricionária para a fixação do *quantum* da pena, de modo que, a depender do julgador, ou até mesmo a depender dos humores de um mesmo julgador, pode-se haver grandes discrepâncias em relação à pena cominada ao caso concreto.

Tal fenômeno, denominado de “jurisprudência lotérica” pela doutrina nacional, consiste na imprevisibilidade do Judiciário, que gera situações de casos similares sendo decididos de maneiras diversas, ou até mesmo completamente opostas, deixando o jurisdicionado, assim como em um jogo de loteria, à mercê da sorte.

Nesse sentido, aduz Eduardo Cambi:

Se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado³.

Cesare Beccaria, em sua obra “Dos Delitos e Das Penas”, escrita no remoto século XVIII, já observava, à época, tal fenômeno:

¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação. rev. e atual. 6ª Ed.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 91.

² CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. 5. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 440.

³ CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência Lotérica**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 786/2001. Abr/2001, p. 108-128.

Assim, vemos a sorte de um cidadão mudar várias vezes, ao passar por diversos tribunais e vemos a vida dos miseráveis ser vítima de falsos raciocínios ou do atual fermento dos humores de um juiz, o qual tomou como legítima interpretação o vago resultado de toda uma série confusa de noções, que lhe agitam a mente. Vemos, pois, os mesmos delitos punidos diferentemente em épocas diferentes, pelo mesmo tribunal, por ter este consultado não a voz imutável e constante da lei, mas a errante instabilidade das interpretações⁴.

Nesse interim, percebe-se que o juiz, enquanto humano e integrado à sociedade, está invariavelmente contaminado por ideias, valores, crenças e paradigmas que, de algum modo, influenciam suas decisões. Portanto, crer na existência de absoluta imparcialidade nas decisões judiciais consiste em verdadeira utopia.

Beccaria, mais uma vez, traz reflexões sobre o tema:

Cada homem tem o seu ponto de vista, e o mesmo homem, em épocas diferentes, pensa de modo diferente. O espírito da lei seria, então, o resultado da boa ou má lógica de um juiz; de uma fácil ou difícil digestão; dependeria da violência de suas paixões, da franqueza de quem sofre, das relações do juiz com a vítima e de todas as mínimas forças que alteram as aparências de cada objeto no espírito indeciso do homem⁵.

Neste prisma, a sabedoria popular elucubra “cada cabeça, uma sentença”, tal bordão bem demonstra o quão arraigadas na sociedade estão as inseguranças albergadas no momento de prolação da sentença.

Ademais, conforme será elucidado ao fim do presente capítulo, a dosimetria da pena, por proporcionar ao julgador vasta margem discricionária quanto à valoração dos critérios de sua aplicação, pode, na atual conjuntura político-criminal, ser desvirtuada de modo a servir de legitimação à cultura punitivista, enraizada no corpo social, podendo consistir em um incremento do punitivismo e ensejar um encarceramento massivo.

Por tudo isso, depreende-se que os espaços de discricionariedade presentes no momento de fixação e aplicação da pena pelo juiz, principalmente ante à impossibilidade do magistrado despir-se de todas as influências para julgar o fato delituoso com o devido distanciamento, traz insegurança aos jurisdicionados, que ficam à mercê do acaso, bem como pode ocasionar desvios ao fim da sanção penal,

⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 33-34.

⁵ BECCARIA, 1999, p.33.

tendo potencial de consistir em terreno fértil ao atendimento dos anseios sociais por punição.

2.1 UM OLHAR SOBRE A PENA

De outra banda, torna-se fundamental a exposição dos fundamentos e justificativas da sanção penal, de forma a traçar os alicerces do presente trabalho.⁶

Destarte, tem-se que o crime é sempre uma lesão à coletividade, seja ela mediata ou imediata, cabendo ao Estado, detentor do *jus puniendi*, a definição das condutas consideradas criminosas e a atribuição de sanções aos que as pratiquem.

A pena, no modelo garantista apresentado por Ferrajoli, “não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições”⁷. Desse modo, concebe-se a pena como instrumento de prevenção às reações informais, desmedidas e arbitrárias que sua ausência poderia ensejar.

Assim, a pena consubstancia-se como salvaguarda ao direito do infrator de não ser punido senão pelo Estado. Em outras palavras, o ideal de minimização da punição infligida pela aplicação da pena e a rejeição da violência privada como legítima, confere a transformação da concepção de pena como forma de represália para a concepção de pena como garantia, passando a ser, indubitavelmente, um direito do delinquente de ver-se punido somente por regras predefinidas.

⁶ Outrossim, faz-se necessária uma breve análise das funções da pena. Fernanda Ravazzano aduz que a pena é utilizada de acordo com os fins almejados pelo poder político, de sorte a legitimá-lo. Assim, com o surgimento do Estado liberal, as regras são criadas para consolidar o sistema capitalista emergente. Em sintonia com as necessidades do mercado, as penas passam a exercer um papel de desestímulo à prática de delitos, tanto para o próprio criminoso (prevenção especial) quanto para a sociedade (prevenção geral). Propugna-se, portanto, por uma pena, cuja finalidade reside na prevenção dos delitos e na retribuição pelo injusto praticado. O discurso, ou seja, o que é declarado pela teoria da retribuição, define que a pena é a justa retribuição do crime; na vertente religiosa, consiste na expiação dos pecados do infrator; no sentido jurídico, é a compensação da culpabilidade. As teorias absolutas da pena abarcam a retribuição moral e a retribuição jurídica, entendendo a pena como um fim em si mesma, enquanto as teorias relativas atuam no âmbito preventivo, dirigindo-se tanto à coletividade como ao indivíduo delinquente, neutralizando-o. Nesta última, atribui-se à pena uma utilidade máxima. No século XX, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, que tem por fim a garantia dos direitos fundamentais, surge uma nova finalidade da pena: tornar o indivíduo novamente sociável, ou seja, a ressocialização do condenado. “O Estado intervencionista atua, portanto, como ‘médico social’, capaz de tirar do âmago do indivíduo a vontade de praticar crimes, tornando-o ‘puro’. A ‘ressocialização’, a imposição de honorários e constante vigilância são ferramentas essenciais no processo de anulação do indivíduo” – trata-se da função não declarada da “ressocialização”. Conforme: BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. **Execução penal e o mito da ressocialização: disfunções da pena privativa de liberdade**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 154/179

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 268

Nessa linha, Ferrajoli prescreve que a pena não tem por objetivo a retribuição de um mal mediante outro mal que é a pena, ao contrário, busca proteger o indivíduo da vingança pública e privada, defendendo-o da reação desmedida da vítima e da coletividade⁸. Neste aspecto, o direito penal se transforma em conjunto normativo de tutela dos direitos fundamentais.

A pena apresenta-se, então, como instrumento político de rejeição à vingança, consistindo em limite ao poder punitivo e compreendendo-se como mal menor em relação às possibilidades vindicativas que se produziriam na sua inexistência.

A análise deste controle punitivo institucionalizado perpassa pela concepção de sistema penal. Nessa seara, Eugênio Raúl Zaffaroni propõe:

Chamamos de “sistema penal” ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a ideia de “sistema penal” em um sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, dos juízes, promotores e funcionários da execução penal⁹.

Portanto, o sistema penal não se restringe às normas penais, mas compreende um processo articulado ao qual concorrem todas as agências do controle social formal, desde o Legislador, por meio do mecanismo de produção das normas (criminalização primária), passando pela Polícia, a Justiça e o Ministério Público, ou seja, o processo penal e os mecanismos de aplicação das normas (criminalização secundária).¹⁰

Ante o exposto, conclui-se que a sanção penal precisa ser aplicada e executada pelos órgãos do Poder Público, sem a participação ativa dos envolvidos, tendo como escopo impedir o mal da vingança arbitrária e desmedida operada pela vítima, ou terceiros a ela solidárias, e o excesso punitivo do Estado.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 69-70

¹⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Ilusão de Segurança Jurídica** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 173.

No momento atual, é imperativo que o direito penal seja compreendido sob uma perspectiva garantista e constitucional, pois é somente através de um modelo garantista de potencialização da liberdade e minimização do poder punitivo é que o Estado, efetivamente, poderá cumprir com sua função social.

2.2 CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE

O conceito de discricionariedade emana do Direito Administrativo, devendo ser aplicado, com algumas adaptações, a toda seara do Direito Público. Teresa Alvin assim dispõe: “Cremos que apesar de certas construções jurídicas se conceberem no terreno do direito administrativo, devem aplicar-se a todos os outros ramos do direito público.”¹¹. Desse modo, partindo-se de um viés jusadministrativista, passa-se a contextualizar e conceituar discricionariedade.

A Administração Pública, para o exercício de suas funções, dispõe de certos poderes, estes, essenciais à consecução de seus fins. Tais poderes, no entanto, encontram limitações legais, de modo a impedir abusos e arbitrariedades.¹²

Em determinadas hipóteses essas limitações não atingem todos os âmbitos da atuação administrativa, vez que a lei outorga certa margem decisória à autoridade, que poderá optar por uma dentre as soluções possíveis, todas, porém, válidas perante o direito. “Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador”¹³

Diversamente, porém, do que ocorre com atos vinculados, para os quais o preceito legal anteviu e marcou ponto por ponto o caminho a ser seguido, até as minúcias, nos atos discricionários, a rota foi apenas esboçada genericamente, cabendo à Administração a faculdade de escolha¹⁴.

Com efeito, em inúmeros casos, a necessidade do preceito legal deixa à Administração certa margem de decisão, e é nesta margem que se movimenta a discricionariedade.

¹¹ PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. **Limites à Chamada Discricionariedade Judicial**. Revista de Direito Público. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 158.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 212

¹³ DI PIETRO, 2010. p. 212

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 212

Dessa forma, conclui-se que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites definidos por lei. Se a Administração, no entanto, transpõe tais limites, age de modo arbitrário, contrário à lei.

Os demais doutrinadores conceituam discricionariedade de forma semelhante: Diogo Figueiredo dispõe que “a discricionariedade elege opções balizadas pela lei, no juízo de oportunidade, modo de realização e conteúdo jurídico”.¹⁵

Odete Madaur, de outro lado, prescreve que “a atividade discricionária caracteriza-se, em essência, por um poder de escolha entre soluções diversos, todas igualmente válidas para o ordenamento.”¹⁶

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona:

A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados pelo sistema legal.¹⁷

Discricionariedade não se confunde, porém, com arbitrariedade, enquanto aquela é outorgada por lei, esta agride a ordem jurídica, consistindo em ilícito o ato arbitrário.¹⁸

Guilherme de Souza Nucci traz reflexões sobre a semântica do vocábulo em comento: “Discricionário ou discricional significa ‘deixado à discricção, livre de condições, não limitado’ (Caldas Aulete), sendo, portanto, sinônimo da locução adverbial à discricção.”¹⁹

Na mesma obra, também aduz que:

Os vocábulos discricção, arbítrio, discricionário, discricionariedade, arbitrário e arbitrariedade encerram, é certo, em sentido técnico, a ideia de liberdade do agente público, mas ao passo que discricção, discricionário, discricionariedade servem para designar liberdade limitada, circunstanciada, balizada, regrada em terreno confinado, arbítrio, arbitrário e arbitrariedade são cognatos que se empregam para definir a liberdade ilimitada, sem limites, sem fronteiras²⁰.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 106.

¹⁶ MEDAUR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: RT, 1998, p. 120.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. Ed. Malheiros. São Paulo: 2003, p. 436.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. Ed. Malheiros. São Paulo: 2003, p. 436/437.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3. Ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 52.

²⁰ Idem.

De outra banda, a discricionariedade justifica-se ante a inexecuibilidade de minuciosa regulação pela lei de toda a atividade administrativa, de modo a prever, antecipadamente, todas as possibilidades. A lei, portanto, é omissa pois é impossível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação.

Ante o tema, Maria Sylvia Di Pietro elucida:

Sob o ponto de vista prático, a discricionariedade justifica-se, quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar, isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas²¹.

Embora a discricionariedade na função jurisdicional seja negada por uma doutrina minoritária²², é indubitosa sua existência, vez que inegável o caráter criativo do magistrado na análise do caso concreto.

Com efeito, cabe ao magistrado, ante à ausência de disposição legal, adequar a norma ao caso concreto, moldando-a à situação fática. Tal atributo, consistente na criatividade do julgador, é a chamado discricionariedade judicial.

Vê-se, porém, que a discricionariedade judicial apresenta algumas diferenças em relação à discricionariedade administrativa. Nesse sentido, leciona Teresa Alvim:

O que se pode eleger como traço diferenciador da discricionariedade no campo administrativo e no campo judicial é que, naquele, há várias soluções válidas e a pluralidade de possibilidades é desejada, como única maneira de proporcionar condições para uma boa administração, enquanto nesta a norma é vocacionada a que haja uma só solução, embora possa ocorrer que, faticamente, haja diversas soluções, diferentes umas das outras, e que todas elas subsistam, sendo, não-desejadas (uma só é a desejada) mas 'toleradas' pelo sistema.²³

Assim, a discricionariedade judicial, mais restrita que a discricionariedade administrativa, encontra limites na legalidade, vez que seu poder de escolha está

²¹ DI PIETRO, 2010, p.213.

²² A exemplo de Eros Roberto Grau, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Michel Stassinopoulos. Este último, citado por Di Pietro (2001, p. 74), sustenta que na função jurisdicional existe apenas o trabalho de interpretação, regido pela busca de da única solução possível perante do direito. Frise-se, entretanto, que a discricionariedade não deve ser confundida com a hermenêutica, se a lei oferece uma pluralidade de caminhos, o juiz precisa interpretá-la para verificar o melhor caminho a ser seguido, utilizando-se, portanto, da hermenêutica para agir de forma discricionária e escolher a solução mais justa frente àquelas ofertadas por lei.

²³ PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. **Limites à chamada discricionariedade judicial**. Revista de Direito Público. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 164-165

jungido aos parâmetros legais, bem como está adstrita à finalidade desejada pelo legislador e determinada pela norma.

O juiz, na qualidade de cidadão investido de autoridade pública, com o poder-dever para exercer a atividade jurisdicional, é o Administrador da justiça do Estado²⁴, cabendo-lhe a prudente tutela do poder discricionário no âmbito judicial.

A discricionariedade judicial é, portanto, uma prerrogativa cometida ao juiz, indispensável para integrar a vontade da lei, a fim de executá-la corretamente e garantir a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Ferrajoli faz as seguintes ponderações sobre a discricionariedade judicial:

O poder judicial de disposição consiste precisamente nesta “autonomia” do juiz, chamado a integrar depois do fato o pressuposto legal com valorações ético-políticas de natureza discricionária. Tal poder pode ser absoluto, como nos regimes policiais e na justiça do cádi, onde seu exercício não está vinculado à comprovação de nenhuma condição legalmente preestabelecida ou, então, relativo, como em todos casos nos quais a regra semântica da estrita legalidade só não é satisfeita em certa medida. Está claro que, no primeiro caso, dissolve e, no segundo, debilita não apenas as garantias penais exigidas pela estrita legalidade, mas também aquelas processuais exigidas pela estrita jurisdicionariade: na realidade, acusações como as de “obsceno”, “subversivo” ou “inimigo do povo” – ou inclusive “ultraje”, “desacato”, “plágio”, “atentado” e similares – não só impedem a verificação, mas também a defesa, pois equivalem a caixas vazias ou semivazias, preenchidas potestativamente pelo juiz ao teor de juízos constitutivos e não simplesmente declarativos dos tipos puníveis²⁵.

Resumidamente, observa-se que no Estado de direito a atividade jurisdicional, assim como a administrativa, desenvolve-se, via de regra, de maneira predeterminada, dentro da esfera balizada por normas jurídicas. Assim, discricionariedade apenas existe nos espaços deixados pela lei, sendo a atuação livre do julgador previamente legitimada pelo legislador e balizada pelo fim da norma.

2.3 MARGEM DISCRICIONÁRIA NA APLICAÇÃO DA PENA

Aplicação da Pena é o método judicial de discricionariedade juridicamente vinculada. Nela, o magistrado, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador

²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos Da Teoria Geral Do Estado**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 118

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 163.

(mínimo e máximo abstratamente fixados para a pena) e valendo-se do seu livre convencimento, elege, fundamentadamente, um quantum ideal.²⁶

O Código Penal Pátrio adotou, em seu artigo 68, o sistema trifásico para o cálculo da pena privativa de liberdade. Assim, sobre a pena cominada, numa primeira fase, estabelece-se a pena-base atendendo às circunstâncias judiciais trazidas pelo artigo 59 do CP; em seguida, fixada a pena-base, sobre ela incidirão eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes; por fim, encerrado o quantum da reprimenda, serão consideradas as causas de diminuição e aumento de pena previstas tanto na Parte Geral como na Especial do Código.²⁷

A primeira etapa de aplicação da pena é a fixação da pena-base, nela, parte-se da pena simples ou qualificada, prevista no tipo incriminador, após, incidirão as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, e comportamento da vítima.²⁸

Vê-se que o Código Penal não fixou um *quantum* de aumento de pena às circunstâncias judiciais desfavoráveis ao sentenciado, de modo que cabe ao juiz, de modo fundamentado, fazê-lo. É evidente que pode o julgador, baseando-se nos pesos dos elementos do art. 59 do Código Penal, tender para uma maior ou menor quantidade de pena²⁹.

Como afirma Bitencourt, ao analisar as circunstâncias judiciais,

o Código não estabelece quais devem ser considerados favoráveis ou desfavoráveis ao réu, atribuindo tal função à natureza dos fatos e das circunstâncias, e conferindo ao juiz o dever de investigá-los durante a dilação probatória e, posteriormente, individualizá-los e valorá-los, na sentença³⁰.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 9. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 465.

²⁷ Tais balizas legais à aplicação da pena serão esmiuçadas no capítulo seguinte.

²⁸ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. Ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 442/443.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 9. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 470.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 637

Enquanto a doutrina sugere um peso de 1/8 da pena-base à cada circunstância judicial, a jurisprudência sugere 1/6, mas o certo que não há, na lei, a tal quantificação.³¹

O sopesamento das circunstâncias judiciais fica, portanto, a cargo da análise discricionária do magistrado diante das características do caso concreto, sendo indispensável a devida fundamentação, pois é justamente pelo fato de a lei penal reservar ao juiz um considerável arbítrio na valorização das circunstâncias é que se faz necessário fundamentar a fixação da pena-base.

A segunda fase de aplicação da pena tem o escopo de definir a pena intermediária. Nela, parte-se da pena-base, fixada na etapa anterior, incidindo sobre ela as circunstâncias agravantes (arts. 61 e 62 do CP) e atenuantes arts. 65 e 66 do CP), previstas na parte geral do código. Estas circunstâncias, chamadas de genéricas, não integram a estrutura do tipo penal, mas se vinculam ao crime, devendo ser consideradas pelo juiz.³²

O rol das agravantes previstas nos arts. 61 e 62 do Código Penal é restrito, sendo vedada a sua ampliação, não se admitindo analogia *in malam partem*. Contrariamente, as atenuantes genéricas, favoráveis ao acusado, encontram-se descritas em rol exemplificativo³³.

Registre-se que, “para evitar a dupla valoração em prejuízo do réu (*bis in idem*), o legislador veda a incidência de agravante quando a circunstância já constitua elementar do crime ou sua qualificadora”.³⁴

O legislador, assim como na primeira fase, não fixou um *quantum* de aumento ou diminuição para as circunstâncias agravantes e atenuantes, deixando à prudência do juiz tal quantificação.

Ressalte-se que, inobstante a súmula 231 do STJ, parte da doutrina defende a possibilidade de redução da pena para aquém do mínimo legal nessa fase, sob argumento de que tal vedação violaria princípios constitucionais, como a isonomia e a individualização da pena.

³¹ Idem

³² MASSON, Cleber. **Direito Penal – Vol. 1**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: forense, 2017, p. 749.

³³ Idem.

³⁴ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. Ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 443

A terceira e última fase de aplicação da pena tem por fim a fixação da reprimenda definitiva. Nesta fase, parte-se da pena-intermediária, incidindo-se sobre ela as causas de aumento e diminuição de pena.³⁵

As majorantes e minorantes, como também são chamadas as causas de aumento e diminuição, estão situadas tanto na parte geral como na parte especial do Código Penal, bem como podem ser encontradas na legislação extravagante. São definidas por lei e geralmente representado por uma fração. Podem, porém, ser previstas em quantidade fixa ou em quantidade variável, ficando, nessa última hipótese, a cargo do julgador, dentro da margem permitida em lei, a definição do *quantum* de aumento ou diminuição a ser aplicado ao caso concreto³⁶.

