



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DANIELLE CHRISTINE SILVA MELO BURICHEL

ENTRE A REPROVAÇÃO E A PREVENÇÃO: a evolução da práxis da aplicação da pena e a delimitação da discricionariedade do juiz pelo método racional de equiparação hierárquica de circunstâncias judiciais

**RECIFE
2018**

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DANIELLE CHRISTINE SILVA MELO BURICHEL

ENTRE A REPROVAÇÃO E A PREVENÇÃO: a evolução da práxis da aplicação da pena e a delimitação da discricionariedade do juiz pelo método racional de equiparação hierárquica de circunstâncias judiciais

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Área de concentração: **História do Pensamento Jurídico**

Linha de pesquisa: **História das Ideias Penais**

Orientador: Prof^(a). Dr^(a). **Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas**

RECIFE
2018

RESUMO

Este trabalho dissertativo apresenta uma análise crítica a respeito da determinação judicial da pena, em específico em relação à fixação da pena-base. A crítica se baseia na perceptível ausência de uniformidade nas sentenças pela não observância estrita e equânime das finalidades de reprovação e prevenção de crimes previstas de maneira expressa no art. 59 do CPB, o que possibilita, portanto, a fixação de penas discrepantes diante de crimes e autores com caracteres semelhantes, bem como penas semelhantes diante de crimes e autores com características completamente distintas. Antes de expor a problemática observada na legislação contemporânea, procurou-se compreender as marchas e contramarchas do poder punitivo estatal, de acordo com o maior ou menor dose de arbítrio atribuída ao aplicador da sanção. Assim, inicialmente, a abordagem é feita pela exposição dos sistemas de aplicação da pena no decorrer da história, que passou pelas fases de indeterminação da sanção, determinação absoluta em penas fixas e, enfim, de indeterminação relativa, ocasião em que já se reclamava a individualização da pena de maneira adequada ao fato e seu autor, até mesmo por influência da escola positiva que ganhava força no cenário acadêmico. Foi examinado o sistema das margens penais, que contempla a indeterminação relativa da pena, ao conferir ao juiz o poder de a seu prudente arbítrio fixa-las entre os marcos mínimos e máximos preestabelecidos pelo legislador. Em seguida, são apresentadas as principais teorias acerca das finalidades da pena, as quais serviram de base para a formação da teoria mista adotada no nosso Código Penal. Após, analisa-se as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CPB, identificando-se algumas como relacionadas ao fato criminoso e outras com o seu agente, o que demonstra a interligação de cada uma delas com as finalidades de reprovação, prevenção geral e prevenção especial da pena. Mais adiante, demonstra-se que o CPB, ao impor apenas observância à necessidade e suficiência da pena fixada para fins de retribuir e prevenir o delito, não previu a hierarquia entre as finalidades da pena nem de nenhuma circunstância judicial em específico. Como consequência da não hierarquia entre finalidades e circunstâncias judiciais, constatou-se a necessidade de uma maior delimitação da discricionariedade judicial quando do exercício da fixação da pena-base. Dessa forma, com o fito de bem guiar a discricionariedade judicial sob o pálio da pretensão de correção, mesmo de lege lata, concluiu-se que impõe ao magistrado, por cada circunstância judicial considerada desfavorável ao réu dentre as oito previstas no art. 59 do CPB, não ultrapassar a fração de 1/8 (um oitavo), nem aquém a 1/16 (um dezesseis avos), fração essa extraída do produto entre as penas máximas e mínimas dos tipos. O atuar do magistrado dessa forma, ou seja, ancorado no princípio da proporcionalidade, decerto acarreta maior segurança jurídica, possibilidade de impugnação consciente pelas partes porventura inconformadas e o mais importante, presta-se a satisfazer os imperativos da Justiça de acordo com a ponderada individualização da pena, a salvo de eventuais perseguições ou indevidos beneficiamentos independentemente de quem quer que esteja sentado no banco dos réus.

Palavras-chave: Dosimetria da pena. Finalidades da pena. Circunstâncias judiciais. Individualização da pena. Discricionariedade judicial. Delimitação.