Nessa fase de aplicação da pena, as causas de aumento e diminuição, por integrarem a estrutura típica do delito, permitem a fixação da pena para além do patamar máximo, bem como permitem sua redução para aquém do patamar mínimo legalmente previsto.³⁷

Ante o exposto, vê-se que a abertura existente na análise das circunstâncias judiciais objetivas e subjetivas, decorrente da falta de conceituação legal do significado concreto de cada uma dessas circunstâncias, bem como da falta de previsão em lei de uma fração de aumento ou diminuição da pena, tal como ocorre nas segunda e terceira fase do sistema trifásico, deixa a critério do julgador o patamar de aumento de cada circunstância que considere desfavorável.

Assim, a dosimetria da pena proporciona ao julgador ampla margem de discricionariedade na valoração dos critérios em cada uma das fases do sistema trifásico de aplicação da pena, o que pode ensejar, no caso concreto, decisões díspares em casos semelhantes.

2.4 DESVIOS DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL EM PROL DO PUNITIVISMO ESTATAL

O desvio de poder é uma competência em disritmia com a finalidade legal devida, no desvio há uma finalidade exorbitante, indevida. O desvio ocorre quando a

³⁵ Idem.

³⁶ PRADO, Luiz Reis. **Curso de direito penal brasileiro; parte geral, arts. 1º ao 120**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

³⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. Ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 445

autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diverso daquele fixado por lei.³⁸ Há desvio mesmo que com fim de atingir interesse público, bastando o mero descompasso entre o fim legal e o fim aposto.

Nesse sentido, dispõe Waline:

Ora, se o Administrador, no uso do poder discricionário de que dispõe, deixa de atender ao fim legal a que está indissoluvelmente ligado, é claro que exorbita do poder que a lei lhe conferiu. Daí, o dizer-se com inequívoca precisão que o fim legal é o teto, a baliza, a faixa demarcadora do poder discricionário, limite no qual esbarra a discricionariedade.³⁹

Todo uso dum tal poder com finalidade, mesmo de utilidade pública, mas diverso daquele previsto e desejado pelo legislador, constitui desvio de poder, configurando caso de nulidade do ato administrativo.⁴⁰

Sob esse prisma, a dosimetria da pena, imersa em um complexo e assistemático modelo, sobretudo por conter conceitos vagos, lacunosos, contradições legais e imprecisas fórmulas jurisprudenciais, é um momento de intervenção judicial em que há grande discricionariedade, estando sujeita, enquanto prerrogativa atribuída ao juiz, a desvios.⁴¹

Com efeito, a existência de conceitos vagos, tais como conduta social e personalidade do agente, corrobora para que as percepções psicológicas do julgador sobre o crime e o criminoso sejam utilizadas a fim de majorar a pena-base⁴², consistindo em um terreno fértil para o atendimento aos anseios sociais por punição e potencialização do encarceramento massivo.

Outrossim, a difusão constante pelos meios de comunicação de massa de indicadores de análise como sentimento de impunidade e sensação de insegurança, bem como a comum exposição da quantidade e gravidade de crimes, terminam por criar um estado de pânico social, que avulta as demandas carceirizantes.⁴³

É propagado um discurso de medo no seio social através de uma retórica que qualifica determinados indivíduos como potencialmente perigosos e que, por

³⁸ JÚNIOR, José Cretella. **Curso de Direito Administrativo**. Forense. SP 2000. P. 292

³⁹ Waline, Droit Administratif, 9ª ed., 1963, p. 451 Apud JÚNIOR, José Cretella, **O “desvio de poder” na administração pública**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 33.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 156.

⁴² Idem.

⁴³ GLASSNER, Barry, **Cultura do Medo**. Francis: 2003, p. 26.

isso, devem ser segregados, legitimando-se arbitrariedades punitivas por parte das autoridades públicas, bem como a restrição de direitos e garantias individuais.

Portanto, a cultura punitivista, extremamente enraizada no corpo social e difundida pelas mídias, leva à errônea crença de que o recrudescimento da lei penal, bem como do o aumento de medidas pró-cárcere, seriam ferramenta eficaz no combate à criminalidade.

Desse modo, os indivíduos criminosos, pertencentes em sua grande maioria aos segmentos sociais mais vulneráveis⁴⁴, são tidos como inimigos da sociedade, considerados como entes perigosos ou daninhos, que devem ser eliminados da coletividade, de modo que o poder punitivo os discrimina dos demais membros da sociedade.

Nessa esteira, torna-se necessária uma breve ponderação a respeito do direito penal do inimigo, terminologia criada em 1985 pelo alemão Günter Jakobs⁴⁵ em referência a uma série de indivíduos que, de acordo com o contexto histórico e cultural inseridos, são privados da condição de pessoa e, por este motivo, recebem tratamento diferenciado por parte dos demais, das instituições públicas e do sistema penal.

Jakobs identifica a existência do fenômeno do direito penal do inimigo através de institutos específicos da legislação penal, que (i) incriminam sujeitos com base na sua periculosidade em potencial; (ii) restringem garantias processuais; (iii) cominam penas exacerbadas.⁴⁶

O principal atributo do inimigo consiste na negação de sua humanidade. Os sujeitos assim considerados representam, na visão da coletividade, um risco à ordem social, à manutenção pacífica da vida comum. Dessa forma, tais indivíduos são

⁴⁴ Conforme pesquisa do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em 2014 os presos acusados de cometer crimes contra o patrimônio correspondiam a 46% da população carcerária no Brasil. Ainda de acordo com a pesquisa do DEPEN, 75,08% do total de detentos em 2014 nunca havia frequentado a escola ou havia frequentado apenas o ensino fundamental e 61,67% deles eram negros, dados que bem demonstram a estreita relação entre pobreza e cárcere no Brasil. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>. Acesso em: 15 jan 2018.

⁴⁵ SILVA, Ivan Carlos da. **O direito penal do inimigo**. Disponível em: <http://unisinus.br/blogs/ndh/2013/07/29/o-direito-penal-do-inimigo/>. Acesso em 17 de jan 2018.

⁴⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**, 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012., p. 90.

apenas considerados sob o aspecto da periculosidade que supostamente representam.

Nessa sistemática, é precisamente o caráter perigoso do inimigo que justifica sua privação de certos direitos individuais que são garantidos aos demais cidadãos. Destarte, é também essa suposta ameaça por eles caracterizada que legitima medidas de controle pelo Estado.

A materialização de um direito penal do inimigo, marcado pela seletividade do poder punitivo e privação da condição de pessoa, não coaduna com a essência de um Estado de garantias, sendo próprio de um Estado absoluto.⁴⁷

Há, portanto, uma perigosa ameaça às garantias basilares de um Estado Democrático de Direito, pois a ideologia da segurança nacional, na ampliação do desejo pelo poder punitivo, ultrapassa as barreiras das garantias constitucionais.

Deve-se analisar criticamente discursos que prometem segurança e proteção da ordem pública, bem como combate ao aumento da criminalidade, que, para tanto, legitimam medidas repressivas e carcerizantes que por vezes, em prol de tais discursos, terminam por mitigar os princípios e garantias constitucionais.

De outra banda, como bem observa o sociólogo e autor do livro “cultura do medo” Barry Glassner, os pânicos morais⁴⁸, são, em verdade, amplificados pelos meios de comunicação de massa, que interpretam e expressam incidentes isolados como epidemias, causando traumas sociais.⁴⁹

Há, portanto, uma difusão do medo como forma de manipulação e dominação da sociedade, utiliza-se do medo como estratégia de controle. Conforme enuncia a socióloga Vera Malaguti Batista “a difusão do medo é mecanismo indutor e justificador de políticas autoritárias de controle social”.⁵⁰

Os meios de comunicação, indubitavelmente, representam o principal mecanismo indutor e justificador de políticas repressivas, por se tratarem do canal necessário entre o sistema penal e a sociedade.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 11.

⁴⁸ Conceito introduzido pela teoria do etiquetamento e trabalhado por Stanley Cohen no estudo *Folk Devils and Moral Panics* (1972).

⁴⁹ GLASSNER, Barry, **Cultura do Medo**. Francis: 2003, p. 26.

⁵⁰ BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro. Dois tempos de uma história**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2009. p. 53.

Assim, essas criações discursivas que manipulam o medo tornam-se aptas a legitimar tratamentos discriminatórios a inimigos, na grande maioria das vezes lastrando-se em supostas ameaças à sociedade, justificando uma atuação repressiva ilimitada mediante o desenvolvimento de situações de emergência que as demandam. É por isso que a ampla difusão do medo no corpo social é fundamental para dar coesão à sistemática punitiva.

Os magistrados, também influenciados pelos meios de comunicação social de massa que a todo tempo reivindicam a ampliação do poder punitivo, sofrem pressões deste novo autoritarismo, de modo que a sentença que colide com esse discurso midiático corre o risco de ser estigmatizada.⁵¹

Diante dos reclamos sociais por medidas repressivas, o juiz, na condição de intérprete da lei, termina, mesmo que de maneira inconsciente, por reproduzir e confirmar os discursos carceirizantes ao aplicar a pena, desvirtuando o poder discricionário que possui em prol do incremento do populismo punitivo.

Conclui-se, assim, que dentre os inúmeros atores que compõem a cena judicial brasileira, a magistratura criminal adquire importante papel em razão da possibilidade de definição, em concreto, dos rumos da política criminal.

Destarte, qualquer proposta político-criminal, seja de natureza garantista ou inquisitiva, não subsiste sem a concretização dos seus postulados pelos atores judiciais. A atuação da magistratura, na resistência ou em adesão aos discursos punitivistas, é fundamental ao diagnóstico do estado da política criminal.

Outrossim, dentre os inúmeros momentos de intervenção judicial que possibilitam o estabelecimento de filtros ao aumento irracional da punitividade, a aplicação da pena, como etapa final da sentença penal condenatória, tem destacado papel.

Portanto, torna-se fundamental o estudo pormenorizado das balizas legais que norteiam a aplicação da pena e, especificamente, as margens discricionárias presentes neste relevante momento de intervenção judicial.

⁵¹ ABRÃO, Guilherme Rodrigues; KLARMANN, Rafael; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. **Breves considerações sobre a garantia da fundamentação judicial: o mito da neutralidade. Requisitos e vícios da decisão.** Revista jurídica UNIGRAN, Mato Grosso do Sul, v. 11, n. 22, jul./dez. 2009.

3 BALIZAS LEGAIS À APLICAÇÃO E FIXAÇÃO DA PENA

Após a identificação dos espaços de discricionariedade presentes na aplicação da pena feita no capítulo anterior, torna-se necessário um estudo mais minudente a respeito deste momento de intervenção judicial.

A aplicação da pena é o momento em que o julgador, operando dentro das margens máximas e mínimas previamente estabelecidas pelo legislador, deve estabelecer, de maneira proporcional, a relação entre o crime e a pena necessária e suficiente à sua prevenção e repressão⁵².

O Código Penal Pátrio adotou, em seu art. 68, o critério trifásico para a aplicação da pena, conforme esse critério, a pena é estabelecida em três fases distintas e interligadas em seus elementos: a primeira destina-se à fixação da pena-base a partir das circunstâncias judiciais do art. 59; em seguida, incidem sobre a pena-base a circunstâncias legais (atenuantes e agravantes), previstas nos arts. 61 a 66; e, por fim, são apostas as causas de aumento e diminuição, previstas tanto na Parte Geral como na parte Especial do Código. Vincula-se o critério trifásico ao magistério preconizado por Nelson Hungria.⁵³

Ao predeterminar as fases e os parâmetros para a fixação da pena, o Código Penal tem como finalidade exigir do juiz uma zelosa ponderação dos efeitos sociais da pena e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização da pena.

Porém, não obstante a tentativa de redução ao máximo do arbítrio do julgador, ainda permanecem elevados os espaços de discricionariedade, notadamente quando da fixação da pena-base em virtude dos tipos penais abertos previstos no caput do art. 59 do Código Penal.⁵⁴

Registre-se que no capítulo seguinte a aplicação da pena será analisada de modo concreto, através da exposição e análise crítica de sentenças proferidas pelo Judiciário baiano.

⁵² BOSCHI, José Antonio Paganella at all. **Sentença Criminal e aplicação da pena: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade**. Salvador: jusPODIVM, 2017, p. 343.

⁵³ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. Ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 441.

⁵⁴ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 156.

Passa-se, nesse momento, a examinar as etapas e correspondentes regras que dispõe sobre como devem ser calculadas as penas base, provisória e definitiva.

3.1 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

As circunstâncias judiciais constituem particularidades que envolvem a figura do delito e têm caráter residual⁵⁵. Estão previstas no artigo 59 do Código Penal e não possuem expressa definição ou quantificação legal, de modo que surgem, em última análise, da avaliação do juiz, ao estabelecer a pena-base.⁵⁶

São oito as circunstâncias judiciais, sendo elas divididas em objetivas e subjetivas. As objetivas são relacionadas a elementos externos do crime e consistem nas circunstâncias e consequências do crime, além do comportamento da vítima, enquanto as subjetivas referem-se ao autor responsável pela conduta criminosa e consistem em culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos do crime.⁵⁷

As circunstâncias judiciais, principalmente as subjetivas, por possuírem maior grau de abstração, dão abertura para que aspectos psicológicos do julgador integrem sua motivação, o que tem o condão de potencializar o punitivismo estatal.

De fato, as circunstâncias judiciais caracterizam-se pela tipicidade aberta, já que, diferentemente das circunstâncias previstas nas segunda e terceira fases de aplicação da pena, não estão previamente definidas em lei.

Fica, pois, ao critério do juiz se determinada circunstância judicial objetiva ou subjetiva será, no caso concreto, utilizada como critério de aumento ou de diminuição, aproximando a pena-base do mínimo ou do termo médio.

⁵⁵ Apenas consistem em circunstâncias judiciais àquelas particularidades que não possam integrar a tipicidade derivada ou as circunstâncias legais.

⁵⁶ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: jusPODIVM, 2017, p. 442.

⁵⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 516.

3.1.1 Culpabilidade

A culpabilidade como elemento do crime já foi analisada justamente para que o juiz chegasse à conclusão de que o réu merece ser condenado. Logo, não mais tem cabimento cuidar dos requisitos que a compõe, em sentido estrito.⁵⁸

No momento que fixa a pena o julgador leva em conta a culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem⁵⁹. Exige-se do juiz a avaliação da censura ao crime destinada, justamente para norteá-lo na fixação da sanção penal merecida.

A culpabilidade, como critério limitador da pena, justifica-se ante à necessidade de limitação do poder estatal à medida da culpabilidade do fato, pois um Estado que se auto classifique como Estado Social e Democrático de Direito não pode utilizar o indivíduo como instrumento a serviço dos fins de prevenção geral⁶⁰.

A culpabilidade relaciona-se com a censura da conduta praticada. No plano fático, tal conceito apresenta elevado grau de imprecisão, podendo assumir conotações várias e possibilitando o aumento da pena-base por motivações vagas, sem indicação de causas concretas que justifiquem o acréscimo da pena.

No mais das vezes, há uma valoração da culpabilidade com fundamento na reprovabilidade intrínseca à própria conduta, utilizando-se de elementos vinculados ao próprio tipo penal, o que contribui para um aumento do punitivismo por parte do julgador, que foge à proporcionalidade.

Ademais, há uma tendência em abdicar do fato e julgar o autor, isto é, ao invés de se analisar o crime concretamente, é realizado um juízo pessoal acerca do criminoso, em um verdadeiro direito penal do autor.

3.1.2 Antecedentes

No que se refere aos antecedentes criminais, estes dizem respeito ao histórico criminal do réu que não se presta para efeitos de reincidência. Trata-se de tudo que

⁵⁸ ROING, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 141;

⁵⁹ JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal – Parte generale**, 5. ed. Ren. y ampl. Granada: Comares 2002, p. 956.

⁶⁰ CHOCLÁN MONTALVO, José António. **Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidade y la prevención en la determinación de la sanción penal**. Madrid: Dykinson, 2001, p. 52-53.

ocorreu, no campo penal, ao agente antes da prática do fato criminoso, ou seja, sua vida pregressa em matéria criminal.⁶¹

Ademais, em razão do princípio da presunção de inocência, somente revela ser possuidor de antecedentes criminais o agente que possui contra si sentença penal condenatória transitada em julgado.

Nesse sentido, inquéritos policiais, ações penais em andamento e sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado não podem ser consideradas como maus antecedentes para a exasperação da pena-base.⁶²

Acrescente-se, que a reincidência é erroneamente utilizada por muitos magistrados como dupla apenação pelo mesmo fato. Dessa forma, se o juiz constatar que houve reiteração criminosa, após a condenação anterior, dentro do prazo dos cinco anos, a contar da extinção da punibilidade, com as ressalvas do artigo 64 do Código Penal, deve aplicar somente a agravante do artigo 61, inciso I. Entretanto, os julgadores têm a errônea prática de, possuindo o agente várias condenações anteriores, considerar uma delas para efeito de gerar reincidência e as demais como maus antecedentes. Sustentam inexistir, nessa hipótese, *bis in idem*, pois são elementos geradores diversos⁶³.

Tal postura deve, no entanto, ser rechaçada, vez que, conforme entende parte da doutrina nacional e defende-se aqui, não se pode admitir uma “etiquetagem para o indivíduo como sendo portador de maus antecedentes que perdura eternamente”⁶⁴.

3.1.3 Conduta Social

A circunstância judicial concernente à conduta social tem caráter comportamental, revelando-se pelo relacionamento do réu no seio social, familiar e profissional, isto é, tal circunstância guarda relação com o comportamento do indivíduo no mundo exterior que habita.⁶⁵

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza, **Individualização da Pena**, cit., p. 197.

⁶² Superior Tribunal de Justiça, súmula 444: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravação da pena-base”.

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 181.

⁶⁴ GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva 2013, p. 735.

⁶⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 522.

Diz respeito, portanto, ao modo como o acusado relaciona-se com o grupo social onde convive, podendo ser a família, a igreja, a escola, seu trabalho, dentre outros, razão pela qual Guilherme de Souza Nucci prefere a expressão inserção social⁶⁶.

A forma de aferição dessa circunstância faz-se por todos os meios legítimos admitidos; normalmente é avaliada mediante afirmações do próprio réu, na fase de interrogatório, e das testemunhas principalmente as de defesa, que no momento da oitiva atestam ser o acusado “pessoa honesta e trabalhadora, tendo bom convívio social”.

Tal circunstância, quando enfrentada pelo julgador, serve, comumente, aos propósitos de intensificação do rigor penal, mediante juízos morais e atécnicos.⁶⁷ De fato, é comum os juízes limitarem-se a afirmar laconicamente que o acusado não possui boa conduta social, redundando tal conclusão em acréscimo em sua pena base. Novamente, o juiz deve estar antenado com tais possibilidades, para não incorrer na injustiça e arbitrariedade de agravar a punição daquele que primeiro teve seus direitos básicos de cidadão negados pelo Estado⁶⁸.

3.1.4 Personalidade do agente

A circunstância concernente à personalidade do agente se expressa de diferentes maneiras, aferindo-se o comportamento, pensamento e emoções do sujeito. Assim, a personalidade pode ser definida como o conjunto de características psicológicas que determinam a individualidade pessoal e social de determinada pessoa⁶⁹.

⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, **Individualização da Pena**, cit., p. 201.

⁶⁷ ROING, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 153.

⁶⁸ HC 92295/RJ. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgamento: 24/06/2008. Publicado no DJ: 15-08-2008. Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ARTS. 59 E 68, CP. ART. 93, IX, CF. 1. O recurso ordinário interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça é centrado na questão da alegada ausência de fundamentação da sentença e do acórdão na dosimetria da pena imposta ao recorrente. 2. A sentença cumpriu rigorosamente o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, analisando detidamente as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal. Não houve nulidade da sentença por ausência de fundamentação quanto à dosimetria da pena. 3. O juiz sentenciante analisou as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, tendo expressamente apontado seus péssimos antecedentes criminais, sua personalidade perigosa, sua má conduta social, e as nefastas consequências e circunstâncias do crime. 4. A sentença condenatória cumpriu rigorosamente o disposto nos arts. 59 e 68, ambos do Código Penal. 5. Recurso improvido.

⁶⁹ MASSON, Cleber. **Direito Penal – Vol. 1**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: forense, 2017, p. 746

A personalidade significa máscara, derivativa do latim *persona*⁷⁰. Muito embora prevaleça no meio jurídico o brocardo de que o juiz é o perito dos peritos, uma vez que nenhum outro pode fazer prevalecer seu ponto de vista de forma coativa através da sentença, é inegável que o magistrado deve buscar outros elementos para uma aferição mais precisa e justa da personalidade do acusado.