ABSTRACT

This essay presents a critical analysis regarding the judicial determination of the sentence, specifically in relation to the establishment of the basic sentence. The criticism is based on the perceptible absence of uniformity in the sentences for the non-strict and equitable observance of the purposes of reprobation and prevention of crimes foreseen expressly in art. 59 of CPB, which allows, therefore, the establishment of discrepant sentences for crimes and authors with similar characters, as well as similar penalties for crimes and authors with completely different characteristics. Before presenting the problematic observed in the contemporary legislation, it was tried to understand the marches and countermarches of the punitive power of the state, according to the greater or lesser degree of arbitration attributed to the applicator of the sanction. Thus, initially, the approach is made by exposing the penalty systems throughout history, which went through the phases of indetermination of the sanction, absolute determination in fixed sentences and, finally, relative indetermination, at which time the individualization of the sentence appropriately to the fact and its author, even by influence of the positive school that gained strength in the academic scene. The system of penal margins, which contemplates the relative indetermination of the penalty, has been examined, by giving the judge the power of his discretion to set them between the minimum and maximum limits established by the legislature. Next, the main theories about the purpose of the sentence are presented, which served as a basis for the formation of the mixed theory adopted in our Penal Code. After, it analyzes the judicial circumstances foreseen in art. 59 of the CPB, identifying some as related to the criminal act and others with its agent, which demonstrates the interconnection of each of them with the purposes of disapproval, general prevention and special penalty prevention. Furthermore, it is shown that the CPB, by imposing only compliance with the necessity and sufficiency of the punishment established for the purpose of repaying and preventing the crime, did not provide for the hierarchy between the purposes of the penalty nor any specific judicial circumstance. As a consequence of the non-hierarchy between judicial purposes and circumstances, there was a need for a greater delimitation of judicial discretion when exercising the basic penalty. Thus, in order to guide legal discretion under the scope of the claim for correction, even if it is lege lata, it was concluded that it imposes on the magistrate, for each judicial circumstance considered unfavorable to the defendant among the eight provided for in art. 59 of the CPB, does not exceed the fraction of $1/8$ (one eighth), nor less than $1/16$ (one sixteenth), a fraction extracted from the product between the maximum and minimum feathers of the types. The magistrate's performance in this way, that is, anchored in the principle of proportionality, certainly entails greater legal certainty, a possibility of conscientious objection by the non-conforming parties and, more importantly, lends itself to satisfy the imperatives of Justice according to the considered individualization of the penalty, safe from possible persecution or undue benefit regardless of whoever is sitting in the dock.

Keywords: *Dosimetry of the pen. Purposes of the penalty. Judicial Circumstances. Individualization of the penalty. Judicial discretion. Delimitation.*

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO: A problemática ausência de critério quantitativo definidor para fixação da pena-base por cada circunstância judicial desfavorável..... | 13 |
| CAPÍTULO 1 – Dos sistemas de aplicação da pena na história: do arbítrio total do aplicador até a discricionariedade regradada..... | 27 |
| 1.1 Do sistema das penas indeterminadas: a consequência da punição atroz do absolutismo pela tirania do julgador | 27 |
| 1.2 Do sistema das penas fixas: a consequência da humanização das penas do ideário iluminista e o julgador “boca inanimada da lei” | 33 |
| 1.3 Do sistema das margens penais: a consequência da necessária individualização da pena pela consideração de aspectos pessoais..... | 36 |
| CAPÍTULO 2 – Fins da pena sob a perspectiva histórica: o caminho do pensamento jurídico a respeito da punição de caráter absoluto do castigo ao de retribuição-prevenção | 39 |
| 2.1 O trívio da legitimação penal: reprovação, prevenção e retribuição- prevenção.. | 39 |
| 2.2 Retributivismo: a pena como instrumento de justiça (justa paga pelo mal causado)..... | 40 |
| 2.2.1 Retribuição moral de raiz kantiana..... | 41 |
| 2.2.2 Retribuição jurídica de raiz hegeliana..... | 44 |
| 2.2.3 Retribuição penal na perspectiva de Francesco Carrara | 47 |
| 2.3 Utilitarismo: a pena com a perspectiva para o futuro como instrumento de prevenção de novos crimes | 49 |
| 2.3.1 Prevenção geral positiva e negativa: o recado à coletividade | 50 |
| 2.3.2 Prevenção especial positiva e negativa: o enfoque no agente..... | 54 |
| 2.4 Ecletismo: a conciliação de finalidades retributivas e preventivas da pena pela suficiência e necessidade da pena | 58 |
| CAPÍTULO 3 – A fixação da pena-base decomposta em circunstâncias judiciais: a conjunção de fatores atinentes ao fato e ao agente | 64 |
| 3.1 Conceito de circunstância judicial..... | 64 |
| 3.2 A mescla de postulados da escola clássica e positiva no art. 59 do Código Penal brasileiro: consagração da teoria mista | 67 |
| 3.3 Circunstâncias judiciais relacionadas essencialmente ao fato do autor..... | 69 |
| 3.3.1 Culpabilidade..... | 69 |
| 3.3.2 Motivos..... | 71 |
| 3.3.3 Circunstâncias..... | 72 |
| 3.3.4 Consequências..... | 73 |
| 3.3.5 Comportamento da vítima..... | 73 |
| 3.4 Circunstâncias judiciais relacionadas especificamente ao autor do fato..... | 76 |
| 3.4.1 Antecedentes..... | 76 |

| | |
|---------------------------|----|
| 3.4.2 Conduta social..... | 77 |
| 3.4.3 Personalidade..... | 78 |

CAPÍTULO 4 – Da fixação da pena-base com equiparação hierárquica de todas as circunstâncias judiciais: a limitação do arbítrio judicial pela proporcionalidade e a necessária observância das finalidades da pena declaradas no Código Penal83

4.1 Da atuação do magistrado sentenciante *de lege lata*: o dever de obediência aos imperativos legais de necessidade e suficiência da pena diante das finalidades declaradas pela teoria da união..... 83

4.2 Da ausência de hierarquia entre as circunstâncias no código penal brasileiro: a dosimetria equilibrada entre os pilares orientadores..... 90

4.3 Distorções na dosimetria da pena presentes na legislação vigente no tocante à medida da pena-base e a premente necessidade de delimitação da discricionariedade judicial no aspecto quantitativo 95

4.3.1 Dos limites éticos-morais à discricionariedade judicial. 97

4.3.2 A redução do decisionismo político-criminal na dosimetria da pena pelo emprego da dupla face do princípio da proporcionalidade: da vedação de excesso à vedação de proteção deficiente de bens jurídicos.....102

4.3.3 A pretensão de correção aplicada na dosimetria da pena: o preenchimento da lacuna legal pelo método racional de fixação de quantum mínimo e máximo para cada circunstância judicial valorada como desfavorável pelo juiz.....105

CONCLUSÕES: o necessário aperfeiçoamento da dosimetria da pena-base pela adoção de quantum máximo e mínimo por cada circunstância judicial desfavorável como forma de deferência à ambas as finalidades da pena.....112

REFERÊNCIAS119

APÊNDICES..... 126

INTRODUÇÃO: A PROBLEMÁTICA AUSÊNCIA DE CRITÉRIO QUANTITATIVO DEFINIDOR PARA FIXAÇÃO DA PENA-BASE POR CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL

Costuma-se dizer que a determinação da pena é o muro de lamentações dos penalistas¹, notadamente porque o direito penal se ressentia da ausência de uma dogmática consolidada, aperfeiçoada e direcionada a efetivamente dar a necessária transparência ao processo da individualização da reprimenda, de maneira a evitar o arbítrio judicial².

Também é comum se dizer no meio forense que cada vara criminal parece possuir um código penal próprio, o que decerto traz angústia ou alívio a quem venha a responder a um processo criminal, diga-se, desde o momento da distribuição da ação penal. A sorte do acusado vai depender da ideologia de política criminal que cada magistrado possui, já que a este é conferida ampla margem de discricionariedade para eleger a finalidade da pena que lhe aprouver no caso sob sua tutela³.

¹ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**, Barcelona: Bosch, 1984, p. 137.

² HASSEMER, ob. cit., p. 137: “Y lo lamentable es que la dogmática de la determinación de la pena, es decir, la elaboración sistemática de los criterios establecidos por la ley, no haya alcanzado ni con mucho un grado de precisión y transparencia como el de la dogmática de los presupuestos de punibilidad.” Ainda sobre a ausência de dogmática sofisticada sobre dosimetria da pena discorre Silva Sánchez: “La teoría de la determinación judicial (individualización) de la pena ha tenido un peculiar desarrollo en la historia del Derecho penal. La dogmática de la teoría del delito, cuya finalidad era la determinación del si o no del delito y, por tanto, del si o no de la aplicación del marco penal legal, iba adquiriendo un grado creciente de desarrollo y refinamiento. La teoría de la individualización judicial de la pena, esto es, la determinación del cuánto de la pena dentro del marco legal quedaba, en cambio, al margen de ese desarrollo y refinamiento. Ello, a pesar de que -como se pone de relieve por casi todos los que se refieren al problema- las consecuencias del acto de individualización son determinantes y la posibilidad de recurrirlo y revisarlo, un aspecto esencial del derecho al recurso en materia penal.” SILVA, SÁNCHEZ, Jesús María. **La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo**. Disponível em: www.indret.com. Acesso em 26/12/2017.

³ De acordo com Anabela Miranda Rodrigues, na opinião de quem é ainda atual a afirmação de von Weber, segundo a qual “infelizmente, na prática, a determinação da medida da pena é, o mais das vezes, um jogo de azar”. A autora portuguesa também destaca como um profundo erro pensar que as decisões que em sede de determinação da pena se tomam ocorrem num espaço estranho à racionalidade e dependam apenas ou predominantemente da “arte” e subjetividade do julgador. RODRIGUES, Anabela Miranda. **A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade**. Coimbra Editora: Coimbra, 1995. p 12-13.

Enquanto alguns juízes adotam como norte aplicador da pena a percepção meramente utilitarista com vistas à ressocialização do condenado ou sua neutralização, ou seja, com foco na prevenção especial, seja positiva ou negativa; outros magistrados enfatizam o caráter repressivo, meramente retributivo; outros dão preponderância à utilização da pena como instrumento de visibilidade e prevenção geral e, por fim, outros não aplicam critério nenhum para guiar suas sentenças, cujas penas parecem ser escolhidas aleatoriamente conforme seu humor naquele determinado dia, ora embasadas na ideia de prevenção de crimes, ora na ideia de mero castigo.

A evidência de que a magistratura não trabalha com uniformidade no tocante à eleição das finalidades da pena se encontra sobremaneira na quantificação da pena privativa de liberdade por ocasião da dosimetria, em especial na fixação da pena-base, recorte que faremos no presente trabalho. O magistrado mais alinhado à ideologia retributivista há de fixar a pena-base em conformidade com a reprovabilidade do fato, ou seja, com a culpabilidade como medida da pena.