Juarez Cirino, com base em pesquisa empírica realizada por Gilberto Ferreira, afirma que a personalidade determina a pena-base de forma superior ao mínimo legal em 47,7% dos casos, na maioria das vezes com fórmulas inócuas, tais como “personalidade distorcida” ou “personalidade voltada para o crime”.⁷¹

O importante a esclarecer é que o magistrado não tem condições de estabelecer no processo penal um juízo sobre a personalidade do acusado e as decisões padecem de fundamentação, consistem em verdadeira afronta aos princípios da ampla defesa e da estrita jurisdicionalidade.

3.1.5 Motivos

O motivo, no sentido de móvel do crime, designa o aspecto dinâmico de impulsos instintivos, estímulos internos determinados de egoísmo, cólera, prepotência, luxúria, ganância, avidez, cobiça, vingança etc., que conferem qualidades negativas à conduta, ou, ao contrário, sentimentos de gratidão, honra, revolta contra injustiças etc., que indicam qualidades positivas da conduta, relevantes para fixação da pena-base.⁷²

Os motivos do crime relacionam-se, portanto, às razões de ordem subjetiva que levaram o agente à prática do ilícito penal, referindo-se à origem da vontade criminosa. Dessa forma, de acordo com os motivos que levaram o réu a delinquir, sua conduta poderá ser mais ou menos reprovável aos olhos do julgador.

Acerca do tema, Ricardo Schmitt dispõe:

Deve ser valorado tão somente o motivo que extrapole o previsto no próprio tipo penal, sob pena de incorrerem em bis in idem. O motivo da infração, assim como as demais circunstâncias judiciais, não pode ser valorado negativamente quando integrar a definição típica, nem quando caracterizar

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**, cit., p. 212.

⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 523.

⁷² FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 91.

circunstância atenuante ou agravante, além de causa especial de diminuição ou de aumento de pena.⁷³

Assim, quando os motivos do crime são inerentes à espécie delitiva, não podem ser considerados desfavoravelmente pelo magistrado para exasperar a pena-base, sob pena de se incorrer em dupla valoração (*bis in idem*), vedada pelo ordenamento jurídico.

3.1.6 Circunstâncias

As circunstâncias do crime são elementos acidentais que não estão definidos na lei penal, compreendendo as particularidades do caso concreto que ao juiz cabe ponderar. São, portanto, circunstâncias diversas das genéricas circunstâncias agravantes ou atenuantes.⁷⁴

As circunstâncias do delito têm natureza objetiva e são elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo. Quando expressamente previstas em lei, são chamadas de legais, quando genericamente previstas, são tidas como judiciais.

As circunstâncias se relacionam, portanto, ao *modus operandi* empregado na prática do delito, podem ser incluídos o lugar do crime, o relacionamento do agente com a vítima, as condições e modos de agir, o objeto utilizado, o tempo de duração da ação delituosa, entre outras.⁷⁵

3.1.7 Consequências

As consequências do crime são os efeitos da conduta do agente, devendo ser valoradas negativamente apenas aquelas consequências que se sobrepõem ao fato típico, isto é, que causem uma lesão jurídica de maior intensidade à vítima, aos seus familiares ou à sociedade.⁷⁶

Juarez Cirino leciona que para considerar as consequências extratípicas do fato na medida da pena, o princípio da culpabilidade exige previsão ou, ao menos, previsibilidade do autor.⁷⁷

⁷³ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: teoria e prática**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 134.

⁷⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 525.

⁷⁵ ROING, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 174.

⁷⁶ GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 142.

⁷⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 526.

3.1.8 Comportamento da Vítima

Com o advento da Lei nº 7.209/84, a circunstância judicial do comportamento da vítima assumiu ares de maior importância, em virtude do avanço da vitimologia, braço da criminologia, que passou a considerar a contribuição do sujeito passivo para a eclosão do crime.⁷⁸

O comportamento é o modo de agir da vítima, o qual pode contribuir para a prática do crime pelo agente. Aquele que cria situações que se constituem em facilitadores ou mesmo em incentivadores para a prática do delito, possibilita ao julgador abrandar seu juízo de reprovação da conduta do acusado.

Destarte, o comportamento da vítima, em diversos casos influi na prática delitiva, merecendo, por conseguinte, a devida apreciação dogmática e judicial. Em determinadas hipóteses, possui o condão de afastar a responsabilização criminal do agente, atuando como eximente da tipicidade. Em outros casos, a conduta do ofendido será objeto de análise em sede de determinação judicial da pena.⁷⁹

3.2 CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS

As circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) são todas particularidades envolvendo a prática do delito (fato e autor), devidamente previstas em lei, logo, cuja descrição é feita pelo próprio legislador na elaboração da legislação penal.

As agravantes e atenuantes possuem características próprias, quais sejam: são legais, genéricas, taxativas e obrigatórias. São legais, porque previstas na lei, salvo as atenuantes inominadas previstas no artigo 66 do Código Penal. São genéricas, porque incidem sobre todos os fatos ilícitos previstos no ordenamento jurídico. São taxativas, porque não comportam interpretação extensiva, por ofensa ao artigo 5º XXXIX, da Constituição Federal brasileira de 1988, salvo as atenuantes inominadas. Por fim, são obrigatórias porque sempre atuarão, exceto quando constituírem ou qualificarem o crime.⁸⁰

As agravantes são circunstâncias legais genéricas, válidas para aplicação a qualquer crime e acham-se previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal Brasileiro.

⁷⁸ NETO, Inácio de Carvalho. **Aplicação da Pena**, cit., p. 75

⁷⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 183.

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza, **individualização da pena**, cit., p.169

As atenuantes, por sua vez, são circunstâncias legais genéricas aplicáveis a qualquer delito, envolvendo o fato ou autor e estão descritas nos artigos 65 e 66 do Código Penal Pátrio.

É mister seja ressaltado que diferentemente das agravantes, nas atenuantes o juiz pode conhecer de outras não elencadas em lei. São as chamadas atenuantes inominadas, que têm previsão no artigo 66 do Código Penal. Por uma razão muito simples, não existe a possibilidade de haver agravante genérica, pois consistiria em uma forma de interpretação ampliativa em desfavor do acusado.

Salo de Carvalho entende que, apesar de não previsto como circunstância atenuante no art. 65 do Código Penal, o princípio da co-culpabilidade foi aderido pela sistemática circunstâncias inominadas do art. 66 do Código Penal. Essa atenuante refere-se à parcela de culpa que a sociedade tem pelas possibilidades sonegadas ao acusado, que será culpável apenas e tão somente diante das possibilidades sociais que lhe foram ofertadas.⁸¹

Entende ainda Salo de Carvalho que a análise do princípio da co-culpabilidade não se restringe apenas à situação econômica do condenado, mas também a suas condições de formação intelectual, pois a culpabilidade é movida pela autodeterminação do indivíduo diante do caso. Análise essa já utilizada pela Lei nº 9605/98, em seu art. 14, I, e passível de ser estendida ao Código Penal, analogicamente em benefício do condenado.⁸²

Pontue-se que, inobstante a disposição da súmula 231 do STJ⁸³ de impossibilidade de redução da pena para aquém do mínimo legal nessa fase, parte da doutrina defende a possibilidade de fixação da pena provisória abaixo do mínimo legalmente cominado no tipo penal, sendo este o posicionamento aqui defendido.

De fato, o entendimento de que seria impossível tal redução desconsidera o sentido e a finalidade da garantia da individualização das penas e nega a vigência ao artigo 65 do Código Penal, violando, por consequência, o princípio da legalidade.

⁸¹ CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**, cit., p. 74-75.

⁸² Lei nº 9605/98. Art. 14. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I – baixo grau de instrução ou escolaridade do agente; II – arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa de degradação ambiental causada; III – comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental; IV – colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental.

⁸³ “ A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

No que concerne ao quantum da agravação ou da atenuação, a lei não traz parâmetros objetivos, ficando ao livre e prudente arbítrio do juiz. Assim, o juiz de forma clara e fundamentada, explicitará as razões de seu convencimento.

Guilherme de Souza Nucci pondera contrariamente ao livre arbítrio do juiz, expondo que cada agravante ou atenuante deve ser equivalente a um sexto da pena-base, pois se trata do menor valor de aumento ou diminuição, quando previstos pelo legislador, no tipo derivado. E acrescenta que, se assim o fizer, dará margem para compensar, umas com as outras.⁸⁴

Esse é o entendimento também de Cesar Roberto Bitencourt:

O Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando ao prudente arbítrio do juiz. No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas comificadoras da pena que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes).⁸⁵

Ao final da segunda fase, quando houver o concurso de atenuantes e agravantes, deve se levar em consideração as circunstâncias preponderantes, como os motivos do crime, a personalidade do réu e a reincidência, conforme dispõe o art. 67 do Código Penal.⁸⁶

A aplicação da pena neste segundo momento confere, assim como na primeira fase, um grande arbítrio ao julgador, haja vista propiciar a formação de um juízo de valor mais negativo do que positivo em relação ao condenado, resultando em uma maior quantificação da pena.

3.3 CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO

Vencidas as duas primeiras etapas do método trifásico para a fixação da pena, caberá ao juiz analisar a última delas através da observação das causas de diminuição e aumento de pena, conforme previsto na parte final do artigo 68 do Código Penal.

Nessa fase de fixação da pena, o julgador observará a existência das chamadas causas de aumento e diminuição da pena, que podem ser facilmente

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**, cit., p. 231.

⁸⁵ BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, cit. P.557

⁸⁶ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: jusPODIVM, 2017, p. 448.

encontradas na parte geral e na parte especial do Código Penal, pelo fato de serem apresentadas nas normas sempre em forma de fração.

As causas de aumento são circunstâncias legais específicas que obrigam o juiz a aplicar a elevação da pena em quantidades estabelecidas pelo próprio legislador, na forma de cotas fixas ou variáveis. As causas de diminuição, por outro lado, são também circunstâncias legais específicas, mas que determinam a redução da pena obrigatoriamente pelo juiz, levando em conta as quantidades pré-estabelecidas em cotas fixas ou variáveis pelo próprio legislador.⁸⁷

Diversamente das atenuantes e agravantes, as causas de aumento e diminuição de pena podem elevar a pena além do máximo abstratamente cominado e aquém do mínimo. Destarte, a expressão “causa facultativa” de redução da pena, aliada ao termo “pode” empregado pelo CP nas disposições que a contêm, não indica poder o juiz reduzir ou não a sanção penal, segundo seu puro arbítrio, não obstante a presença das circunstâncias exigidas. Se estas se mostram presentes, a redução é obrigatória, reservando-se ao juiz a tarefa de determinar o quantum da diminuição.⁸⁸

Outra distinção entre as causas de aumento e diminuição de pena e as agravantes e atenuantes é de aspecto topográfico, já que as primeiras encontram-se disseminadas por todo o Código Penal e as segundas, apenas na parte geral.

As majorantes e minorantes, como também são chamadas as causas de aumento e diminuição, podem ser estabelecidas em quantidades fixas (por exemplo, metade, dobro, triplo, um terço...) ou variáveis (por exemplo, um a dois terços).⁸⁹ Nessa última hipótese, por não haver critérios legais para a fixação do *quantum* de aumento ou diminuição, fica a critério do juiz, de modo fundamentado, a definição. Sempre tendo presente que o prudente arbítrio do juiz não o dispensa de fundamentar sua decisão.

Observe-se que quanto mais grave for a conduta do agente, merecendo uma pena-base mais próxima da média, a agravante terá preponderância e a atenuante será menos considerada. Em caso contrário, a regra se inverte.

⁸⁷ MASSON, Cleber. **Direito Penal – Vol. 1**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: forense, 2017, p. 784.

⁸⁸ JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal, Vol. 1**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 623.

⁸⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, cit. p.762.

Após a fixação da pena com base nos critérios do art. 68 do Código Penal, o juiz na sentença deverá ainda estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena, conforme dispõe o inciso III do art. 59 do Código Penal e, para tanto, deverá fazê-lo motivadamente, conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça.⁹⁰

Em sequência, após a fixação da pena e de seu regime inicial de cumprimento, deverá o juiz decidir sobre a eventual possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou de aplicação da suspensão da pena.

Por fim, passa o magistrado à detração penal, que consiste no cálculo de redução da pena privativa de liberdade do período de prisão provisória ou de internação para tratamento psiquiátrico em que o sentenciado cumpriu anteriormente.⁹¹

Registre-se que as individualizações secundária (opção pelo regime de cumprimento da pena privativa de liberdade) e terciária (substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa, ou opção pela suspensão condicional da pena) da pena não serão aqui aprofundadas por não consistirem objeto do presente trabalho, que tem como recorte apenas a individualização primária (eleição do *quantum* da pena prevista no preceito sancionador).

⁹⁰ REsp 930102/SC. Relator: Ministra Jane Silva. Julgamento: 06/12/2007. Publicado no DJ 07-02-2008. RECURSO ESPECIAL – ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS – PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – REGIME INICIALMENTE FECHADO - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – IMPOSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – POSSIBILIDADE – RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS. 1- O regime inicial de cumprimento da pena deve considerar a quantidade de pena imposta e a análise das circunstâncias judiciais. 2- A escolha do regime fechado deve ser concretamente fundamentada, principalmente se a dosagem final da pena permitir, em tese, regime menos grave. 3- A gravidade abstrata do crime, por si só, não pode levar à determinação do regime fechado inicialmente, pois esta já foi considerada na escala penal a ele cominada. 4- Presentes os requisitos elencados no artigo 44, do Código Penal e ausente qualquer vedação legal, deve ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 5- Recursos conhecidos e providos.

⁹¹ JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal, Vol. 1.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 526/527

4 REFLEXOS DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NO *QUANTUM* DE PENA APLICADA: ANÁLISE DE SENTENÇAS

O presente capítulo, tomando por base o estudo da dosimetria da pena feito no capítulo anterior, tem por objetivo a análise qualitativa de quatro sentenças relativas ao crime de roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo, prolatadas entre os anos de 2011 e 2017 no âmbito do Judiciário baiano.

Urge observar, na análise das mencionadas sentenças, a discrepância entre as penas cominadas, que variam de 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão até espantosos 14 (quatorze) anos de reclusão, embora as circunstâncias fáticas sejam semelhantes. O momento de fixação da pena-base, etapa com maior subjetivismo, registra as maiores disparidades e desvios.

A metodologia utilizada foi a análise de conteúdo, que consiste em um conjunto de ferramentas utilizadas para extrair dados do texto e, a partir deles, elaborar inferências partindo do marco teórico proposto.⁹²

A escolha pelo crime de roubo justifica-se ante à latente seletividade penal observada, principalmente, nos delitos patrimoniais, cujos autores são, em sua ampla maioria, indivíduos pertencentes às camadas mais pobres e vulneráveis da sociedade⁹³, o que bem representa a influência no país de um processo de exclusão social herdado de um passado de escravidão e quem tem reflexos no fenômeno da criação do inimigo social.

Dessa forma, em meio ao avanço do punitivismo, observa-se uma seletividade penal, o criminoso passa a ser visto como o principal propagador da violência no meio social, sendo considerado inimigo interno da sociedade, a ele não sendo salvaguardadas as garantias fundamentais constitucionalmente previstas.

É diante deste panorama que se verifica, a partir da análise das mencionadas sentenças, como os espaços de discricionariedade existentes na dosimetria da pena colaboram para o atendimento pelo juiz dos clamores sociais por punição, levando a

⁹² BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 9

⁹³ Conforme pesquisa do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em 2014 os presos acusados de cometer crimes contra o patrimônio correspondiam a 46% da população carcerária no Brasil. Ainda de acordo com a pesquisa do DEPEN, 75,08% do total de detentos em 2014 nunca havia frequentado a escola ou havia frequentado apenas o ensino fundamental e 61,67% deles eram negros, dados que bem demonstram a estreita relação entre pobreza e cárcere no Brasil. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>. Acesso em: 15 de jan. de 2018.

um aumento do punitivismo e, como consequência, um encarceramento massivo e por tempo muito superior ao que seria proporcionalmente devido.

4.1 SENTENÇA I

A primeira sentença a ser analisada foi proferida em 2016 pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Feira de Santana/BA, no bojo da Ação Penal nº 0501298-50.2016.8.05.0080, disponível na íntegra em anexo.

Na sentença a seguir, o réu foi condenado pelo crime de roubo majorado pelo concurso de agentes e uso de arma e fogo a 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão:

À vista do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido contido na denúncia para condenar o acusado Maicon Douglas Silva Lima, qualificado na exordial acusatória, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. Na aplicação da sanção estatal, mister se faz a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar negativamente quanto à reprovabilidade da conduta; não ostenta antecedentes; conduta social desconhecida; sem meios para aferição de sua personalidade; o motivo é próprio do delito; **as circunstâncias são desfavoráveis ao réu. Agiu em comunhão de desígnios com outro agente, incutindo maior temor à vítima ao agregar mais um agente ao fato.** As consequências são inerentes ao delito, não implicando, por isso, em exasperação da pena; as vítimas não contribuíram de forma alguma para a prática criminosa. Sopesando essas circunstâncias, **fixo a pena-base em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão** e multa que arbitro em 11 (onze) dias-multa sobre 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo, levando-se em consideração, ainda, a situação econômica do réu.

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes.

Fazendo incidir a causa especial de aumento da pena, atinentes ao emprego de arma de fogo, qualificadora que se revelou essencial e decisiva para a prática do crime e serviu, indubitavelmente, para atemorizar as vítimas, acentuando, ainda mais, a reprovabilidade da conduta do réu, **elevo a pena em 1/3 (um terço), resultando o tempo de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, além de 16 (dezesesseis) dias-multa sobre 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo. (grifo aditado).⁹⁴

Ao exame da dosimetria da pena, vê-se que o Juízo sentenciante estabeleceu a pena-base acima do mínimo legal, por valorar de forma negativa a circunstância judicial das circunstâncias do crime, bem como, da não contribuição da vítima à prática do crime.

⁹⁴ Disponível em <<http://esaj.tjba.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0501298-50.2016.8.05.0080&cdProcesso=280002OL20000&cdForo=80&baseIndice=INDDS&cdServico=190100&ticket=fZcN371I%2BpvpOIXns8fjz8o7DbaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlv9pHBBjog1xZk03qgeSxiX01dIp92%2BGHIOiHgKwVvoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwx5sPNke3nisD%2B0ffAJdvVurpqQaEGkiaThaC9FK5HHTSEunOFdby2Zvsr%2BFt1liHU2xElUc6ikAvH6A4HLpRRDWFTFMUvV6oaQheRCj5dYc%3D>> Acesso em 1 mar 2018.

Sopesando tais circunstâncias, fixou-se a pena-base em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, majorada em 1/3 (um terço) pelo reconhecimento das causas de aumento de pena do emprego de arma e concurso de pessoas, sendo fixadas em definitivo em 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Ao considerar as circunstâncias do crime para exasperar a pena-base, o magistrado citou jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁹⁵, aduzindo que não há configuração de *bis in idem*, quando, havendo mais de uma causa de aumento prevista no artigo 157, §2º, do Código Penal, é lícito ao juiz utilizar uma delas na primeira etapa de fixação da pena, valorando-a como circunstância judicial desfavorável.

Assim, em razão da presença de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu (circunstâncias do crime e não contribuição da vítima à prática do crime), justifica o julgador o estabelecimento da pena-base acima do mínimo legal.

No entanto, observa-se que o entendimento exarado pelo magistrado é ilegal, por ofensa ao artigo 68 do Código Penal. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS, EMPREGO DE ARMA DE FOGO E PRIVAÇÃO DE LIBERDADE DA LESADA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. COMPROVADAS A MATERIALIDADE E A AUTORIA. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA RELATIVA AO EMPREGO DE ARMA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CAUSA DE AUMENTO DE PENA UTILIZADA PARA AGRAVAR A PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO DE PEQUENA MONTA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REDUÇÃO DAS PENAS. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Mantém-se a condenação do apelante pela prática do crime de roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas, emprego de arma e restrição de liberdade, uma vez que a lesada apresentou versão minuciosa dos fatos e reconheceu o réu pessoalmente na delegacia, bem como suas declarações foram corroboradas pelo depoimento do policial, além das demais provas dos autos. 2. Incabível a exclusão da causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma, ainda que não tenha sido apreendida e periciada, se a utilização foi suficientemente comprovada pelas declarações da lesada. 3. **Havendo mais de uma causa de aumento da pena, não pode o magistrado utilizar uma delas para valorar desfavoravelmente a circunstância do delito, a fim de justificar o aumento da pena-base, e a**

⁹⁵ HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA EXASPERAR A SANÇÃO, COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. 1. **Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, havendo mais de uma causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, do Código Penal, é lícito ao Magistrado utilizar uma delas na primeira etapa de fixação da pena, valorando-a como circunstância judicial desfavorável.** 2. Ordem denegada (HC 71.737/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 18/10/2010).

outra para configurar a majorante, na terceira fase da dosimetria, sob pena de ofender o parágrafo único do art. 68 do Código Penal.