Por sua vez, o magistrado atrelado à ideologia da prevenção geral tende a aplicar penas mais severas para alcançar o efeito simbólico e coesão social. Já o magistrado que persegue meramente a prevenção especial costuma trabalhar sob a perspectiva de caracteres subjetivos do sujeito sentenciado, olvidando-se, inclusive, da análise da culpabilidade do fato na dosimetria da pena, de forma a propiciar punições manifestamente severas diante de fatos menos graves a sujeitos considerados não socializados e dessocializados ou a aplicar penas extremamente brandas a pessoas tidas como socializadas, mesmo que tenham cometido atos dotados de vultosa gravidade.

Essa perceptível ausência de orientação teleológica no tocante à aplicação da pena deriva da adoção pelo nosso legislador da teoria eclética, a qual tem por característica

conjugar aspectos das teorias retributivistas e utilitaristas e de tais teorias se extrair uma síntese.

A decisão político-criminal dual, isto é, eclética, foi consagrada pelo legislador brasileiro que, alinhado às tendências internacionais⁴, entendeu por positivar expressamente por ocasião do advento da reforma da parte geral do Código Penal do art. 59⁵, a adoção da teoria mista, ao estabelecer como linhas mestras de atuação do magistrado aplicador da pena, a reprovação, mas também a prevenção de novos crimes.

A ambivalência das finalidades da pena também se constata numa singela leitura do rol de circunstâncias judiciais, que consistem nos vetores de orientação do magistrado para fixação da pena-base, algumas atreladas à função preventiva especial, como por exemplo antecedentes, personalidade e conduta social; outras, atreladas à reprovação do fato do autor e de prevenção geral, como por exemplo, culpabilidade, circunstâncias, consequências.

Segundo a ótica do legislador brasileiro do Código Penal vigente, a pena ao ser aplicada deve se prestar a retribuir, reprovar o mal causado pela prática do crime e também deve servir para evitar novos crimes. A prevenção de crimes se dá mediante uma mensagem de comunicação à sociedade pela aplicação da pena, o que consiste na prevenção geral, ou trabalhando individualmente o sujeito que delinuiu, pela via da ressocialização ou, simplesmente, o intimidando, de maneira a fazê-lo acreditar que o cometimento de delitos não compensa, o que consiste na prevenção especial negativa.

Embora não haja dúvidas a respeito da opção pela teoria unificadora no Código Penal Brasileiro em vigor, pouco se discute a respeito de qual vertente teleológica assume primazia

⁴ Prevista no §46, Ab. I, do Código Penal Alemão e no art. 71.º- 1, do Código Penal Português são exemplos.

⁵ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**

por ocasião da aplicação da pena, especificamente na fixação da pena-base, pena fundamental para as demais operações rumo à pena definitiva. A literatura brasileira como regra se resume a glosar as principais finalidades estabelecidas na história e ao final mencionar que adotamos a teoria mista, ou seja, a conjugação das teorias absolutas e relativas.

Porém, esse certo conformismo da doutrina em apenas anunciar a escolha pela teoria mista, sem maiores divagações ou questionamentos, culmina por atribuir ao aplicador da pena uma superdose de poder na eleição da finalidade da pena em cada caso concreto⁶.

Essa consequência foi objeto de estudo por Claus Roxin, ao criticar a adoção de uma teoria que ele batizou como unificadora aditiva em contraposição à sua unificadora dialética⁷, haja vista que a mera sobreposição das finalidades de retribuição e prevenção não cumpriria efetivamente a pretensão do legislador e acabaria por ampliar o poder estatal em face do indivíduo.

De fato, a teoria unificadora aditiva, tal como mencionada por Roxin, tem o condão de assumir um caráter disforme da teoria mista, justamente porque a intenção do legislador não foi o empoderamento dos juízes na escolha de qual finalidade ele reputar como conveniente caso a caso, mas sim de simplesmente reunir o que há de positivo em cada uma das teorias concebidas na história e considera-las como metas a serem perseguidas no exercício da fixação da pena⁸.

⁶ Nas palavras de Zaffaroni, Nilo Batista, Alargia e Slokar, “na prática, traduz-se em uma pluralidade de discursos legitimantes que permitem “racionalizar” qualquer decisão, através tão-somente da escolha do discurso mais apropriado entre os que estão apresentados.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. p. 114

⁷ Denominação dada por Claus Roxin na sua obra **Problemas Básicos del Derecho Penal**, Madri: REUS S.A., 1976. p. 33.

⁸ ROXIN, op. cit. p. 34.

Há de se reconhecer que as teorias mistas também não estão a salvo de críticas, assim como todas as outras que se prestam a justificar a aplicação da pena, conforme restará com mais vagar expostas no decorrer da dissertação, porém, certo é que de *lege lata* o “triângulo mágico”⁹ constitui paradigma inafastável para o trabalho do juiz aplicador da pena, ou seja, a consideração das três vertentes finalísticas a um só tempo, retribuição, prevenção geral e prevenção especial.