4. O prejuízo sofrido, se não for de grande monta, não se presta para justificar a análise desfavorável das consequências do crime.

5. Estabelecida pena definitiva superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial semiaberto se mostra mais adequado à prevenção e repressão do crime, especialmente quando se tratar de réu primário e as circunstâncias judiciais lhe forem favoráveis.

6. Se o crime foi praticado mediante grave ameaça à pessoa, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

7. Reduz-se a pena pecuniária de acordo com a natureza do delito, a situação econômica do apelante e para guardar certa proporção com a pena privativa de liberdade.

8. Recurso conhecido e parcialmente provido para reduzir as penas aplicadas e fixar regime inicial semiaberto.

(Acórdão n.719136, 20120111994049APR, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Revisor: JESUINO RISSATO, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 03/10/2013, Publicado no DJE: 09/10/2013. Pág.: 253). (grifo aditado).

É desnecessária a análise da sentença quanto às fases seguintes da dosimetria, vez que está em consonância com os parâmetros legais e constitucionais regentes.

Registre-se que houve interposição de recurso de apelação contra a sentença em comento, que foi conhecido e improvido em decisão unânime pela Segunda Câmara Criminal, Primeira Turma, do Tribunal de Justiça da Bahia.⁹⁶

4.2 SENTENÇA II

A segunda sentença a ser analisada foi proferida em 2017 pelo Juízo da 9ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, no bojo da Ação Penal nº 0577617-05.2016.8.05.0001, disponível na íntegra em anexo:

Na sentença a seguir, o réu foi condenado pelo crime de roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo a uma pena de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão:

Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na denúncia e CONDENO CLAUDIO ANDRADE DE SOUZA como incurso nas penas do artigo 157, § 2º, I e II, do CPB.

⁹⁶ Disponível em

<<http://esaj.tjba.jus.br/pastadigitalsg/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0501298-50.2016.8.05.0080&cdProcesso=P00306J0I0000&cdForo=900&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5BA&cdServico=190102&ticket=%2BkGH2JgeHJ6JVKTIMdqe8tomuDTdkpbQ2sGp0Y9dfvDzMtYNmh3lQUR7YUqSYBm386jO2mZJyaDqzjcEyelyCg%2FDOsrY%2F73wmrzrGjyW9w6s6aznW7STd%2FRTPdpHtcdyXyEnklyqggkpKUo32ESG6aH05XMvY%2FqfJ46w64RKftfIRYVEBmmez2cQVq79UOOp>> Acesso em 1 mar 2018

Passo a dosar a pena a ser aplicada ao réu condenado, em estrita observância ao disposto pelo artigo 68, caput, do Código Penal.

Com espeque no art. 59 do Código Penal, passo a examinar as circunstâncias Judiciais para a fixação da pena-base:

O réu agiu com culpabilidade normal à espécie.

É condenado por outro processo, sendo portanto reincidente (fls. 26 do APF em apenso).

Não possui informações quanto a sua conduta social. **Sua personalidade, entretanto, não recomenda, pois já respondeu a outra ação penal (fls. 26 do APF apenso).**

O motivo do delito se constitui pelo desejo de obtenção de lucro fácil, o qual já é punido pela própria tipicidade e previsão do delito.

As circunstâncias se encontram relatadas nos autos e são graves, uma vez que teve houve tiroteio em plena via pública.

As consequências do crime não foram graves, tendo sido o bem subtraído devolvido à vítima.

A vítima de modo algum contribuiu para a prática do crime.

Dosimetria:

Fixo a pena-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, cada um no equivalente a 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso.

Presente a circunstância atenuante do artigo 65, III, "d", do CPB, pelo que atenuo a pena em 1/6. Não há agravantes nem causas de diminuição de pena.

Encontram-se configuradas as majorantes dos incisos I e II, do § 2º, do art. 157, como já exposto, razão pela qual aumento a pena em 2/5.

Portanto, fica o Réu CLAUDIO ANDRADE DE SOUZA **condenado definitivamente à pena de 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão**, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto na Colônia Penal Lafayette Coutinho, e a 14 (quatorze) dias-multa, no valor antes mencionado. (grifo aditado).⁹⁷

Através do exame da sentença condenatória supra, é possível constatar que o julgador, ao realizar a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, na primeira fase de sua dosimetria, avaliou alguns critérios judiciais do réu fora dos ditames legal e constitucionalmente previstos.

Nessa senda, vê-se que a sentença ressaltou a personalidade do acusado como base no seu passado criminal, o que destoava do legalmente previsto e implica em *bis in idem*, isto porque, a personalidade do agente, conforme visto no capítulo anterior, refere-se, mais especificamente, ao caráter do agente, à sua índole, ou seja, ao seu temperamento, enquanto o passado criminal tem reflexos na reincidência e nos antecedentes.

⁹⁷ Disponível em < <http://esaj.tjba.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0577617-05.2016.8.05.0001&cdProcesso=0100000ED0000&cdForo=1&baseIndice=INDDS&cdServico=190100&ticket=fZcN37II%2BpvpOIXns8fjz8o7DBaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvO43IS7%2Fh8jjfKWkJoha4rX01dIp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwx5sPNke3nisD%2B0ffAJdvVogjaM%2BtIfsfiFZ3Y23kba%2B66tchKj2%2F%2Fa5kMLMIbRdlBH7KAHfHE83KGPsgID3R7Iz1G%2FVAGRI2VPChED3Y3LM%3D> > Acesso em 1 mar 2018.

Nesse contexto, uma avaliação da personalidade do agente por qualquer magistrado é uma tarefa difícil, já que este possui apenas um contato pessoal muito superficial com o acusado, na ocasião do seu interrogatório, conseqüentemente, descabe ao julgador apreciar a presente circunstância apenas por situações vagas ou impressões puramente empíricas e subjetivas, ainda mais quando sua apreciação é desprovida de qualquer base técnica presente nos autos.

Na mesma senda, Ricardo Augusto Schmitt leciona a respeito do tema:

Por outro lado, defendemos que a expressão 'personalidade do agente para a prática delituosa' não deva ser usada nos julgados, pois estará se ferindo o princípio constitucional da presunção de inocência, à míngua da existência de sentença penal condenatória transitada em julgado que atribua ao agente a autoria em outra prática delituosa anterior ou quiçá, na hipótese da existência de decisão definitiva, poderemos, inclusive, estar incorrendo em bis in idem, ante a possibilidade de tal situação já ter sido valorada como maus antecedentes, ou até mesmo para configurar a circunstância agravante da reincidência.⁹⁸

Outrossim, a própria legislação penal já prevê a avaliação do passado criminal do réu, através de institutos/circunstâncias propícias para tanto, tais como os chamados antecedentes e a reincidência, o que é mais um motivo, pois, para ser rechaçada a valoração negativa da personalidade da forma que está discorrida na decisão ora analisada.

Quanto aos antecedentes do réu, observa-se que a fundamentação acima transcrita resta equivocada. Tendo em vista que o juiz sentenciante, ao apreciar negativamente os antecedentes, simplesmente emaranhou os conceitos de antecedentes com reincidência, que, apesar de semelhantes, são dois institutos jurídico-penais cujo alcance e definição são totalmente distintos.

Enquanto a reincidência significa prática de novo crime depois do trânsito em julgado de sentença condenatória anterior e deve ser avaliada na segunda fase da dosimetria da pena, por se tratar de uma agravante própria, prevista no art. 61, inciso I do Código Penal, os antecedentes são acontecimentos anteriores ao fato, relevantes como indicadores positivos ou negativos da vida do autor e capazes de influenciar a aplicação da pena-base⁹⁹. Frise-se que a súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça

⁹⁸ SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. Salvador: Editora Jus Podium, 2009. p. 99.

⁹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 520/521.

proíbe que a pena-base seja agravada com fundamento em inquéritos policiais ou ações penais em curso.¹⁰⁰

O magistrado não deixa claro se a condenação anterior foi transitada em julgado, o que configuraria em reincidência. No entanto, se reincidência houver, os antecedentes do réu, como circunstância judicial do art. 59 do CP, não podem ser valorados neste primeiro momento da dosimetria, sob pena de se incorrer em inaceitável *bis in idem*.

Assim, os antecedentes devem ser considerados neutros, para que se possa aplicar a pena-base em desfavor do réu de forma idônea, conforme entendimento sedimentado na súmula 241 STJ: "A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial." ¹⁰¹

Por certo, como as circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59 do CP são neutras, impõe-se, portanto, a fixação da pena-base no mínimo legal.

Na segunda fase dosimétrica, vê-se que o réu confessou explicitamente o delito. Portanto, como foi utilizada para o conhecimento dos fatos delitivos, a atenuante genérica deverá ser reconhecida. É assim que dispõe a súmula 545 do STJ: "Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal." ¹⁰²

Na terceira e última fase, observa-se que o juiz aplicou a causa de aumento de pena referente ao §2º, do artigo 157, do Código Penal, na fração de 2/5 (dois quintos). No entanto, o §2º, do artigo 157, do Código Penal, arrola várias hipóteses que constituem causas especiais de aumento de pena para o crime de roubo, podendo levar à majoração da reprimenda de um terço até a metade. Assim, independentemente de se encontrarem presentes uma ou várias dessas circunstâncias em relação ao mesmo fato, é preciso que o juiz fundamente o aumento aplicado, já que o aumento não é decorrente do número de majorantes, significando que a exasperação da pena é qualitativa, e não quantitativa.

Com efeito, uma só circunstância pode levar ao aumento de metade, assim como a existência de várias majorantes pode aumentar a pena apenas em um terço.

¹⁰⁰ Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='444'> > Acesso em 1 mar. 2018

¹⁰¹ Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='241'> > Acesso em 1 mar. 2018

¹⁰² Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='545'> > Acesso em 1 mar. 2018

Esse critério é subjetivo do julgador, embora deva este expressamente motivar o seu entendimento.

Como se vê, além de o julgador ter fixado a fração da majorante acima do máximo previsto legalmente, o mesmo ainda não fundamentou as razões pelas quais o levaram a fixá-la acima do mínimo legal admitido de 1/3 (um terço), o que viola frontalmente a orientação jurisprudencial disposta na súmula nº 443 do STJ: “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”.¹⁰³

Considerando o fato de o julgador não ter fundamentado convenientemente os motivos pelos quais acarretaram a exasperação da majorante em tela para o patamar fixado na sentença, a sua fixação no mínimo legal se impõe.

Da análise da sentença, observa-se uma nítida manipulação das margens discricionárias existentes no momento de aplicação da pena em prol do punitivismo.

Registre-se que houve interposição de recurso de apelação contra a sentença em comento, que foi conhecido e improvido em decisão da Segunda Câmara Criminal, Primeira Turma, do Tribunal de Justiça da Bahia.¹⁰⁴

4.3 SENTENÇA IIII

A terceira sentença a ser analisada foi proferida em 2013 pelo Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, no bojo da Ação Penal nº 0337297-33.2012.8.05.0001, disponível na íntegra em anexo.

Na sentença a seguir, a ré foi condenada pelo crime de roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo a uma pena de 9 (nove) anos de reclusão:

Isto posto, julgo procedente a denúncia, para condenar TAMIRES CRISTINA GOMES FREITAS nas penas do art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal, com a incidência da agravante do art. 61, I, do CP.

DOSIMETRIA E FIXAÇÃO DA PENA

¹⁰³ Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='443'> > Acesso em 1 mar 2018.

¹⁰⁴ Disponível em

< esaj.tjba.jus.br/pastadigitalsg/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0577617-05.2016.8.05.0001&cdProcesso=P00306J430000&cdForo=900&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5BA&cdServico=190102&ticket=%2BkGH2JgeHJ6JVKTIMdqe8to > Acesso em 1 mar 2018

Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, tem-se que foi reprovável a conduta da ré. **Não é primária e ostenta ações penais em seu desfavor, inclusive com notícia de condenação anterior.** O relato sobre sua conduta social e personalidade encontra-se exclusivamente no seu interrogatório, onde revela a prática de outros delitos. **O motivo foi o lucro fácil, em detrimento do patrimônio alheio.** As consequências do crime não foram tão graves quanto à integridade física do sujeito passivo, porém **a vítima teve prejuízo patrimonial pois não recuperou o objeto subtraído.** A vítima em nada concorreu para a ocorrência do crime. Assim analisadas as circunstâncias judiciais, **a pena-base deve ser fixada um pouco acima do mínimo legal, pelo que a fixo em cinco anos de reclusão, aumentada de um ano em razão da reincidência, levando-a a seis anos de reclusão.** Inexistindo atenuantes ou outras agravantes, **faço incidir o aumento decorrente das qualificadoras do emprego de arma e do concurso de pessoas, para aumentá-la de 1/2, não somente por serem duas qualificadoras, mas também em razão das circunstâncias judiciais antes analisadas, levando-a então a nove anos de reclusão,** tornando-a definitiva neste patamar. (grifo aditado)¹⁰⁵

Primeiramente, é cediço que não se pode majorar a pena base fundando-se em referências vagas, sem indicação de circunstância concreta que justifique o aumento, além das próprias elementares comuns ao tipo, nem com violação ao princípio do *ne bis in idem*.

In casu, a circunstância da culpabilidade não é apta a majorar a pena base. O réu não agiu com dolo além dos limites da norma penal, o que torna sua conduta própria do tipo.

Vê-se, outrossim, que o juiz menciona reincidência para justificar o aumento da pena-base. Referia-se, em verdade, aos antecedentes, estipulados no art. 59 do Código Penal, e não à agravante do art. 61, I, do CP. No entanto, o mesmo fato não pode ser valorado como maus antecedentes e reincidência, sob pena de *bis in idem*.

A sentença penal condenatória transitada em julgado torna o réu possuidor de maus antecedentes, mas ao mesmo tempo revela-o reincidente. Porém, deve-se valorar uma única vez, conforme a já mencionada súmula 241 do STJ. Observa-se, assim, uma atecnia do julgador.

Poucos elementos foram coletados a respeito de sua conduta social e de sua personalidade, razão pela qual não deveriam ter sido negativamente valoradas. Os motivos do crime são, como estudado no capítulo anterior, os fatores psíquicos que o levaram o réu a praticar o crime, no caso, em nada ultrapassa a normalidade do tipo

¹⁰⁵ Disponível em <esaj.tjba.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0337297-33.2012.8.05.0001&cdProcesso=010001DVH0000&cdForo=1&baseIndice=INDDS&cdServico=190100&ticket=fZcN37II%2BpvpOlXns8fjz8o7DbARQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvovE8s%2BmGKksvTCuwF> Acesso em 1mar 2018

penal. As circunstâncias do crime se encontram relatadas nos autos, nada tendo a se valorar. As consequências do crime são normais à espécie, sem nada de especial como fator extrapenal.

Na segunda fase, inexistem circunstâncias atenuantes.

Na terceira fase de aplicação da pena, concorrem duas causas de aumento de pena previstas no §2º do artigo 157 do Código Penal, quais sejam, o concurso de agentes e o emprego de arma de fogo. A sentença em análise, diante das duas causas de aumento de pena estabeleceu o aumento de 1/2 (metade). Entretanto, nos termos do § 2º, o aumento deve variar entre 1/3 (um terço) e 1/2 (metade) da pena, podendo atingir o máximo, desde que bem justificado. Ao arrepio da doutrina, todavia, o julgador valeu-se de mero critério quantitativo e do mesmo parâmetro da pena base, o que configura *bis in idem*.

A Jurisprudência do Superior Tribunal Justiça afasta a o critério aritmético. Entende que o julgador deve considerar aspectos qualitativos para majorar a pena quando presentes causas de aumento no crime de roubo. Atende-se, assim, ao princípio de individualização da pena:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. ILEGALIDADE PARCIAL. ACOLHIMENTO. CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (1/3) EM RAZÃO SIMPLEMENTE DO NÚMERO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. (...) 2. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa especial de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n.º 443 desta Corte. (...)." (STJ: HC 104847/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJ 22/02/2011, DP 14/03/2011)

Em igual sentido é disposto pela já mencionada súmula 443 do STJ.

Dessa forma, tendo em vista que o magistrado elevou a pena em 1/2 (metade) com base exclusivamente no número de causas de aumento do § 2º do artigo 157 do Código Penal e nas circunstâncias judiciais antes analisadas (*bis in idem*), mostra-se inidônea tal fundamentação, exigindo, portando a majoração no mínimo legal de 1/3 (um terço).

Mais uma vez, pode-se observar na sentença a manipulação dos espaços de discricionariedade em prol da exacerbação das penas, bem como a existência de

atecnias e violação de disposições legais ou doutrinária e jurisprudencialmente estabelecidas para aumentar a pena imposta.

Registre-se que houve interposição de recurso de apelação contra a sentença em comento, que foi conhecido e parcialmente provido para reduzir a pena para 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em decisão da Primeira Câmara Criminal, Primeira Turma, do Tribunal de Justiça da Bahia ¹⁰⁶

4.4 SENTENÇA IV

A quarta e última sentença a ser analisada foi proferida em 2011 pelo Juízo da 9ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, no bojo da Ação Penal nº 0152846-82.2003.8.05.0001.

Registre-se que a sentença em tela encontra-se disponível apenas quanto à sua parte dispositiva (anexa), pois foi proferida em autos físicos e não houve divulgação do seu conteúdo na íntegra no Diário Oficial ou nas movimentações processuais registradas no e-SAJ. Ademais, não houve sucesso na obtenção da sentença na íntegra junto à secretaria da vara.

Na sentença a seguir, os réus foram condenados a 14 (quatorze) anos de reclusão pelo crime de roubo majorado pelo concurso de agentes (artigo 157, §2º, inciso II, do Código Penal):

julgo PROCEDENTE a pretensão punitiva do Estado, materializada na denúncia oferecida pelo Ministério Público, em face do que CONDENO, nos termos do artigo 387 do Código de Processo Penal, os acusados VALDEMIR JOSÉ OLIVEIRA DOS SANTOS e JAILTON BISPO DE SOUZA, já qualificados, como incurso nas penas do artigo 157, §2º, inciso II, do Código Penal, aplicada na forma em que se segue. VALDEMIR JOSÉ OLIVEIRA DOS SANTOS, conforme restou evidenciado nos autos, **apresentou-se, durante toda ação delitiva do roubo, com mais violento dos agentes, espelhado personalidade maldosa.** A vítima não contribuiu para a ocorrência do delito. Há, ainda, a ponderar o saldo negativo lesado pelo roubo com a perda de bens que não foram recuperados. Assim, **fixo a pena-base em 07(sete)anos de reclusão.** Ponderando a existência de agravante, contudo não restou comprovada a existência de atenuantes. **Esta comprovada a agravante do motivo torpe, ganho fácil, pela falta de disposição para trabalhar honestamente. O que demonstra vileza incomum na sua motivação. Elevo a pena, pois, em 1/3(um terço), passando a 09(nove)anos e 04(quatro) meses de reclusão.** Finalizando a terceira

¹⁰⁶ Disponível em <

<http://esaj.tjba.jus.br/pastadigitalsg/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0337297-33.2012.8.05.0001&cdProcesso=P0030120Q0000&cdForo=900&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5BA&cdServico=190102&ticket=%2BkGH2JgeHJ6JVKTIMdqe8tomuDTdkpbQ2sGp0Y9dfvB1wMActFaqNfzTpBcXeXIZ86jO2mZJyaDqzjcEyelyCg%2FDOsrY%2F73wmrzrGjyW9w41M2a8arWaUbmV1ICczRNXkDGJs76W0dvdB23jmcwv1rMQ%2BMKgi6vPsyN0pcw6QWWilJvjmlEctWYwz95qdkzZ> > Acesso em 1 mar 2018

etapa, constata a presença de uma causa de aumento, concurso de pessoas. Por isso, o aumento será da metade, atingindo a pena de 14 (quatorze) anos de reclusão. Iniciará o cumprimento no regime fechado (art. 33, §2º, a, do Código Penal). Não poderá recorrer em liberdade em liberdade, para garantia da ordem pública e sua punição atingiu patamar elevado. Fixo, ainda, quanto à multa o valor de 30 (trinta) dias-multa, calculada cada dia em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo. O número de dias-multa foi estabelecido acima do mínimo, que é de 10, tendo em vista o elevado grau de reprovação merecido pelo co-réu, acompanhado o prisma da pena privativa de liberdade, e por ser pessoa pobre, o valor do dia-multa foi estabelecido no mínimo legal. Incidirá o cumprimento no regime fechado art. 33, §2º, a, do Código Penal. Não poderá recorrer em liberdade para garantia da ordem pública demonstrado ser vadio e com personalidade voltada a prática criminosa, e sua punição atingir patamar elevado. Quanto à JAILTON BISPO DE SOUZA, fixo a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão. Ponderando, agora, as agravantes existentes, deixando de existir, atenuantes, reconheço a agravante do motivo torpe. Elevo a pena, pois, em 1/3 (um terço), pela existência de agravante, passando-a a 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. Constato a presença de uma causa de aumento, o concurso de pessoas. Por isso, o aumento será de metade, atingindo a pena de 14 (quatorze) anos de reclusão. Iniciará o cumprimento no regime fechado (art. 33, §2º, a, do Código Penal). Não poderá recorrer em liberdade para garantia da ordem pública, não bastasse sua conduta social a ponderar o aldo negativo deixado pelo roubo, é pessoa de personalidade agressiva, e sua punição atingiu patamar elevado. Fixo, ainda, quanto a multa o valor de 25 (vinte e cinco) dias multa, calculando cada dia em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, sendo estabelecido acima do mínimo, que é de 10, tendo em vista o elevado grau de reprovação merecimento pelo co-réu. Por se tratar de pessoa pobre, o valor do dia multa foi estabelecido no mínimo legal. Iniciará o cumprimento no regime fechado, art. 33, §2º, a, do Código Penal. Não poderá recorrer em liberdade para garantia da ordem pública demonstrando ser vadio e com personalidade voltada a prática criminosa, e sua punição atingir patamar elevado. (grifo aditado)¹⁰⁷

Analisando a sentença condenatória, no tocante à dosimetria da pena do primeiro réu, observa-se que a magistrada sentenciante fixou a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão, muito acima do mínimo legal previsto, por ter valorado negativamente as circunstâncias judiciais referentes à personalidade do agente e às consequências do crime.