Tal conclusão deriva, não apenas porque o legislador consagrou a teoria eclética com a reunião das finalidades da pena, mas também porque pragmaticamente se afigura inconcebível ignorar uma das vertentes em prol de uma orientação unívoca no que se refere às finalidades da pena.

Além disso, evidente é que toda pena, por mais branda que seja, traz em sua essência um caráter aflitivo¹⁰, isto é, retributivo, o que não se distancia muito de uma espécie de vingança pública, ou seja, realizada pelo Estado por critérios de justiça¹¹. Entretanto, paralelamente ao caráter retributivo, compete ao juiz aplicador da pena não olvidar dos programas de prevenção geral e especial. Programas, porque o atingimento das finalidades

⁹ Expressão cunhada por Heinz Zipf, ao trabalhar o processo de medição da pena como apenas possível de efetuar-se se houver um acordo prévio sobre três pontos de vista, a saber: compensação de culpabilidade, o que constitui a reprovação do crime, bem como prevenção geral e prevenção especial, estes últimos, caracteres utilitaristas de prevenção de crimes. Cf. ZIPF, Heinz. **Principios fundamentales de la determinación de la pena**. In: Cuadernos de política criminal. N. 17. Madrid: Edersa, 1982, p. 353.

¹⁰ “Na execução da pena mais regular, no respeito mais exato das formas jurídicas, reinam as forças ativas da vindita. O suplício tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante. Ele a restaura manifestando-a em todo o seu brilho. (...) Sua finalidade é menos de estabelecer um equilíbrio que de fazer funcionar, até um extremo, a dissimetria entre o súdito que ousou violar a lei e o soberano todo-poderoso que faz valer sua força” FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 42.

¹¹ A professora Sílvia Alves destaca que desde o século XVIII, o Estado tinha como preocupação a realização de justiça, até mesmo para fins de legitimação: “A Carta de Lei de 19 de Julho de 1790 lembra que o fim das Leis é a felicidade dos Povos, para os manter em Paz, em Tranquilidade, e em Justiça residindo o Interesse Público na prontidão do castigo do Malfeitor, ou absolvição do Inocente. As penas são um instrumento da observância das leis. Daqui resultam fórmulas como: a justiça é o fundamento do trono; ou sem justiça não há povo que possa subsistir”. ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar**. O direito penal setecentista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p.93.

declaradas da pena no plano concreto pode ou não acontecer por ocasião da execução penal, todavia, a incerteza do sucesso efetivo da punição, não exime o juiz sentenciante de inexoravelmente tentar alcançá-los por intermédio de uma reprimenda adequada e suficiente a atender aos imperativos previstos na norma.

Ressalte-se que, malgrado coexistam perspectivas aparentemente dicotômicas de inspiração nas escolas clássica e positiva¹², partiremos da premissa de que é sim possível conciliar as finalidades declaradas da pena sem incorrer em arbitrariedade ou estabelecer juízos apriorísticos de preponderância entre as circunstâncias judiciais. Para tanto, necessário se faz instituir um quantum máximo e mínimo de elevação da pena-base por cada circunstância judicial valorada como desfavorável ao réu pelo juiz.

Portanto, há de se adotar no tocante à individualização judicial da pena, um equilíbrio racional entre as finalidades declaradas pelo legislador, o que reflete inevitavelmente na quantificação da pena privativa de liberdade, cujo ponto alto de atuação do magistrado é sem dúvida quando da fixação da pena-base.

Como frisado alhures, o legislador reformista da parte geral de 1984¹³ apresentou balizas interpretativas ao juiz, mormente no art. 59 do Código Penal, balizas essas denominadas circunstâncias judiciais¹⁴, bem como determinou expressamente que a pena deveria ser fixada em patamar suficiente a atender às finalidades de retribuição e prevenção (reprovação do crime e prevenção de crimes). Vê-se que, no exercício da dosimetria da pena,

¹² Hungria menciona que o Código brasileiro ao tentar conciliar postulados clássicos e positivistas para fins pragmáticos acendeu uma vela a Carrara e outra a Ferri. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, vol V, p. 459- 460.

¹³ Lei nº 7.209/84

¹⁴ Claudio Brandão esclarece que as circunstâncias judiciais são em verdade critérios limitadores do livre arbítrio judicial na fixação da pena, pois o Código Penal de 1940 abandonou o sistema de penas fixas e resolveu por adotar o sistema da discricionariedade vinculada. BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 637. Contudo, entendemos que esse critério de discricionariedade vinculada não é suficiente a evitar distorções e arbitrariedade judicial.

está o juiz jungido a perseguir os desideratos da reprimenda penal estabelecidos na teoria eclética unificadora, adotada como regra em nossa legislação e, ainda, não está autorizado a seu bel-prazer, desprovido de fundamentação idônea, a fixar penas-base aleatórias, ou seja, máximas ou mínimas, em patente desrespeito ao princípio da individualização escoreita da pena e ao princípio da proporcionalidade, este entendido em suas duas vertentes, isto, é, tanto no que diz respeito à vedação de excesso, quanto no que diz respeito à vedação de proteção deficiente de bens jurídicos.