Em relação à personalidade do agente, foi valorada negativamente por ter o réu se apresentado como “o mais violento dos agentes”, o que demonstraria uma “personalidade maldosa”, argumento eivado de subjetivismos e manifestamente inidôneo para a exasperação da pena-base.

¹⁰⁷ Disponível em <<http://esaj.tjba.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0152846-82.2003.8.05.0001&cdProcesso=01Z0339XQ0000&cdForo=1&baseIndice=INDDS&cdServico=190100&ticket=fZcN371I%2BpvpOIXns8fjz8o7DbARQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlv3lq3W%2FtrL0v7FKsqkOT9Y301dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwx5sPNke3nisD%2B0ffAJdvVo4CvVxFiYPzGn7aTkx%2BhNOCxC%2FVWAc%2Fjc34z18GWqovPKW0%2FJY8GxmAoxTNs0eChvJK%2BZorZvH36ovFmQtD2A%3D>> Acesso em 1 mar 2018.

Quanto ao segundo réu, observa-se que a magistrada fixou a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão, sem utilizar, ao arripio da lei, qualquer fundamentação para a sua aplicação acima do mínimo legal previsto. Conforme dispõe o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, a ausência de fundamentação da sentença tem por consequência sua nulidade. É nesse sentido que se manifesta a jurisprudência pátria:

PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE ABSOLUTA. RECONHECIMENTO - A fundamentação é elemento essencial da sentença, sem a qual se ressente de vício insanável, de natureza absoluta, como tal reconhecível a qualquer tempo, perante qualquer grau de jurisdição, ainda que não alegada pela parte. (TJ-MA-APR:23842006MA, Relator: Benedito de Jesus Guimarães Belo, Data de Julgamento: 23/05/2007, São Luis)

Na segunda fase, foi considerada a existência da circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea “a”, do Código Penal (motivo torpe), sob o fundamento de que a motivação do crime teria sido o “ganho fácil”, “pela falta de disposição para trabalhar honestamente”, o que demonstra, conforme sustenta a magistrada “vileza incomum na sua motivação”. Argumento que já integra o próprio tipo penal e não pode ser utilizado para aumentar a reprimenda.

Destarte, atribuir ao roubo o lucro fácil como motivo consiste em verdadeira tautologia, vez que o lucro fácil confunde-se com a elementar do tipo, não sendo hábil a justificar a exasperação da pena-base.

Este é o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. LUCRO FÁCIL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA QUANTO AOS MOTIVOS DO CRIME. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO DEVIDAMENTE JUSTIFICADAS. INSURGÊNCIAS RELACIONADAS À ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. 1. O lucro fácil é circunstância inerente ao delito de roubo, não se prestando, portanto, para justificar o aumento da pena-base quanto aos motivos do crime. 2. As insurgências relacionadas à atenuante da confissão espontânea e ao emprego de arma não foram apreciadas pelo Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos declaratórios, carecendo as matérias do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial. Assim, incidem na espécie as Súmulas n.ºs 282 do Supremo Tribunal Federal e 211 desta Corte. 3. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido para reduzir a pena do Recorrente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 17 dias-multa. (REsp 1250854/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 19/09/2012) (grifos nossos).

Outrossim, os argumentos de “falta de disposição para trabalhar honestamente” e “vileza incomum na sua motivação”, consistem em ilações feita pela magistrada e são inidôneos à exasperação da pena-base.

Já na terceira fase, verifica-se que a magistrada sentenciante aplicou a causa de aumento prevista no artigo 157, §2º, inciso II, do Código Penal (concurso de agentes) em 1/2(metade), sem, entretanto, justificar a aplicação da referida causa em percentual acima do mínimo legal, fato que viola a já mencionada súmula nº 443 do STJ, que veda a exasperação fundada na mera indicação do número de majorantes.

Assim, diante da ausência de fundamentação para elevar o *quantum* da referida majorante acima do mínimo legal previsto, deveria ter sido aplicado em seu percentual mínimo de 1/3 (um terço).

A pena de 14 (quatorze) anos aplicada pela juíza mostra-se, portanto, exatamente desproporcional ao que, ante às circunstâncias fáticas, seria devido. A magistrada utiliza-se de subjetivismos e generalizações para aumentar a pena ao máximo possível, violando, para tanto, leis e preceitos constitucionais em prol de um aumento desarrazoado da quantidade de pena infligida, apenas para satisfazer sua vontade e aos anseios da sociedade por punição.

Registre-se que houve interposição de recurso de apelação contra a sentença em comento, que foi conhecido e parcialmente provido para reformar a sentença penal condenatória no que concerne à dosimetria da pena, de modo a estabelecer a pena, em relação ao Apelante Valdemir José Oliveira dos Santos, em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, e, em relação ao Apelante Jailton Bispo de Souza, em 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em decisão da Segunda Câmara Criminal, Segunda Turma, do Tribunal de Justiça da Bahia¹⁰⁸

¹⁰⁸ Disponível em

<http://esaj.tjba.jus.br/pastadigitalsg/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0152846-82.2003.8.05.0001&cdProcesso=P00305BWL0000&cdForo=900&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5BA&cdServico=190102&ticket=%2BkGH2JgeHJ6JVKTIMdqe8tomuDTdkpbQ2sGp0Y9dfvAlkw8iEK8UVIGSABvfrdOe86jO2mZJyaDqzjcEyelyCg%2FD0srY%2F73wmrzzrGjyW9w6y2wo95GTE2%2BDSooL66g5XoPrrU7B4Xg8%2F6xxchl7UpfK8J%2B5QLgjK0p%2BKtz%2B%2FLZJ%2FAcO5dgPxqH7Dtf%2FTED6I> Acesso em 1 mar 2018.

4.5 OBSERVAÇÕES

A análise das sentenças feita neste capítulo expõe as nítidas discrepâncias no *quantum* de pena que a discricionariedade atribuída ao juiz pode ensejar. Destarte, em situações similares (roubo majorado), as penas cominadas variaram de 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão a 14 (quatorze) anos de reclusão.

Constata-se, ademais, como o ativismo judicial legitima as reformas punitivas e dá abertura para que as classes tidas como indesejáveis, a exemplo daqueles agentes que cometem crimes contra o patrimônio, sejam severamente punidas, não raras vezes desprezando-se os princípios e garantias constitucionais.

Para combater estes desvios, é imprescindível a observância pelos magistrados sentenciantes dos princípios regentes da aplicação da pena, que são normas cogentes, portanto de observância obrigatória, mas que são amplamente violados pelos julgadores. Houve, nas sentenças analisadas, violação a diversos princípios, dentre outros, os da fundamentação da pena e proporcionalidade. Conclui-se, assim, que a observância aos princípios serve de filtro aos desvios na aplicação da pena.

5 A OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS COMO FORMA DE CONTER A AMPLIAÇÃO DO PODER DE PUNIR.

Como visto no capítulo anterior, as sentenças desviantes, entendidas como aquelas que abusam do poder discricionário conferido aos magistrados para aplicar a pena, terminam, invariavelmente, por esbarrar nos princípios regentes deste momento de aplicação da sanção penal.

Os princípios jurídicos, sejam explícitos ou implícitos, são normas jurídicas dotadas de normatividade, que, por consequência, obrigam e vinculam¹⁰⁹. Distinguem-se das regras na medida em que consistem em normas providas de imensa carga axiológica (referem-se diretamente a valores), enquanto as regras jurídicas são normas descritivas de situações fáticas hipotéticas, dispostas a concretizar os valores normatizados pelos princípios.¹¹⁰

A Constituição de 1988 inaugura uma etapa de amplo respeito aos direitos fundamentais. Percebe-se, na Carta Magna, uma série de inovações visando dar um maior relevo aos referidos direitos, dentre elas destacam-se (I) a modificação topográfica, os direitos fundamentais passaram a ser tratados no início das disposições constitucionais - título II; (II) os direitos sociais passaram a ter capítulo próprio no título dos direitos fundamentais, o que enaltece sua força vinculativa¹¹¹; (III) houve também uma ampliação do catálogo dos direitos fundamentais; e (IV) as normas definidoras de direitos fundamentais passaram a ter aplicabilidade imediata em razão do §1º do art. 5º¹¹². Destarte, diante de todas as mencionadas inovações, o ser humano passa a ser o fim do Estado, este torna-se instrumento de realização da felicidade e bem-estar daquele.¹¹³

Voltaremos o enfoque àqueles princípios que interessam à área penal e, notadamente, ao campo da pena. Os princípios de direito penal constituem a face

¹⁰⁹ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Rev. Ampl. Atual. Salvador: jusPODIVM, 2014, p. 131.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 224/226.

¹¹¹ Antes da Constituição de 1988 predominava o entendimento de que esses direitos não desfrutavam de força vinculativa própria dos direitos fundamentais, em virtude de sua posituação apenas no título da ordem econômica e social, sendo-lhes reconhecida natureza meramente pragmática.

¹¹² Idem, p. 503/504.

¹¹³ Idem, p. 503.

orientadora da aplicação das normas abstratamente previstas em lei aos casos concretos emergentes dos conflitos sociais, legitimadores da intervenção do poder repressivo estatal.

No âmbito penal e processual penal, a Constituição prevê, em seu art. 5º, diversas garantias de segurança das liberdades públicas, algumas expressas, outras implícitas. Não é demais ressaltar constituírem muitos princípios autênticas garantias humanas fundamentais, motivo pelo qual não podem ser ignorados pelo aplicador da norma penal infraconstitucional, ao contrário, devem ser cultuados como parâmetros e modelos.

Notadamente, dispõe Luigi Ferrajoli que a função específica dos princípios gerais é a de orientar politicamente as decisões e permitir sua valoração e seu controle¹¹⁴. Afirmar, ainda:

Se escolhas são inevitáveis, e tanto mais discricionárias quanto mais amplo seja o poder judicial de disposição, será, quanto menos, condição de seu controle e autocontrole, se não cognitivo, pelo menos político e moral, que aquelas sejam conscientes, explícitas e informadas em princípios, antes que acríticas, mascaradas ou, em todo caso, arbitrárias.¹¹⁵

A partir da análise das sentenças feita no capítulo anterior, constata-se que aquelas que cedem aos discursos punitivistas e abusam do poder discricionário conferido ao julgador na aplicação da pena, terminam por violar os princípios regentes da aplicação da pena, uma vez que se prestam ao alcance de fim diverso do legalmente previsto.

Surge, em resposta aos reclames sociais por punição, um descontrole neste momento crucial de incidência do sistema punitivo na sociedade, produzindo inúmeras lesões a direitos individuais, como violação aos princípios da fundamentação das decisões, da legalidade e da isonomia.

A observância aos princípios, conquanto não tenha o condão de sanar todos os possíveis desvios perpetrados pelos julgadores no momento de aplicação da pena, serve de potente filtro aos abusos.

De outra banda, a fiel observância aos princípios também minimiza as indevidas disparidades das penas em casos similares, vez que limita as margens

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 165.

¹¹⁵ Idem, p. 165/166

discricionárias do julgador. Ressalte-se que não se está defendendo a homogeneização hermética e artificial das penas, o que iria de encontro ao princípio da individualização da pena. O que se defende é a segurança ao jurisdicionado de que receberá a justa e adequada punição.

Nesse sentido, conclui-se que a aplicação da pena deve sempre ser regida pelos princípios garantidores, que são inafastáveis, em especial, pelos princípios da legalidade, proporcionalidade, isonomia, individualização das penas, humanidade, bem como (e principalmente) a fundamentação da pena.

5.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, bem como no artigo 1º do Código Penal brasileiro, o princípio da legalidade consagra: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Na síntese de Edgard Magalhães Noronha, “é a garantia suprema do indivíduo contra o jus puniendi estatal”.¹¹⁶

O princípio em tela constitui garantia constitucional fundamental do homem, na medida que ninguém poderá ser punido, nem sofrer restrições em seu direito de liberdade a não ser que pratique conduta descrita em lei como infração penal.

O princípio da legalidade, conhecido por meio da *expressão* latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que significa que 'não há crime, nem pena, sem lei anterior que os defina', tem por função a garantia da liberdade do cidadão ante à intervenção estatal arbitrária, por meio da realização da certeza do direito.¹¹⁷

Juarez Cirino aduz que o princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito, vez que veda (i) a retroatividade como criminalização ou agravação da pena de fato anterior, (ii) o costume como fundamento ou agravação de crimes e penas, (iii) a analogia como método de criminalização ou de punir condutas, e (iv) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais.¹¹⁸

¹¹⁶ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal: introdução e parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963. v. 1, p. 273.

¹¹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º ao 120**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 141.

¹¹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 20.

Pode-se dizer que esse princípio representa uma garantia a todos os cidadãos, prevista pela Constituição, pois por meio dele, os indivíduos estarão protegidos pelos atos cometidos pelo Estado e por outros indivíduos. A partir dele, há uma limitação no poder estatal em interferir nas liberdades e garantias individuais do cidadão.

No que tange a relação entre o princípio da legalidade e a discricionariedade no processo de aplicação da pena, Rodrigo Duque Estrada dispõe que durante muito tempo a necessidade de contenção deste poder tornou-se o centro das discussões em matéria de avaliação penal, questão que ainda merece atenção e vigilância, de modo a conter os constantes influxos irracionais punitivos.¹¹⁹

Rodrigo Duque Estrada reflete, ainda, que

uma vez entregue a injunção penal ao mero arbítrio judicial, tende-se a destinar o poder da agência judicial a um sentido potencializador de danos, quando na verdade deveria atuar de maneira contra-habilitadora do poder punitivo.¹²⁰

Conclui, assim, que a Constituição possui relevada importância na imposição de limites à discricionariedade do juiz aplicador da pena, o que é feito com a observância do princípio da legalidade.¹²¹

5.2 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Expressamente indicado pelo artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, o princípio da individualização da pena determina que se deve atribuir a cada indivíduo a pena que lhe cabe, de acordo com as circunstâncias específicas do seu comportamento¹²². Portanto, este princípio garante aos indivíduos que lhes seja aplicada a pena em observância às peculiaridades aplicadas para cada caso em concreto.

Ante à impossibilidade de previsão pormenorizada pela lei de todas as possíveis situações fáticas capazes de influir na quantificação penal, torna-se necessária a função individualizadora da pena privativa de liberdade, que confere ao magistrado o poder de atribuir concretude à abstrata hipótese legal.

¹¹⁹ ROING, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹²⁰ Idem

¹²¹ Idem

¹²² MASSON, Cleber. **Direito penal**. Vol. 1. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 49.

O princípio da individualização da pena, reitor da injunção penal, representa uma excepcionalização do princípio da legalidade, e, como tal, não pode ser empregado de modo contrário ao acusado, seja pelo aplicador, seja pelo intérprete.¹²³

Aduz Rodrigo Duque Estrada que “a discricionariedade individualizadora conferida ao juízo aplicador se dá para que este exerça audazmente seu dever jurídico-constitucional de minimização da afetação do indivíduo.”¹²⁴.

A Individualização da pena é, portanto, essencial para garantir a justa fixação da sanção penal, evitando-se a intolerável padronização e o desgaste da uniformização de seres humanos, como se todos fossem iguais uns aos outros, em atitudes e vivências.

5.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA

Chamado também “princípio da proibição do excesso”, determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato¹²⁵. Consiste em garantia legitimadora e limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

O princípio da proporcionalidade, desenvolvido pela teoria constitucional germânica, é constituído por três princípios parciais: (i) o princípio da adequação; (ii) o princípio da necessidade; e (iii) o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.¹²⁶ O primeiro, é entendido como a exigência de que a aplicação de uma norma relativa à injunção da pena esteja em consonância com a vontade do constituinte. A necessidade, por seu turno, determina que o poder público, no tratamento das normas sobre injunção da pena, atenha-se aos limites estritamente necessários de direitos elementares do sentenciado, de forma que o onere de maneira menos ruínosa. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito ordena que o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela concebido.¹²⁷

¹²³ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 763.

¹²⁴ ROING, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 112.

¹²⁵ JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal, Vol. 1**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 53.

¹²⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 27.

¹²⁷ ROING, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 101.

O princípio da proporcionalidade no âmbito do direito penal é o princípio constitucional de adequação e equilíbrio que o legislador e o aplicador da lei penal devem utilizar para aplicar a sanção penal à infração correspondente, não ficando aquém e nem além do dano causado à vítima, não importando assim as diferentes expressões utilizadas, mas sim o seu conteúdo.

Portanto, se, de um lado, o princípio da proporcionalidade impõe a proibição do excesso, de outro lado, também impede a proteção insuficiente de bens jurídicos, pois não tolera a punição abaixo da medida devida.¹²⁸

Registre-se que Rodrigo Duque Estrada defende a existência de um novo prisma do princípio da proporcionalidade, consistente em “meio interpretativo moderador do poder punitivo, desempenhando importante papel na promoção de uma política criminal de arrefecimento de danos”.¹²⁹

5.4 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

O princípio da humanidade, correspondente e alicerce da dignidade da pessoa humana na seara penal, atua como fundamento penal maior do Estado Republicano e Democrático de Direito, na busca da contenção da ingerência desmedida e irracional do poder punitivo sobre os indivíduos¹³⁰.

O princípio em tela constitui fundamento penal do dever jurídico-constitucional de minimização da intensidade da afetação do indivíduo, possuindo grande relevo na tarefa de determinação da pena, vez que rege a condução de uma política redutora de danos.¹³¹

Adotou a Constituição Federal o princípio da humanidade das penas, significando deva o Estado, através da utilização das regras de Direito Penal, pautar-se pela benevolência na aplicação da sanção penal, buscando o bem-estar de todos na comunidade, inclusive dos condenados, que não merecem ser excluídos somente porque delinquiram.

¹²⁸ MASSON, Cleber. **Direito penal. Vol. 1. 11. ed. rev. atual. e ampl.** Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 58.

¹²⁹ ROING, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 107

¹³⁰ Idem. p. 60.

¹³¹ Idem.

Determina-se, então, que não poderá haver penas “de morte, salvo em caso de guerra declarada” (artigo 84, XIX), “de caráter perpétuo”, “de trabalhos forçados”, “de banimento”, “cruéis” (art. 5º, XLVII), além de se estabelecer que ao preso deve ser assegurado o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX).