Entretanto, observa-se que somente as diretrizes estampadas no art. 59 do Código Penal não são suficientes a evitar eventuais injustiças decorrentes do arbítrio do aplicador da pena, sobretudo porque não há previsão na lei de quanto exatamente cada circunstância judicial desfavorável possibilita o recrudescimento da pena-base.

Logo, é comum observar sentenças em que, malgrado tenham sido valoradas em desfavor do réu várias circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, personalidade do agente, conduta social, circunstâncias, consequências, comportamento da vítima), a pena-base tenha restado fixada muito próxima ao mínimo legal. Em contrapartida, também é absolutamente possível ao juiz, a despeito de não ter valorado em desfavor do réu muitas circunstâncias judiciais, fixar a pena-base muito próxima ao máximo legal cominado. Por exemplo, um mesmo réu condenado por homicídio qualificado com duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto pode receber uma pena de 12(doze), 13 (treze) anos de reclusão, como 29 (vinte e nove), 30 (trinta) anos de reclusão, e tudo vai depender da livre vontade do juiz. Vê-se, pois, que ambas as sentenças, tanto a de 29 (vinte e nove) anos de reclusão como a de 13 (treze) anos de reclusão, encontram-se em estrita consonância com a Lei no aspecto meramente formal (art. 59, II, do CP), haja vista que dentro dos limites

mínimo e máximo de pena do homicídio qualificado que é de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão, contudo não necessariamente aptas a atender à tríplice finalidade da pena.

Percebe-se, assim, que a soma dos fatores que constituem o referido triângulo mágico da determinação da reprimenda deve ser observada, sob pena de incorrer o Judiciário em manifesta ilegalidade material por ofensa à *mens legis* do referido art. 59¹⁵ e perda da oportunidade de impor penas justas e adequadas.

Nessa linha de raciocínio e partindo da premissa de que as penas devem observar a retribuição-prevenção, ou melhor, a teoria unificadora, equivocada se apresenta a conclusão no sentido de que determinadas circunstâncias judiciais aprioristicamente possuíam preponderância frente às outras, sejam elas relacionadas ao fato, sejam elas relacionadas ao autor do fato.

Enquanto a doutrina se mantém no embate a respeito de qual linha finalística possui primazia para efeito de fixação judicial da pena, nítida, com todo respeito, a falta de percepção de que o problema do arbítrio do juiz na aplicação da reprimenda, não é propriamente a ausência de uma orientação teleológica preponderante na legislação¹⁶, tampouco o referido problema reside na previsão pela lei de circunstâncias judiciais subjetivas, isto é, atreladas à personalidade do agente e conduta social, nem também consiste

¹⁵ Extrai-se a intenção do legislador brasileiro pela reunião das finalidades da pena no item 50 da exposição de motivos da parte geral do Código Penal de 1984, nos seguintes termos: “A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para “reprovação e prevenção do crime”. Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas conseqüências.”

¹⁶ Gustavo Octaviano Diniz Junqueira faz duras críticas à suposta falta de unidade sistemática a serviço do arbítrio, ao aduzir: “[...] A ausência de padronização nas teorias e concepções sobre a finalidade da pena, longe de ser acidental e fruto de uma doutrina fragilizada, é vital para a manutenção do arbítrio (se não há um sentido, o detentor do poder escolhe o que quiser). É a concepção chamada mista aditiva, que justapõe tão-só as teorias acerca dos fins da pena – atualmente adotada no Brasil – longe de sanar qualquer problema específico das correntes, multiplica-os”. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da Pena**. Barueri: Manole, 2004, p.133.

na ausência da aposição pela lei de uma moldura perfeita da pena à culpabilidade do agente, mas sim o problema que ainda remanesce no sistema atualmente no CPB e tantas outras codificações estrangeiras vigentes, consiste na falta de uma limitação quantitativa de tempo de pena para cada circunstância valorada como negativa pelo juiz.

Se o juiz no caminhar da fixação da pena-base não tiver limites quantitativos para elevação da pena por cada circunstância desfavorável, terá campo fértil para aplicar reprimendas no patamar que bem lhe aprouver, ancorado em qualquer uma das finalidades da pena e, ainda, terá como justificar tal aplicação em mares tranquilos para navegar.

Em outras palavras, ao não se instituir uma fração máxima de elevação por cada uma das oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, afigura-se aceitável e possível aplicação de penas bem próximas ao máximo apenas porque o juiz considerou desfavorável uma circunstância judicial, como por exemplo os antecedentes do réu ou as consequências do crime. Obviamente que a referida pena-base fixada próxima ao patamar máximo não está a atender ao princípio da suficiência da pena dentro das perspectivas de reprovação e prevenção. Da mesma forma, não se afigura adequada e suficiente a cumprir as finalidades da pena a fixação de uma pena-base no mínimo ou próxima ao mínimo legal, quando a quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis indicar a necessidade de punição mais severa, seja para fins de justiça, seja para fins de prevenção geral.

O caso concreto, após análise pormenorizada e racional¹⁷, é que vai dizer se o sentenciado merece uma reprimenda mais ou menos severa segundo os imperativos de retribuição e também prevenção. É perfeitamente possível que um sujeito portador de maus

¹⁷ A necessidade de racionalização da determinação judicial da pena é ressaltado por Anabela Rodrigues e deve provir do próprio sistema. RODRIGUES, Anabela Miranda. **A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p.32.

antecedentes em determinado caso concreto sujeito à apreciação do juiz, não tenha cometido um ato dotado de vultosa culpabilidade; ao passo que é possível que outro sujeito com vida pregressa limpa e conduta ilibada termine vindo a cometer um ato de extrema gravidade.

Em ambos os casos parece claro que a pena-base deverá afastar-se do mínimo legal para efeito de observação dos pilares de reprovação e prevenção de crimes. No caso do sujeito com maus antecedentes que veio a cometer ato dotado de culpabilidade reduzida, o argumento para a elevação da pena-base para quantum superior ao mínimo legal é a ênfase na prevenção especial positiva e negativa¹⁸; já na hipótese do sujeito primário que veio a cometer ato dotado de manifesta gravidade, a elevação da pena-base se justifica por questões de prevenção geral e pelo imperativo de justiça.

Contudo, certo é que em nenhum dos casos apontados acima, pode o juiz olvidar de elevar a pena-base de acordo com uma fração máxima por cada circunstância judicial desfavorável, sob pena de incorrer em verdadeiro decisionismo arbitrário, inclusive em afronta ao dever de motivação judicial das decisões previsto na Constituição da República de 1988, art. 93, IX.

Não basta o juiz apontar na sentença que determinada circunstância judicial foi considerada desfavorável ou não, é necessário que se esclareça às partes o porquê de haver fixado a pena-base naquele quantum, não apenas para fins de sindicabilidade da decisão, mas sobretudo para se homenagear concretamente e a um só tempo as finalidades da pena de reprovação, prevenção geral e especial em maior ou menor escala.

¹⁸ No caso verifica-se que o sujeito necessita de um pouco mais de tempo de cumprimento da pena para, enfim, lograr seus efeitos positivos de ressocialização, mas também de maior tempo de inocuidade, afastado do convívio social temporariamente de maneira a evitar enquanto cumpre a pena o regresso à criminalidade.

Numa leitura rápida do aludido no parágrafo anterior, é possível não se compreender a vinculação entre estabelecer-se frações máximas e mínimas de elevação da pena-base por cada circunstância judicial desfavorável com a atenção conjunta às finalidades da pena, mas se pensarmos que cada uma das circunstâncias judiciais encontram raízes em perspectivas retributivas e utilitaristas, fácil se chega à conclusão da relação umbilical entre o tempo de cumprimento da pena e seus objetivos.

Se a culpabilidade, motivos, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima guardam relação com a retribuição equivalente ao fato do autor; por outro lado, os antecedentes, personalidade e conduta social são circunstâncias judiciais atreladas ao autor do fato censurável, portanto, de importância fundamental para análise de maior ou menor necessidade de prevenção especial. É evidente que na retrocena a aplicação da pena termina por demonstrar à coletividade que a norma está vigente e que não vale a pena delinquir, o que representa a prevenção geral.

Conforme anunciado, a academia não tem se ocupado em discutir a questão ora proposta, isto é, a delimitação da discricionariedade judicial na fixação da pena-base mediante a instituição de fração máxima e mínima de elevação da pena-base como forma de atendimento concomitante de todas as finalidades da pena. Porém, já desponta na jurisprudência o entendimento no sentido de que a fração de elevação adequada deve se limitar a no máximo $1/8$ (um oitavo)¹⁹, fração essa calculada entre o intervalo entre a pena máxima e mínima, partindo-se da pena mínima.

¹⁹ vide STJ. HC 345.398/DF, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado 02/06/2016, DJ 10/06/2016; TJDFT, APR 0021925-23.2013.8.07.003, Rel. Des. Silva Lemos, Julgado em 01/10/2014, 1ª Turma Criminal; TJPR- 1º C. Criminal- AC- 12770674-6- Telêmaco Borba- Rel.: Antonio Loyola Vieira- Unânime - -J. 08.10.2015; TJ-MA-APL: 0000594-22.2013.8.10.0093, Relator: JOÃO SANTA SOUSA, Data de Julgamento: 15/12/2015, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data da Publicação: 21/12/2015); TJRJ-

De fato, para se lograr um exato equilíbrio entre os pilares estabelecidos legalmente para a fixação da pena de retribuição e prevenção, faz-se mister estabelecer limitação máxima e mínima de elevação da reprimenda por cada circunstância judicial desfavorável, a fim de se chegar a uma pena justa, adequada e suficiente ao almejado atingimento de seus desideratos, pelo que reputa-se como adequado elevar-se a reprimenda em no máximo 1/8 (um oitavo) e no mínimo 1/16 (um dezesseis avos) por cada circunstância judicial desfavorável.