Ao comentar o princípio de humanidade, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli destacam:

O princípio de humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica, etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito. Como veremos oportunamente com mais detalhe, a república pode ter homens submetidos a pena, ‘pagando suas culpas’, mas não pode ter ‘cidadãos de segunda’, sujeitos considerados afetados por uma *capitis*¹³²

A relação entre aplicação da pena privativa de liberdade e o princípio da humanidade é decerto paradoxal, pois no estágio civilizatório atual, com as mazelas presentes no cárcere¹³³, a injunção dessa espécie de pena prescreve, necessariamente, a violação de direitos humanos. No entanto, considerando-se a perenidade da cultura do encarceramento¹³⁴, deve o magistrado sentenciante, em observância a este princípio, buscar afligir minimamente a humanidade. Nos dizeres de Goethe, citado por Radbruch: “quer se tenha de punir, quer de absolver, é preciso ver sempre os homens humanamente”.¹³⁵

Portanto, enquanto forem indispensáveis as penas privativas de liberdade, realidade incontestada atualmente, deve-se buscar, ao menos, a garantia de condições dignas de sobrevivência no cárcere, o que não ocorrerá se o princípio da humanidade ficar apenas na letra fria da lei e da própria constituição.

¹³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, cit., p. 172.

¹³³ Conforme dados do INFOPEN, a população prisional no Brasil em dezembro de 2014 consistia em 622.202 detentos, enquanto o número de vagas em estabelecimentos prisionais consistia em 371.884, o que corresponde a uma taxa de ocupação de 167%. Além da superlotação, as mortes intencionais no cárcere (óbitos por homicídio, suicídio e causas desconhecidas), consistem em outro grave problema enfrentado, tendo sido registradas, no primeiro semestre de 2014, 565 mortes (sem dados de São Paulo e Rio de Janeiro), o que corresponde a 8,4 mortes para cada dez mil pessoas. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em 18 fev 2018.

¹³⁴ ROING, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 70.

¹³⁵ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 4. Ed. Tradução por L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armenio Amado, 1961, p. 313.

5.5 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia, ou igualdade, é o direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (igualdade formal), quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (igualdade material), pois todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.¹³⁶

Esta desigualdade é necessária, com o objetivo de obter um resultado mais justo, já que as diferenças existentes entre os cidadãos não podem ser ignoradas. O tratamento desigual não tem como finalidade discriminar negativamente, e sim reduzir essas desproporcionalidades na sociedade.

Em relação à incidência do princípio da isonomia na seara penal, leciona Alessandro Baratta:

O Direito Penal, como instrumento do discurso de (re)produção de poder, tende a privilegiar os interesses das classes sociais dominantes, imunizando de sua intervenção condutas características de seus integrantes, e dirigindo o processo de criminalização para comportamentos típicos das camadas sociais subalternas, dos socialmente alijados e marginalizados.¹³⁷

Nesse sentido, pode-se observar que este princípio é um dos mais violados, sendo nítida a seletividade da lei penal, que é dirigida, conforme anteriormente observado, a um público alvo, as camadas sociais mais vulneráveis, tidos como inimigos da sociedade.

5.6 PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DA PENA

A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, prevista no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, é condição absoluta de validade e, portanto, pressuposto de eficácia, consubstanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que as sustentam, a fim de que seja possível a sensível avaliação tanto da imparcialidade do juiz quanto da própria lógica e congruência das decisões¹³⁸.

¹³⁶ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Rev. Ampl. Atual. Salvador: jusPODIVM, 2014, p. 536.

¹³⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 165.

¹³⁸ ROING, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 77.

Assim, a sentença penal condenatória, enquanto instrumento hábil à privação da liberdade pessoal, exige o adimplemento do dever de motivação por parte do magistrado sentenciante, dever que abrange desde os fatos e qualificação jurídica, até a opção pela imposição da pena privativa de liberdade e o seu quantum.¹³⁹

Em outras palavras, os magistrados devem tornar explícitos, na tomada de decisões, os elementos de convicção que sustentam a declaração dos fatos, a fim de proporcionar coerência jurídica e lógica à tarefa de determinação da pena. Ademais, a fundamentação judicial atua como instrumento viabilizador do contraditório e da ampla defesa por parte do sentenciado¹⁴⁰, assegurando-lhe a possibilidade de refutar as considerações formuladas pelo aplicador da pena.

Sobre o princípio da fundamentação da pena, a exposição de motivos do Código de Processo Penal atual dispõe:

A sentença deve ser motivada. Com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrado pelo novo Código Penal, e o do livre convencimento do juiz, adotado pelo presente projeto, é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento. No caso de absolvição, a parte dispositiva da sentença deve conter, de modo preciso, a razão específica pela qual é o réu absolvido.¹⁴¹

Frise-se, porém, que motivar não significa explicar o fato delitivo, mas promover argumentação das razões oriundas dos fatos, viabilizando a contra argumentação em sede recursal. Assim, as noções imprecisas que os julgadores usam com frequência para fundamentar a aplicação da pena, tais como interesse público, ordem pública e gravidade do delito não consistem em fundamentação idônea.

Nesse sentido, leciona Eugenio Raul Zaffaroni:

Verifica-se, na prática, a comum repetição acrítica de expressões e fundamentos positivistas ou discriminatórios consagrados na aplicação da pena (ex. personalidade voltada para o crime, dolo intenso, crime que causa grave comoção social), sem que sobre eles se debruce mais detalhadamente o magistrado aplicador. De fato, muitos dos fundamentos e expressões são empregados sem que o aplicador sequer saiba como e por quem foram cunhados e difundidos. O excesso de trabalho, o exíguo tempo para a

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Circunstâncias do crime. Vol. 6.** São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 1998, p. 275.

¹⁴¹ Disponível em <

http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf > Acesso em 18 fev 2018.

elaboração de sentenças e a necessidade de produtividade tendem a eliminar juízos críticos sobre o modelo adotado.¹⁴²

O princípio da fundamentação da pena busca, enfim, ater o decisionismo judicial às margens traçadas pelos postulados do Estado Democrático de Direito e pela prevalência dos direitos fundamentais em matéria penal.

Por tudo isso, depreende-se que os princípios regentes da aplicação da pena serão sempre de observância obrigatória pelos magistrados sentenciantes, pois limitam a ampla discricionariedade proporcionada pela lei, minimizando os possíveis desvios.

¹⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001, p. 142.

6 CONCLUSÃO

A aplicação da pena, conforme amplamente debatido neste trabalho, é uma tarefa essencialmente discricionária. A discricionariedade é necessária para uma correta individualização da pena, que, no Brasil, tem status de princípio constitucional (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Todavia, a discricionariedade judicial pode levar à disparidade e falta de consistência na aplicação da pena, convertendo-se em arbítrio. Reprimendas penais muito distintas aplicadas em casos semelhantes violam a própria ideia de justiça e minam a credibilidade do Poder Judiciário.

A determinação judicial da pena sempre enfrenta uma tensão entre a necessidade de individualização da sanção e a promoção de consistência e previsibilidade. Por um lado, exige-se que os juízes tenham discricionariedade suficiente para que a sentença seja a mais “correta” possível, de modo a refletir o caráter único de cada infração penal e de seu autor. Desse modo, um certo nível de inconsistência nas sentenças seria aceitável e até inevitável. Por outro lado, a consistência na aplicação da pena se impõe como instrumento garantidor de segurança aos jurisdicionados.

Destarte, a discricionariedade na aplicação da pena, por conceder aos julgadores espaços onde, potencialmente, podem tomar decisões discriminatórias e subverter políticas criminais com as quais não concordem, gera inseguranças e, como predito, deixa os jurisdicionados à mercê do acaso. Nesse sentido, verificou-se que a falta de disposições claras na legislação penal sobre a conceituação e a forma de valoração das circunstâncias judiciais presentes na primeira fase da aplicação da pena, bem como a ausência de critérios legais à quantificação da fração de aumento ou diminuição da pena nas segunda e terceira fases do sistema trifásico, dão ensejo a possíveis desvios.

Observou-se, outrossim, que as sentenças desviantes, aquelas que abusam do poder discricionário, terminam por violar os princípios regentes da aplicação da pena, notadamente, os princípios da legalidade, proporcionalidade, isonomia, individualização das penas, humanidade, e da fundamentação da pena.

Assim, longe de defender uma pena-padrão, que eliminaria as evidentes diversidades dos réus e igualaria os acusados artificialmente, ferindo, dentre outros, o princípio da individualização da pena, defende-se a observância dos princípios fundamentais como ferramenta limitadora da excessiva discricionariedade do juiz no momento de aplicação da pena, que gera insegurança aos jurisdicionados e, por muitas vezes, viola o fim da pena, trazendo à baila os anseios sociais por punição.

À vista disso, constata-se que a exaltação à objetivação dos critérios para fixação da pena conduziria à antidemocrática automação do processo quantificador, ocasionando a anulação das próprias individualização e humanidade penais. A discricionariedade deve, portanto, ser sempre vinculada aos critérios e orientações constitucionais de humanização e minimização dos danos causados pela pena privativa de liberdade, de modo que jamais pode sobrepor-se às exigências e garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Guilherme Rodrigues; KLARMANN, Rafael; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. **Breves considerações sobre a garantia da fundamentação judicial: o mito da neutralidade. Requisitos e vícios da decisão.** Revista jurídica UNIGRAN, Mato Grosso do Sul, v. 11, n. 22, jul./dez. 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Ilusão de Segurança Jurídica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.** Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro. Dois tempos de uma historia.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas.** Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Pernas e seus critérios de aplicação.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BOSCHI, José Antonio Paganella et all. **Sentença Criminal e aplicação da pena: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade.** Salvador: jusPODIVM, 2017

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional.** 5. ed., ampl., rev. e atual. Salvador: Juspodivm , 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1ª ao 120).** 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DMITRUK, Hilda Beatriz (Org). **Cadernos metodológicos: diretrizes da metodologia científica.** 5. ed. Chapecó: Argos, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte geral.** Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal – Parte generale,** 5. ed. Ren. y ampl. Granada: Comares, 2002

MASSON, Cleber. **Direito Penal – Vol. 1.** 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: forense, 2017, p. 749.

MEDAUR, Odete. **Direito administrativo moderno.** São Paulo: RT, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 15. ed. Malheiros. São Paulo: 2003

MONTALVO, José António Choclán. **Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal.** Madrid: Dykinson, 2001

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo.** 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal: introdução e parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. **Limites à Chamada Discricionariade Judicial**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º ao 120**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROING, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: teoria e prática**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

SILVA, Ivan Carlos da. **O direito penal do inimigo**. Disponível em: <http://unisinus.br/blogs/ndh/2013/07/29/o-direito-penal-do-inimigo/>. Acesso em 17 de jan 2018.

WALINE, Droit Administratif, 9ª ed., 1963 Apud JÚNIOR, José Cretella, **O “desvio de poder” na admistração pública**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

JÚNIOR, José Cretella. **Curso de Direito Administrativo**. Forense. SP 2000. P. 292

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GLASSNER, Barry, **Cultura do Medo**. Francis: 2003.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**, 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ANEXOS**SENTENÇA**

Processo nº: **0501298-50.2016.8.05.0080**
 Classe Assunto: **Ação Penal - Procedimento Ordinário - Roubo Majorado**
 Autor: **MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DA BAHIA - CATU**
 Réu: **Maicon Douglas Silva Lima**

I – RELATÓRIO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**, por seu representante, com base no inquérito policial nº 044/2016, denunciou **MAICON DOUGLAS SILVA LIMA** qualificado na exordial acusatória, como incurso nas sanções do art.157, § 2º, I e II, do Código Penal, acusando-o de ter subtraído, no dia 24 de janeiro de 2016, por volta das 15h30min, com emprego de arma de fogo, uma motocicleta IROS/ONE 125, cor preta, pertencente a suposta vítima Antônio Celso Almeida dos Santos.

Descreve a petição inicial que na data mencionada o acusado, acompanhado por terceira pessoa não identificada, se aproximou da suposta vítima que estava parada e sentada em sua motocicleta, anunciando o *assalto*, tendo o primeiro mostrado uma arma de fogo e dito para o dono da motocicleta descer, pois precisava do veículo para matar "um cara".

A denúncia foi recebida às fls.32/33, sendo apresentada resposta à acusação às fls.56.

A absolvição sumária restou afastada pela decisão de fls.57. Na audiência de instrução e julgamento foram inquiridas vítimas, testemunhas e interrogado o réu (fls.77/82).

Auto de exibição e apreensão às fls.18.

Em suas alegações finais, o Ministério Público, reiterando os termos da inicial, requereu a condenação do réu nas sanções descritas na denúncia (fls.94/98).

A Defesa, por sua vez, sustentou, em síntese, a fragilidade probatória, revelada durante a fase inquisitorial e na instrução criminal, requerendo a absolvição pelo delito de roubo, ou, não sendo este o convencimento deste juízo, pleiteou a desclassificação, reconhecendo o tipo penal previsto no §1º do artigo 146 do Código Penal, bem como a dispensa do pagamento de custas processuais. E, por fim, que seja assegurado ao réu o direito de recorrer em liberdade (fls.104/110).

II – FUNDAMENTAÇÃO

Narra a denúncia que o denunciado, mediante o emprego de arma de fogo e em pluralidade de agentes, subtraiu mediante emprego de arma de fogo, uma motocicleta IROS/ONE de cor preta pertencente à vítima Antônio Celso Almeida dos Santos.

A materialidade delitiva e a autoria estão assaz demonstradas pelos elementos probatórios encartados nos autos. Vejamos:

Inicialmente, o auto de exibição e apreensão do bem subtraído (fls.18) revela indubitavelmente a materialidade.

Por outro lado, a autoria é descortinada pela prova oral produzida durante a instrução criminal, destacando-se o reconhecimento feito pela vítima, reafirmado pelo depoimento dos policiais ouvidos em juízo (fls.77).

A vítima confirmou com minúcias a descrição narrativa contida na denúncia, reconhecendo o réu, por meio fotográfico. Esta providência possui eficácia jurídica suficiente para legitimar, especialmente quando apoiado em outros elementos de convicção¹⁴³, vejamos :

Disse que saiu de casa e quando passou pela rua Getúlio Vargas começou a chover, e que parou a moto para esperar a chuva passar, que ficou sentado aguardando, e que quando ia sair com sua moto, o denunciado chegou e disse para ficar calmo, e pediu sua moto e que após isso, deu a chave da moto e o seu celular também, e que o denunciado pediu para ele deitar no chão para que não olhasse para o rosto, e que antes de sair avisou que poderia achar a moto depois, pois queria para matar uma pessoa e iria precisar da moto. Que foi abordado por 2 pessoas e que ambos estavam armados. E que no outro dia, quando ele estava no trabalho recebeu uma ligação informando que acharam apenas a motocicleta . E que eles não estavam de capacete, e o que estava dirigindo foi a pessoa presente na fotografia (ANTÔNIO CELSO ALMEIDA DOS SANTOS- fls. 77).

Nesse contexto, é forçoso reconhecer que a utilização da arma de fogo por um dos agentes incutiu temor à vítima – que se viu obrigada a entregar o bem que estava em sua posse, de modo a impossibilitar, se não inviabilizar, a sua resistência, a despeito de não ter ocorrido violência física ou disparo de tiros.

Registre-se, ainda, que a ausência do laudo pericial da arma de fogo não afasta a configuração da majorante prevista no art.157, §2º, I, do Código Penal. Após intenso debate doutrinário e jurisprudencial, consolidou-se, pelo menos no âmbito dos tribunais superiores, o entendimento de que para a caracterização da aludida majorante não se mostra imprescindível a realização de prova pericial se outros elementos indicarem a utilização da arma de fogo.

A propósito, confira-se recente julgado do STF:

ROUBO CIRCUNSTANCIADO – ARMA – PERÍCIA. Prescinde de apreensão e perícia da arma de fogo a qualificadora decorrente de violência ou ameaça implementadas – artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal. Precedente:

¹⁴³ "[o]reconhecimento fotográfico do acusado [realizado na fase inquisitorial], quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para lastrear o édito condenatório" (STF, HC 104.404/MT, 1.ª Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 29/11/2010).

Habeas Corpus nº 96.099-5/RS, Pleno, relator ministro Ricardo Lewandowski, acórdão publicado no Diário da Justiça do dia 5 de junho seguinte (HC 96985, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 29/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 26-11-2015 PUBLIC 27-11-2015).

Na espécie, reitero, as provas condensadas aos autos efetivamente comprovam a ocorrência do uso de arma, instrumento que serviu como elemento intimidador à vítima Antônio Celso Almeida dos Santos, causando-lhe temor de mal injusto.

Não custa enfatizar que em delitos dessa natureza, perpetrado às ocultas, a palavra da vítima como as ouvidas em Juízo, ganha valor probatório ímpar, sobretudo porque, no caso, se encontra em consonância com os demais elementos de convicção, não havendo motivos para ignorá-las.

Na espécie, o cenário do crime tinha como protagonistas o réu, o terceiro não identificado e a vítima, e, em tais circunstâncias, a palavra desta, **repito**, é de suma importância para o deslinde da questão, ainda mais porque o seu depoimento foi seguro e coerente, hábil a autorizar um édito condenatório, avultando dos autos que nenhum interesse teria em incriminar eventuais inocentes.

Trago a lume a orientação jurisprudencial:

Prova. Roubo. Palavra da vítima. Valor. Como reiteradamente se vem decidindo, se o delito é praticado sem que outra pessoa o presencie, a palavra da vítima é que prepondera. A preponderação resulta do fato de que uma pessoa nunca irá acusar desconhecidos da prática de uma subtração, quando esta não ocorreu. Não se pode argumentar de acusação motivada por vingança ou qualquer outro motivo quando os envolvidos não mantêm vínculo de amizade ou inimizade, quando são desconhecidos entre si (JTAERGS 103/89).

Em delitos de furto e roubo é manifesta a relevância probatória da palavra da vítima, especialmente quando descreve, com firmeza, a cena criminoso e reconhece, com igual firmeza, o meliante. A fala da vítima tem a mesma validade para absolver comparsa, por ela expressamente inocentado de eventual participação no crime praticado pelo réu condenado (JUTACrim 86/226).

Além disso, importante enfatizar que as declarações dos agentes públicos foram no mesmo sentido, senão vejamos:

Que a guarnição estava em ronda quando avistaram o acusado e outro comparsa, e foram ao encontro deles, que empreenderam fuga, , um dos elementos bateu a moto, um conseguiu fugir, e conseguiram conter o outro, e logo após fizeram a consulta do veículo que constava restrição de furto e roubo, que o algemaram e levaram até a delegacia. Que recorda-se que o réu presente na sala de audiência estava pilotando o veículo (SD/PM ADSONAEL ARAÚJO SANTOS – fls.79)

Que estavam realizando ronda no bairro Queimadinha nesta cidade, quando avistaram os indivíduos que ficaram nervosos, revelando uma atitude suspeita e foram ao encontro deles, quando eles empreenderam fuga, e logo

após colidiram a moto na parede, onde o carona conseguiu evadir. Que conseguiram capturar o que pilotava a moto, e logo após fizeram a consulta da placa da moto que constava restrição de furto/roubo (SD/PM MARIVELTON SANTOS FERREIRA – fls. 78).

Registro ainda que o crime de roubo se caracterizou quando, percorrido todo o *iter*, o agente, em seguida à grave ameaça, obteve a posse da *res furtiva*, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera da vigilância da vítima, em obséquio à teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio*, adotada em nosso sistema jurídico.

Colhe-se da jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL. PENAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. CONSUMAÇÃO DO DELITO.

POSSE TRANQUÍLA DA RES. DESNECESSIDADE. **1. Cabe esclarecer que esta Corte e o Supremo Tribunal adotaram a teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio*, no que se refere à consumação do crime de roubo, basta, portanto, que o bem subtraído passe para o poder do agente, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima. 2. Agravo regimental desprovido** (STJ, AgRg no REsp 1.035.115/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 20/10/2008).

HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO. SUBTRAÇÃO DE COISA ALHEIA MÓVEL. PERSEGUIÇÃO.

INOCORRÊNCIA DE POSSE TRANQUÍLA. DESNECESSIDADE. ROUBO CONSUMADO. ORDEM DENEGADA. **É prescindível, para a consumação do roubo, que o agente consiga a posse tranqüila da coisa subtraída, mesmo que perseguido e preso por policiais logo após o fato. Não há como prosperar, pois, a alegação de que o roubo não saiu da esfera de tentativa. Ordem denegada** (STF, HC 91.154/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 19/12/2008).

Já no interrogatório do réu, este preferiu manter-se em silêncio, contemplando a garantia constitucional do devido processo legal, em que se resguarda o **direito** de toda pessoa acusada de um delito não ser obrigada a depor ou a produzir provas contra si mesma, cristalizada no brocardo latino *nemo tenetur se detegere*, **garantindo que o seu silêncio não seja interpretado em prejuízo de sua defesa.**

Quanto ao pleito absolutório, não vislumbro razões para o seu acolhimento.

Objetiva a Defesa o afastamento do delito de roubo por ausência de provas e em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*. No entanto, analisando o panorama probatório, não restam dúvidas acerca da consumação do crime de roubo.

Ora, o réu foi encontrado com a *res furtiva* sendo reconhecido posteriormente pela vítima como autor do fato.

Outrossim, também não assiste razão a defesa ao pretender a desclassificação para o crime de constrangimento ilegal, fundamentada pela única alegação que no momento do fato, o réu teria dito que usaria o bem subtraído "para matar uma pessoa". Esta versão não encontra suporte nas demais provas colhidas

nos autos, pois o emprego da grave ameaça contra a vítima foi vinculado ao resultado de subtração de coisa alheia e não a constrição da sua liberdade em fazer ou não fazer o que a lei impõe. Na espécie, nítida e inequivocamente houve uma a ofensa de cunho patrimonial e não simplesmente à liberdade.

Neste sentido já decidiu o TJMG:

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO SIMPLES - DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSTRANGIMENTO ILEGAL - IMPOSSIBILIDADE - AMEAÇA - CRIME MEIO - ABSOLVIÇÃO. - Demonstrado que o réu agiu com a intenção de subtrair pertences da vítima, mediante grave ameaça e não de simplesmente furtar ou de obrigá-las a fazer ou não fazer algo, inviável a pretendida desclassificação. - A ameaça à vítima para assegurar a consumação do delito de roubo configura crime-meio e, portanto, fica absorvido por esse delito-fim, pelo princípio da consunção (TJ-MG - APR: 10433130074795001 MG, Relator: Paulo César Dias, Data de Julgamento: 03/06/2014, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 10/06/2014).

Configuradas, pois, todas as elementares do crime de roubo, com a subtração de coisa alheia mediante o emprego de grave ameaça.

Por outro lado, é mister ressaltar que o art. 30 do Código Penal não deixa dúvida de que as qualificadoras de caráter objetivo comunicam-se aos coautores, de modo que a só utilização da arma por um dos comparsas autoriza a imposição da qualificadora em relação ao coautor, e neste caso, ambos os autores estavam armados, conforme depoimento da vítima.

O Pretório Excelso já se manifestou sobre o tema:

“(...) Segundo a teoria monista ou unitária, havendo pluralidade de agentes e convergência de vontades para a prática da mesma infração penal, como se deu no presente caso, todos aqueles que contribuem para o crime incidem nas penas a ele cominadas (CP, art. 29), ressalvadas as exceções para as quais a lei prevê expressamente a aplicação da teoria pluralista. Ordem concedida” (STF, HC 97652/RS. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Julg. em 04/08/2009).

Na verdade, o que se extrai é que os agentes unidos momentaneamente por um ideal comum, com divisão de tarefas (art.157, §2º, II, CP), subtraíram, mediante grave ameaça, ao utilizarem uma arma de fogo (art.157, §2º, I, CP), objetos de terceiros. Vale ressaltar que independe da identificação dos demais coautores.

Prescreve o art.29 do Código Penal:

“Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Nesse sentido, a lição de Nilo Batista:

“A idéia de divisão de trabalho, que alguns autores, como Antolisei, situam como reitora geral de qualquer forma de concurso de agentes, encontra na co-autoria sua adequação máxima. Aqui, com clareza, se percebe a fragmentação operacional de uma atividade comum, com vistas a mais seguro e satisfatório desempenho de tal atividade. Por isso os autores afirmam que a co-autoria se baseia no princípio da divisão de trabalho” (Concurso de Agentes, Rio de Janeiro: Liber Juris, p. 76). Por sua vez, Rogério Greco afirma que:

“Ser autor é aquele que possui o domínio do fato, é o senhor de suas decisões, co-autores serão aqueles que têm o domínio funcional dos fatos, ou seja, dentro do conceito de divisão de tarefas, serão co-autores todos os que tiverem uma participação importante e necessária ao cometimento da infração, não se exigindo que todos sejam executores, isto é, que todos pratiquem a conduta descrita no núcleo do tipo. (...). Em última palavra, podemos falar em co-autoria quando houver a reunião de vários autores, cada qual com o domínio das funções que lhe foram atribuídas para a consecução final do fato, de acordo com o critério de divisão de tarefas” (in Curso de Direito Penal" - 2003 - p. 481-482).

Nessa perspectiva, diante dos elementos de cognição dos autos, impõe-se a condenação do denunciado como pleiteado na denúncia, especialmente em face da inexistência de causas a afastar a ilicitude ou culpabilidade da conduta típica.

III - DISPOSITIVO

À vista do exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido contido na denúncia para condenar o acusado **Maicon Douglas Silva Lima**, qualificado na exordial acusatória, como incurso nas sanções do art.157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Na aplicação da sanção estatal, mister se faz a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar negativamente quanto à reprovabilidade da conduta; não ostenta antecedentes; conduta social desconhecida; sem meios para aferição de sua personalidade; o motivo é próprio do delito; as circunstâncias são desfavoráveis ao réu. Agiu em comunhão de desígnios com outro agente, inculcando maior temor à vítima ao agregar mais um agente ao fato¹⁴⁴. As

¹⁴⁴ Reputo possível uso de uma majorante (concurso de agentes) como circunstância do crime, na pena-base, e a outra (emprego de arma de fogo) como causa especial de aumento, na terceira fase. Somente não se admite se pelo mesmo motivo, ou seja, a mesma causa de acréscimo tivesse sido utilizada na pena-base e também na terceira fase da dosimetria, o que não ocorre na espécie. Nesse sentido, vem decidindo o C. STJ: "HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA EXASPERAR A SANÇÃO, COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. 1. **Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, havendo mais de uma causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, do Código Penal, é lícito ao Magistrado utilizar uma delas na primeira etapa de fixação da pena, valorando-a como circunstância judicial desfavorável.** 2. Ordem denegada" (HC 71.737/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 18/10/2010). E mais recentemente: "(...) 4. **Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena se uma das majorantes (concurso de agentes) é usada para exasperar a pena-base como circunstância do crime e a outra (utilização de arma de fogo) é utilizada na terceira fase, como causa especial de aumento. Precedentes desta Corte e do STF.** 5. Writ não conhecido" (HC 182.800/DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, SEXTA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 21/06/2013).

consequências são inerentes ao delito, não implicando, por isso, em exasperação da pena; as vítimas não contribuíram de forma alguma para a prática criminosa. Sopesando essas circunstâncias, fixo a pena-base em **4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e multa que arbitro em 11 (onze) dias-multa sobre 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo**, levando-se em consideração, ainda, a situação econômica do réu.

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes.

Fazendo incidir a causa especial de aumento da pena, atinentes ao emprego de arma de fogo, qualificadora que se revelou essencial e decisiva para a prática do crime e serviu, indubitavelmente, para atemorizar as vítimas, acentuando, ainda mais, a reprovabilidade da conduta do réu, **elevo a pena em 1/3 (um terço)**, resultando o tempo de **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, além de **16 (dezesesseis) dias-multa sobre 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo**.

O regime inicial de cumprimento de pena será o semiaberto, conforme dispõe o art. 33, parágrafo segundo, "b", do Código Penal, levando em conta as circunstâncias do art. 59, do Código Penal e o *quantum* da pena, não havendo espaço para a aplicação da regra do novel §2º do art.387 do Código de Processo Penal, considerando a ausência de cumprimento do lapso temporal mínimo.

Deixo de fixar valor mínimo para a reparação dos danos, à mingua de elementos probatórios que minimamente indiquem a extensão dos danos.

Concedo a **Maicon Douglas Silva Lima** o direito de recorrer em liberdade, por não vislumbrar neste momento os requisitos atinentes a custódia cautelar.

Após o trânsito em julgado, expeça-se carta de guia definitiva, na forma do Provimento CGJ n. 07/2010, e ofício ao TRE e CEDEP, informando-lhe da condenação, para os fins previstos no art.15 da Constituição Federal e art.809 do Código de Processo Penal, respectivamente. Intime-se a vítima acerca do teor da presente sentença, em conformidade com o disposto no art. 201, § 2º, do Código de Processo Penal.

Em face da patente miserabilidade do condenado, o isento do pagamento das custas processuais.

Feira de Santana(BA), 10 de agosto de 2016.

ARMANDO DUARTE MESQUITA JUNIOR

Juiz de Direito

SENTENÇA

Processo nº: **0577617-05.2016.8.05.0001**
Classe Assunto: **Ação Penal - Roubo Majorado**
Autor: **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**
Réu: **CLAUDIO ANDRADE DE SOUZA**

Vistos etc.

Nestes autos, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**, no uso de suas atribuições legais, ofereceu denúncia contra **CLAUDIO ANDRADE DE SOUZA**, qualificado, dando-os como incurso nas sanções previstas no artigo 157, § 2º, I e II, do CPB.

Narra a denúncia que no dia 31/10/2016, por volta das 21h50min, na Rua Araújo Bulcão, próximo ao Hospital Santo Antônio, bairro Uruguai nesta capital, o denunciado, em companhia de outras pessoas não identificadas, agindo conjuntamente e mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, subtraiu da vítima Júlia Lícia Matos Baqueiro, um aparelho de telefone celular, marca Samsung, modelo Gram Prime.

Preso em flagrante (fls. 05), o acusado teve sua prisão convertida em preventiva, estando atualmente preso por este juízo (fls. 31/32 e 33/35 do APF apenso).

A denúncia foi recebida em 17/11/2016 (fls. 38), sendo o acusado devidamente citado (fls. 40/41). Defesa preliminar às fls. 45/46.

Foram ouvidas em juízo a vítima (fls. 63/64), três testemunhas da acusação (fls. 61/62, 65/66, 67/68). O réu foi interrogado (fls. 69/70).

Folhas de Antecedentes Criminais às fls. 72.

Em suas alegações finais, o Ministério Público pugnou pela condenação do acusado nos termos da denúncia (fls. 92/96).

A defesa do acusado requereu o afastamento das causas de aumento de pena previstas nos incisos I e II, do § 2º, do artigo 157, do CPB, bem como o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (artigo 65, inciso III, letra d, do CPB), com a redução da pena aquém do mínimo legal (fls. 99/112).

É o relatório. Decido.

Trata-se de ação penal pública incondicionada, objetivando-se apurar no presente processo a responsabilidade criminal de **CLAUDIO ANDRADE DE SOUZA** pela prática do delito tipificado na peça vestibular acusatória.

A materialidade encontra-se cabalmente comprovada nos autos por meio do Auto de Exibição e Apreensão de fls. 15, do auto de entrega de fls. 16 e da Certidão de fls. 23/24.

Com relação à autoria e a responsabilidade penal do acusado, bem como quanto às demais circunstâncias, necessário se faz o estudo detido das provas carreadas aos autos, cotejando-as com o fato descrito na denúncia.

No momento do interrogatório em Juízo, o réu **CLAUDIO ANDRADE DE SOUZA** confessou parcialmente os fatos (fls. 69/70) – Disse que: *"...no dia que ocorreu o fato estava vindo da Ribeira sozinho, e vinha um outro "maloqueiro" que não estava com o interrogado; Que o interrogado viu a vítima a vir de frente, e a mesma com um fone de ouvido, e o interrogado que estava tomando "umas duas", botou a mão embaixo da camisa e disse que "Querida só o celular"; que depois que a mesma deu, o interrogado saiu correndo sentido ao bairro do Uruguai; que os tiros foram dados pela população que correu atrás do interrogado; que pediram o celular e o interrogado entregou; que na hora os policiais foram chegando e o interrogado estava no chão; que desde aquele momento o interrogado informava que tinha agido só e não tinha um segundo elemento; que foi preso em Santo Antônio de Jesus pelo art. 155; que ficou 3 meses preso; que o acusado foi levado para a Central de Flagrantes; que como estava muito arrebatado, o delegado determinou que o interrogado fosse levado para a UPA da San Martin; que não tem processo em outro vara nesta capital; que tinha perdido o dinheiro no jogo de sinuca na Ribeira; que quando saiu desta situação, vai procurar trabalho...."*

A vítima, por sua vez, foi ouvida em Juízo e, em pormenorizado depoimento, narrou com riqueza de detalhes o fato delituoso, confirmando a autoria e a materialidade do delito, bem como o concurso de agentes e o emprego de arma:

JÚLIA LÍCIA MATOS BAQUEIRO (vítima, fls. 63/64) – *"Que reconheceu o acusado através do "espelho mágico" desta sala de audiência; que estava saindo do curso do SENAI indo em direção à sua casa, indo pelo mesmo passeio e atravessou a rua quando chegou na praça de Roma em frente ao CPA; que foi abordada por dois indivíduos estando armado o elemento que está preso; que o outro elemento, mandou a declarante ficar calma, mas não agrediu; que o acusado presente tomou o celular da declarante que tem um valor de R\$ 800,00 aproximadamente; que recebeu seu celular de volta na delegacia; que o acusado chegou a apontar a arma para a declarante; que o acusado mandou que a declarante recolhesse as coisas que tinha jogado no chão e fosse andando; que o pessoal gritou "pega ladrão, pega ladrão"; que alguém de moto seguiu o acusado e o mesmo chegou a atirar em termos de 5 ou 6 tiros; que foi para a delegacia 3ª DT; que o acusado foi preso no prazo de 01h mais ou menos..."*(grifos nossos).

Importante destacar que as testemunhas de acusação também foram ouvidas em Juízo, corroborando com a versão dada pela vítima, confirmando a materialidade e autoria do delito pelo acusado. Vejamos:

MÁRCIO OLIVEIRA REIS SILVA (testemunha da acusação, Policial Militar, fls. 61/62) – *"... Que reconhece o acusado presente nesta sala de audiência;*

que populares informaram que tinham acabado de ouvir tiros; que o fato ocorreu na rua Araújo Bucão; que se deslocaram para o local e lá encontraram o acusado no chão dominado e vários populares informando que tinham pegado o acusado com um celular; que o acusado foi levado para a 3ª DT e depois para a Central de Flagrantes; que a vítima estava na delegacia e reconheceu o acusado, inicialmente através de fotografia tirada no celular de um componente da guarnição; que a vítima falou que eram dois elementos, e um estava armado....” (grifos nossos).

TALITA SOUZA BASTOS (testemunha da acusação, Policial Militar, fls. 65/66) – *“...Que reconhece o acusado presente nesta sala de audiência; que recebeu informações pela SICOM, e antes de chegar no local propriamente encontrou populares que informaram do fato e inclusive que tinham ocorrido tiros; que encontrou o acusado rendido no chão; que populares disseram que tinha outro elemento, mas só foi encontrado o acusado; que foi encontrado o celular com populares que tinham tomado do acusado; que não lembra se os populares falaram do outro elemento e com relação a disparos e fuga com a arma; que não lembra se o acusado foi encaminhado a uma UPA para tratamento médico; que quando chegaram na 3ª DT, encontraram a vítima com os familiares prestando ocorrência; que a vítima reconheceu primeiro o acusado por foto do celular; que a vítima falou que tinha sido roubada mediante arma de fogo, e que era mais de um indivíduo...”(grifos nossos).*

EVANDRO DE JESUS BATISTA (testemunha da acusação, Policial Militar, fls. 67/68) – *“...Que reconhece o acusado presente nesta sala de audiência; que recebeu mensagem via SICOM, que tinha um elemento detido por populares na rua Araújo Bucão, próxima a Associação de Praça da Polícia Militar; que populares informaram que o acusado tinha acabado de fazer um assalto em companhia de outro elemento; que segundo os populares, tinha um outro elemento que efetuou uns 2 disparos para cima; que não foi encontrada a arma de fogo, mas foi encontrado o celular da vítima na posse de um popular que alegou ter tomado o mesmo do acusado; que foi feita a vistoria, depois dada voz de prisão e depois conduzido para a 3ª DT, onde se encontrava a vítima com seus familiares prestando a queixa; que na delegacia a vítima reconheceu o acusado, por meio de uma fotografia tirada naquele momento na DT; que o acusado foi levado até uma UPA porque tinha sofrido contusões praticadas por populares; que o flagrante do acusado foi feito na Central de Flagrantes; que o outro elemento evadiu-se levando a arma...”(grifos nossos).*

Verifica-se, pois, que os depoimentos são precisos, firmes e uníssonos quanto à conduta do réu, não havendo qualquer motivo que revele a intenção de causar prejuízo à pessoa do mesmo, ratificando, assim, a prova produzida na fase inquisitorial.

Em relação à majorante do § 2º, inciso II, do art. 157 do CPB, é indiscutível que o réu agiu em concurso de pessoas na execução do crime. As testemunhas e a vítima ouvidas em Juízo, ao narrarem a execução detalhada do crime, confirmaram o fato.

Também restou devidamente comprovada a majorante do § 2º, inciso I, do

artigo 157 do CPB. De fato, não merece acolhimento a tese da defesa de afastamento da referida causa de aumento de pena, uma vez que, para o seu reconhecimento, não necessita da apreensão e perícia da arma utilizada na prática do roubo, se outros meios de prova evidenciarem seu emprego, por exemplo, o depoimento firme da vítima.

Entende este julgador, portanto, completamente superada a tese defensiva, face aos argumentos acima expostos, razão pela qual decido refutá-la, eis que não encontrou respaldo nas provas coligidas. Verifica-se a predominância probatória da acusação, merecendo acolhida da sua tese, que se mostra mais em consonância com o contexto factual, e conduz, inexoravelmente, à condenação do réu.

Dispositivo.

Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, **JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na denúncia e CONDENO CLAUDIO ANDRADE DE SOUZA como incurso nas penas do artigo 157, § 2º, I e II, do CPB.**

Passo a dosar a pena a ser aplicada ao réu condenado, em estrita observância ao disposto pelo artigo 68, *caput*, do Código Penal.

Com espeque no art. 59 do Código Penal, passo a examinar as circunstâncias Judiciais para a fixação da pena-base:

O réu agiu com culpabilidade normal à espécie.

É condenado por outro processo, sendo portanto reincidente (fls. 26 do APF em apenso).

Não possui informações quanto a sua conduta social. Sua personalidade, entretanto, não recomenda, pois já respondeu a outra ação penal (fls. 26 do APF apenso).

O motivo do delito se constitui pelo desejo de obtenção de lucro fácil, o qual já é punido pela própria tipicidade e previsão do delito.

As circunstâncias se encontram relatadas nos autos e são graves, uma vez ~~que teve houve tiroteio em plena via pública.~~

As consequências do crime não foram graves, tendo sido o bem subtraído devolvido à vítima.

A vítima de modo algum contribuiu para a prática do crime.

Dosimetria:

Fixo a pena-base em *05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, cada um no equivalente a 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso.*

Presente a circunstância atenuante do artigo 65, III, "d", do CPB, pelo que atenuo a pena em 1/6. Não há agravantes nem causas de diminuição de pena.

Encontram-se configuradas as majorantes dos incisos I e II, do § 2º, do art. 157, como já exposto, razão pela qual aumento a pena em 2/5.

Portanto, **fica o Réu CLAUDIO ANDRADE DE SOUZA condenado**

definitivamente à pena de 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto na Colônia Penal Lafayette Coutinho, e a 14 (quatorze) dias-multa, no valor antes mencionado.

Em vista da pena imposta, e por critérios objetivos, incabível as benesses previstas nos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal.

Nego ao réu o direito de apelar em liberdade, estando presentes os requisitos e pressupostos da preventiva. A materialidade e autoria restaram amplamente comprovadas na fundamentação. O *periculum libertatis* está evidenciado para assegurar a ordem pública, uma vez que o réu é reincidente, além de responder a outras ações penais nesta Capital, a induzir este Juízo de que sua colocação em liberdade exporia a coletividade à risco de reiteração criminosa. **Diante do exposto, com base no artigo 312 do CPP, MANTENHO A PRISÃO PREVENTIVA DO RÉU.**

Em relação à Detração, esta somente será realizada pelo Juiz do processo de conhecimento para fins tão-somente de modificar o regime inicial de cumprimento da pena; se este não for alterado, não pode haver cálculo para diminuir a reprimenda, sob pena de se invadir a competência do Juízo da Execução.

Diante disso, deixo de aplicar a detração prevista no § 2º do art. 387 do CPP, uma vez que o regime inicial de cumprimento da pena ora imposta não será modificado, não obstante o período de prisão cautelar do sentenciado.

Dispensar o acusado, ainda, do pagamento das custas processuais.

Após o trânsito em julgado desta decisão, tomem-se as seguintes providências:

- 1) Lance-se o nome do réu no rol dos culpados;
- 2) Oficie-se o Tribunal Regional Eleitoral deste Estado, comunicando a condenação do réu, para cumprimento do quanto disposto pelo artigo 71, parágrafo 2º, do Código Eleitoral c/c artigo 15, III, da Constituição Federal;
- 3) Oficie-se o CEDEP, fornecendo informações sobre o julgamento do feito.
- 4) Expeça-se Guia de Recolhimento à 1ª VEP.
- 5) P.R.I.

Salvador(BA), 15 de março de 2017.
Eduardo Afonso Maia Caricchio
Juiz de Direito

SENTENÇA

Processo nº: **0337297-33.2012.8.05.0001**
 Classe Assunto: **Ação Penal - Procedimento Ordinário - Roubo Majorado**
 Autor: **"Ministério Público do Estado da Bahia**
 Réu: **Tamires Cristina Gomes Freitas**
 Vistos, etc..

O representante do Ministério Público, lastreado no inquérito policial de fls. 05/30, ofereceu denúncia contra TAMIRES CRISTINA GOMES FREITAS, dando-a como incurso nas sanções dos artigos 157, § 2.º, I e II, do Código Penal.

Narra a denúncia que a acusada, no dia 25 de abril de 2012, em um ponto de ônibus na Praça da Piedade, nesta Capital, juntamente com alguém conhecido como "BI", abordaram a Sra. Nilmara dos Anjos e subtraíram um aparelho celular da marca Hauwai, mediante exibição de um facão pela denunciada e de uma faca tipo peixeira por seu parceiro. Logo após, a autora do fato foi detida por policiais nas proximidades, tendo em mãos o facão. Contudo, o aparelho celular ficou em poder do outro agente, o qual conseguiu evadir-se.

Auto de prisão em flagrante às fls. 05/30; boletim individual de indiciamento às fls. 26/27; relatório da autoridade policial às fls. 28/29; certidões de antecedentes às fls. 46/48 e 100/101.

A denúncia foi recebida em 15.05.2012. A ré foi citada (fl. 37v). Apresentou resposta à acusação e arrolou testemunhas (fl. 39/41).

Passou-se à instrução do feito, quando foram inquiridas as testemunhas REGINALDO ALMEIDA DE QUEIROZ e ANTENOR LÚCIO DE OLIVEIRA NETO, arroladas na denúncia, bem como a vítima, NILMARA DOS ANJOS. A testemunha ausente foi dispensada pela acusação e a defesa dispensou as testemunhas arroladas na resposta à acusação. A ré foi interrogada. As partes não requereram diligências.

Em alegações finais, o Ministério Público pediu a condenação da ré nos termos da denúncia. A defesa pugnou pela absolvição da denunciada, além de requerer, subsidiariamente, em caso de condenação, o reconhecimento da participação de menor importância, a aplicação da pena no seu mínimo legal ou a aplicação do regime aberto no cumprimento da pena.

É o Relatório.

Decido.

MATERIALIDADE

Embora não exista auto de apreensão do aparelho celular subtraído, porque não foi recuperado, nem o das armas, os testemunhos, em especial o depoimento da vítima, retratam a existência do delito.

AUTORIA

No seu interrogatório, a ré nega a prática do delito, alegando ter recebido o celular de "um rapaz com o qual fez um programa". Afirmou também que não portava o facão apresentado pelos policiais e que, apesar de já ter praticado pequenos furtos, nunca utilizou arma branca.

Entretanto, a prova testemunhal e o depoimento da vítima conduzem à certeza de que a acusada praticou a conduta descrita na denúncia.

Quanto ao valor da palavra da vítima nesta espécie de crime, veja-se o que ensina a jurisprudência dominante:

“APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO -DESCCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO - INVIABILIDADE - DEPOIMENTO DA VÍTIMA ATESTA A VIOLÊNCIA - REDUÇÃO DAS PENAS - RECURSO DESPROVIDO. I. DO DEPOIMENTO DA OFENDIDA INFERE-SE QUE O RÉU VALEU-SE DE VIOLÊNCIA PARA SUBTRAIR A BOLSA. II. EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO, A PALAVRA DA VÍTIMA MERECE ESPECIAL CREDIBILIDADE QUANDO AMPARADA EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. III. NADA A REPARAR NA DOSIMETRIA DAS PENAS. INCABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS PORQUE O CRIME FOI COMETIDO COM VIOLÊNCIA CONTRA PESSOA. IV. APELO IMPROVIDO.” (Processo: APR 385902820108070001 DF 0038590-28.2010.807.0001 Relator(a): SANDRA DE SANTIS Julgamento: 09/12/2010 Órgão Julgador: 1ª Turma Criminal Publicação: 15/12/2010, DJ-e Pág. 133) (grifo nosso)

Disse a vítima:

*“...Que no dia dos fatos a declarante se encontrava na Pça da Piedade e estava esperando o ônibus quando dois elementos chegaram, um homem e uma mulher e o elemento encostou na declarante com uma faca que portava na cintura, **enquanto a acusada mostrava para a declarante a faca e um facão. Intimidando a declarante.** Que o elemento exigiu que a declarante lhe entregasse todos os pertences e a declarante e mais as duas moças que estavam no ponto entregaram ao elemento todos os pertences. Que a declarante entregou o seu aparelho celular ao meliante e não o recuperou. Que o aparelho valia R\$ 209,00. Que depois que pegaram os pertences das vítimas o elemento e a acusada correram saíram correndo ... Que quando os elementos correram saíram do campo de visão da declarante ... Que a guarnição conseguiu prender a acusada. Que o celular da declarante não foi encontrado com a acusada, posto que o outro elemento o levou. **Que a declarante fez o reconhecimento da acusada na delegacia. Que reconhece a acusada presente nesta audiência como sendo um dos autores do crime perpetrado contra a declarante. Que quando a acusada foi revistada a polícia encontrou com ela uma tesoura e um facão.**”* (NILMARA DOS ANJOS, fl. 75). (grifos nossos)

E este relato é coerente com os depoimentos das testemunhas de acusação:

“... Que passaram as características dos elementos passadas pela vítima para a CENTRAL e outra guarnição a esta altura já havia capturado a acusada e pedia que levassem a vítima para fazer o reconhecimento. Que o depoente já conhecia a acusada. Que a acusada presente foi a pessoa presa no dia do fato. Que a vítima disse que o homem estava com uma faca e a mulher com um facão... Que um facão e uma tesourinha foram encontrados em poder da acusada” (REGINALDO ALMEIDA DE QUEIROZ, fl. 73).

“... Que uma outra viatura passou um rádio pedindo para levar a vítima até onde se encontrava, posto que haviam prendido uma mulher com as mesmas características fornecidas pela vítima e que a mesma estava de posse de um facão. Que levaram a vítima e a mesma reconheceu a acusada presente como sendo autora do crime e fora logo levada para a delegacia. Que a mulher apontada pela vítima é a acusada presente nesta audiência ...” (ANTENOR LUCIO DE OLIVEIRA NETO, fl. 74).

Por outro lado, no seu interrogatório, a denunciada apresentou uma versão dissociada do acervo probatório constante dos autos, sem trazer qualquer elemento que pudesse sustentar a sua versão dos fatos.

Tudo isto leva a crer que o relato e o reconhecimento da vítima são mais coerentes e compatíveis com a realidade dos fatos.

Não há dúvida que o delito descrito nos autos foi consumado. De fato, os agentes evadiram-se do local, levando o aparelho celular da vítima, sendo encontrada a denunciada momentos depois pelos policiais sem a *res furtiva*. A imediata prisão do autor do fato não significa que o crime não se consumou, como se vê do julgado a seguir transcrito:

STF-141494) HABEAS CORPUS. CÓDIGO PENAL. CRIME DE ROUBO (ARTIGO 157 DO CÓDIGO PENAL). MOMENTO CONSUMATIVO. CESSADA A VIOLÊNCIA E INVERTIDA A POSSE DOS BENS SUBTRAÍDOS. PERSEGUIÇÃO PELA POLÍCIA. CAPTURA DO ACUSADO. ROUBO CONSUMADO. PRECEDENTES. É de se considerar consumado o roubo quando o agente, cessada a violência ou a grave ameaça, inverte a posse da coisa subtraída. Desnecessário que o bem objeto do delito saia da esfera de vigilância da vítima. O simples fato de a vítima comunicar imediatamente o ocorrido à polícia, com a respectiva captura do acusado nas proximidades do local do crime, não descaracteriza a consumação do delito. Precedentes: RE 102.490, da relatoria do ministro Moreira Alves (Plenário); HC 89.958, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; HC 94.406, da relatoria do ministro Menezes Direito; HC 89.653, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; HCs 89.619 e 94.552, ambos de minha relatoria. Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 95.998-9/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Carlos Britto. j. 12.05.2009, maioria, DJe 12.06.2009).

DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA

Não pode ser aceita a tese da defesa de que a denunciada teve participação de menor importância na prática do delito, fazendo jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1.º do Código Penal. Com efeito, pelo

conjunto de provas produzidas, verifica-se uma perfeita divisão de tarefas entre os coautores do fato, com uma contribuição decisiva da denunciada, não ficando a seu cargo atividades meramente secundárias da infração penal.

Nesse sentido:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. COAUTORIA. PRINCÍPIO DO DOMÍNIO DO FATO. EMBOSCADA. ART. 61, II, "c", DO CP. AGRAVANTE GERAL NÃOAPLICÁVEL AO COAUTOR QUE A DESCONHECIA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. **Aplicável a teoria do domínio do fato para a delimitação entre coautoria e participação, sendo coautor aquele que presta contribuição independente, essencial à prática do delito, não obrigatoriamente em sua execução.** Omissis. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para, reconhecendo a atuação do réu como coautor do delito de latrocínio, afastar a incidência do art. 29, § 1º, do CP, restabelecendo o acórdão proferido em sede de apelação." (Resp 1068452/PR, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 29/06/2009.) (grifo nosso)

QUALIFICADORAS

Restou inconteste que a ré, ao subtrair o aparelho celular da vítima, o fez com o emprego de armas, o que está cabalmente demonstrado nos depoimentos colhidos durante a instrução. Também é clara a participação de duas pessoas na ação.

Incide, pois, o aumento de pena decorrente do emprego de arma e pela participação de duas ou mais pessoas (art. 157, § 2º, I e II do CP).

REINCIDÊNCIA

O art. 63 do CP dispõe que: "*verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*". Assim, só haverá reincidência quando: 1) houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado; 2) o novo crime for praticado após o trânsito em julgado da primeira sentença condenatória.

Na hipótese dos autos, as certidões de fls. 46 e 47 atestam a existência das condições referidas nos itens 1 e 2 acima, fazendo incidir a agravante prevista no art. 61, I, do CP.

CONCLUSÃO

Isto posto, julgo procedente a denúncia, para condenar TAMIRES CRISTINA GOMES FREITAS nas penas do art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal, com a incidência da agravante do art. 61, I, do CP.

DOSIMETRIA E FIXAÇÃO DA PENA

Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, tem-se que foi reprovável a conduta da ré. Não é primária e ostenta ações penais em seu desfavor, inclusive com notícia de condenação anterior. O relato sobre sua conduta social e personalidade encontra-se exclusivamente no seu interrogatório, onde revela a prática de outros delitos. O motivo foi o lucro fácil, em detrimento do patrimônio alheio. As

consequências do crime não foram tão graves quanto à integridade física do sujeito passivo, porém a vítima teve prejuízo patrimonial pois não recuperou o objeto subtraído. A vítima em nada concorreu para a ocorrência do crime. Assim analisadas as circunstâncias judiciais, a pena-base deve ser fixada um pouco acima do mínimo legal, pelo que a fixo em cinco anos de reclusão, aumentada de um ano em razão da reincidência, levando-a a seis anos de reclusão. Inexistindo atenuantes ou outras agravantes, faço incidir o aumento decorrente das qualificadoras do emprego de arma e do concurso de pessoas, para aumentá-la de 1/2, não somente por serem duas qualificadoras, mas também em razão das circunstâncias judiciais antes analisadas, levando-a então a **nove anos de reclusão**, tornando-a definitiva neste patamar.

Pelos mesmos motivos acima expostos, fica a pena de multa fixada em cinquenta dias multa, à base de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

A pena de reclusão será cumprida, inicialmente, em regime fechado.

PRISÃO PREVENTIVA

Mantenho a prisão preventiva da acusada posto que se encontram intactas as razões que embasaram a decisão de fls. 32/34. De fato, trata-se de acusada que, além de ostentar outras ações penais por delitos diversos, incluindo uma condenação, relatou a prática anterior de outros delitos contra o patrimônio. Assim, a prisão é necessária para garantir a ordem pública, visto que, em liberdade, a denunciada, certamente encontrará estímulos para continuar delinqüindo. Ademais, já ostentava condenação criminal quando veio a praticar o fato da denúncia, demonstrando que a condenação anterior não fora suficiente para evitar a prática de novos delitos.

Por outro lado, seria contraditório conceder a liberdade provisória após a sentença condenatória, se a acusada permaneceu presa durante a instrução e foi condenada a uma pena superior ao mínimo e em regime fechado:

STF-145162) HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO

EM FLAGRANTE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUPERVENIÊNCIA DE

SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONFIRMAÇÃO DA

*NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO. ORDEM DENEGADA. I - A superveniência da sentença penal condenatória, na espécie, não prejudica o habeas corpus, tendo em vista que o juízo sentenciante limitou-se a manter a prisão, sem acrescentar outros fundamentos além daqueles já expostos na decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória. Precedentes. II - A custódia foi fundamentada nos requisitos da prisão preventiva, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, especialmente em razão dos fortes indícios de que, em liberdade, o paciente voltaria a delinquir. III - **Ademais, considerando que o réu permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não se afigura plausível, ao contrário, revela-se um contrassenso jurídico, sobrevindo sua condenação, colocá-lo em liberdade para aguardar o julgamento do apelo.** IV - Ordem denegada.*

(Habeas Corpus nº 110.842/MG, 2ª Turma do STF, Rel. Ricardo Lewandowski. j. 03.04.2012, unânime, DJe 14.06.2012). (grifos nossos).

Ao trânsito em julgado da presente, lance-se o nome da ré no rol dos culpados.

Sem custas, por ter sido assistida pela Defensoria Pública.

P.R.I.

Salvador(BA), 30 de janeiro de 2013.

Adriana Helena de Andrade Carvalho
Juíza de Direito



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
9ª Vara Criminal

Av. Ulysses Guimarães, 690, 4º Andar do Fórum Criminal,
Sussuarana - CEP 41213-000, Fone: 3460-8005/8047, Salvador-
BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br vrg@tjba.jus.br

EDITAL DE INTIMAÇÃO DE SENTENÇA

Processo nº: **0152846-82.2003.8.05.0001**
Classe Assunto: **Crime Contra O Patrimônio - Assunto Principal do Processo << Nenhuma informação disponível >>**
Autor: **""Ministério Público do Estado da Bahia**
Réu: **Valdemir Jose Oliveira dos Santos e outro**
Prazo: **90**

Intimando(a)(s): **Valdemir Jose Oliveira dos Santos**, RG 0331065410, nascido em 29/08/1967, natural de Salvador-BA, pai Martinho Jose dos Santos, mãe Jardelina Oliveira Santos ; **Jailton Bispo de Souza**, RG 5732048, nascido em 31/10/1978, natural de Salvador-BA, pai Jose Agapito de Souza, mãe Carmem Bispo de Souza.

Parte Conclusiva da Sentença: Ante ao exposto, julgo PROCEDENTE a pretensão punitiva do Estado, materializada na denúncia oferecida pelo Ministério Público, em face do que CONDENO, nos termos do artigo 387 do Código de Processo Penal, os acusados VALDEMIR JOSÉ OLIVEIRA DOS SANTOS e JAILTON BISPO DE SOUZA, já qualificados, como incurso nas penas do artigo 157, §2º, inciso II, do Código Penal, aplicada na forma em que se segue. VALDEMIR JOSÉ OLIVEIRA DOS SANTOS, conforme restou evidenciado nos autos, apresentou-se, durante toda ação delitativa do roubo, com mais violento dos agentes, espelhado personalidade maldosa. A vítima não contribuiu para a ocorrência do delito. Há, ainda, a ponderar o saldo negativo lesado pelo roubo com a perda de bens que não foram recuperados. Assim, fixo a pena-base em 07(sete)anos de reclusão. Ponderando a existência de agravante, contudo não restou comprovada a existência de atenuantes. Esta comprovada a agravante do motivo torpe, ganho fácil, pela falta de disposição para trabalhar honestamente. O que demonstra vileza incomum na sua motivação. Elevo a pena, pois, em 1/3(um terço), passando a 09(nove)anos e 04(quatro) meses de reclusão. Finalizando a terceira etapa, constata a presença de uma causa de aumento, concurso de pessoas. Por isso, o aumento será da metade, atingindo a pena de 14(quatorze)anos de reclusão. Iniciará o cumprimento no regime fechado(art.33,§2º, a, do Código Penal). Não poderá recorrer em liberdade em liberdade, para garantia da ordem pública e sua punição atingiu patamar elevado. Fixo, ainda, quanto à multa o valor de 30(trinta)dias-multa, calculada cada dia em 1/30(um trigésimo)do salário mínimo. O número de dias-multa foi estabelecido acima do mínimo, que é de 10, tendo em vista o elevado grau de reprovação merecido pelo co-réu, acompanhado o prisma da pena privativa de liberdade, e por ser pessoa pobre, o valor do dia-multa foi estabelecido no mínimo legal. Incidirá o cumprimento no regime fechado art.33,§2º, a, do Código Penal. Não poderá recorrer em liberdade para garantia da

ordem pública demonstrado ser vadio e com personalidade voltada a prática criminosa, e sua punição atingir patamar elevado.Quanto à JAILTON BISPO DE SOUZA, fixo a pena-base em 07(sete)anos de reclusão.Ponderando, agora, as agravantes existentes,deixando de existir,atenuantes,reconheço a agravante do motivo torpe.Elevo a pena, pois, em 1/3(um terço),pela existência de agravante, passando-a a 09(nove)anos e 04(quatro)meses de reclusão.Constato a presença de uma causa de aumento, o concurso de pessoas.Por isso,o aumento será de metade, atingindo a pena de 14(quatorze)anos de reclusão.Iniciará o cumprimento no regime fechado(art.33,§2º, a , do Código Penal).Não poderá recorrer em liberdade para garantia da ordem pública, não bastasse sua conduta social a ponderar o aldo negativo deixado pelo roubo,é pessoa de personalidade agressiva, e sua punição atingiu patamar elevado.Fixo,ainda, quanto a multa o valor de 25(vinte e cinco)diasmulta,calculando cada dia em 1/30(um trigésimo)do salário mínimo,sendo estabelecido acima do mínimo, que é de 10, tendo em vista o elevado grau de reprovação merecimento pelo co-réu.Por se tratar de pessoa pobre, o valor do dia multa foi estabelecido no mínimo legal.Iniciará o cumprimento no regime fechado, art.33,§2º,a, do Código Penal.Não poderá recorrer em liberdade para garantia da ordem pública demonstrando ser vadio e com personalidade voltada a prática criminosa, e sua punição atingir patamar elevado.Custas processuais como de direito.Após trânsito em julgado,lance-se os nomes dos réus no rol de culpados,expedindo-se guia de recolhimento, para fins de execução da pena.Oficiese do TRE para fins do art.15, Inciso III,da CF/88 e ao CEDEP.P.R.Intime-se, inclusive à vítima.Salvador,03 de maio de 2011, Marivalda Almeida Moutinho, Juíza de Direito.Por intermédio do presente, a(s) pessoa(s) acima identificada(s), atualmente em local incerto ou não sabido, fica(m) ciente(s) de que, neste Juízo de Direito, tramitam os autos do processo epigrafado, bem como INTIMADA(S) quanto ao teor da sentença prolatada, conforme a parte conclusiva transcrita na parte superior deste edital, bem como para interpor(em) o respectivo recurso, querendo, no lapso de tempo supra mencionado, contado do transcurso do prazo deste edital. E, para que chegue ao conhecimento de todos, partes e terceiros, foi expedido o presente edital, o qual será afixado no local de costume e publicado 1 vez(es), com intervalo de 0 dias na forma da lei. Salvador (BA), 25 de junho de 2015.

Juiz de Direito: Edmundo Lúcio da Cruz