Em arremate, se por um lado se deve evitar o árbitro judicial na aplicação da pena, por outro, a limitação da discricionariedade não é estabelecer de antemão qual critério é preponderante na fixação da pena, até mesmo porque o legislador fez questão de não instituir critério nenhum relevante no art. 59 do CPB, diferentemente de como fez no art. 42 da Lei de Drogas, Lei 11.343 de 2006²⁰, o que constitui, no caso do CPB, um silêncio eloquente a corroborar a ausência de uma finalidade preponderante da pena no momento de sua aplicação.

Em que pese o mencionado silêncio eloquente, sabe-se que ao instituir o sistema das margens penais, a legislação atual optou por reduzir a liberdade do juiz pela adoção da discricionariedade regrada, em que o juiz pode transitar entre o mínimo e máximo legal para fixar a pena-base, conforme dicção do art. 59, II, do Código Penal em vigor. Vê-se, pois, que o legislador brasileiro abandonou o sistema das penas livres, aplicado no absolutismo, mas também referendou o princípio da individualização da pena, sem, contudo, adotar o sistema das penas fixas, conforme restará demonstrado no capítulo I.

APC 0206264-61.2011.8.19.0001, Relator: DES. DENISE VACCARI MACHADO PAES, j. 10/07/2012, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL.

²⁰ Art. 42 da Lei 11.343/06: “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.”

No capítulo II, serão examinadas as principais teorias a respeito das finalidades da pena apresentadas pela doutrina no decorrer da história, teorias essas que fundidas compuseram a teoria unificadora atualmente adotada no Brasil e em grande parte das legislações estrangeiras.

A agregação dos fins de reprovação (justiça no caso concreto), e prevenção, geral e especial, positiva e negativa, serão objeto de estudo no presente trabalho, porque se deve entender as reais vantagens de cada uma das concepções finalísticas que compõem o já mencionado triângulo mágico de aplicação da pena, mas também seus pontos fracos e criticados, até mesmo para efeito de justificar observância das finalidades pelo juiz sentenciante, mas também para efeito de se estabelecer freios a cada uma das finalidades no momento da fixação da pena.

Como consequência prática da fixação da pena-base balizada por limites de elevação por cada vetor desfavorável, mas também como forma de referendar a concorrência finalística de reprovação e prevenção, no capítulo III demonstrar-se-á quais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CPB são atreladas ao fato e quais dizem respeito ao agente, bem como quais circunstâncias se relacionam com os fins de prevenção e quais com os fins de reprovação.

No capítulo IV demonstrar-se-á que no Código Penal Brasileiro não se estabeleceu nenhuma primazia apriorística em relação às circunstâncias judiciais, pois dirige ao juiz a análise conjunta de todas para que se possa procurar atingir as finalidades de reprovação e prevenção de crimes, de maneira suficiente, ou seja, proporcional, cuja proporcionalidade deve ser entendida em sua dupla face: vedação de excesso, mas também vedação proteção deficiente de bem jurídicos, de maneira corporificar a interpretação da norma sob a perspectiva da pretensão de correção. Ainda no mesmo capítulo, apresentar-se-á o critério

limitador do arbítrio judicial na fixação da pena-base, em que se estabelece limite máximo de um oitavo e mínimo de um dezesseis avos de elevação da pena-base para todas as circunstâncias judiciais constantes do rol previsto no art. 59 do CPB, independentemente de ser a circunstância judicial atrelada aos fins de retribuição ou de prevenção. Demonstrar-se-á também que o critério de um oitavo é o que se apresenta mais adequado ao cumprimento das finalidades da pena e ao princípio da proporcionalidade, frente a outros, como por exemplo, o do termo médio.

Após o conhecimento do referido critério, constatar-se-á de forma ainda mais nítida que não se deve estabelecer antes da análise do caso concreto qual finalidade da pena possui preponderância e qual circunstância judicial possui primazia e dever de valoração mais acentuada pelo juiz. Cada uma das circunstâncias judiciais, se considerada desfavorável pelo juiz, não poderá exceder a fração de um oitavo calculado entre a pena mínima e máxima. Também não poderá ser valorada aquém de um dezesseis avos. Só assim, garantir-se-á que todas as finalidades da pena serão levadas em consideração, sem excesso nem deficiência. O caso concreto é que vai definir se determinado réu merece uma reprimenda um pouco maior por questões de prevenção especial ou se o ato que ele praticou deve ser punido de maneira um tanto mais severa diante da grande reprovabilidade, mas nunca para além de um oitavo ou menos de um dezesseis avos, partindo-se do mínimo legal.

O trabalho adotará a perspectiva da legislação vigente, bem como os pontos de partida históricos que culminaram por contemplar a teoria unificadora das finalidades da pena no Código Penal. A pesquisa que compõe o trabalho se baseia em doutrina nacional e estrangeira, bem como jurisprudência nacional pelo método hipotético-dedutivo.

CONCLUSÕES: O NECESSÁRIO APERFEIÇOAMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA-BASE PELA ADOÇÃO DE QUANTUM MÁXIMO E MÍNIMO POR CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL COMO FORMA DE DEFERÊNCIA ÀS AMBAS AS FINALIDADES DA PENA

A práxis da aplicação da pena no caminhar do tempo atravessou períodos de indeterminação absoluta, ocasião em que se centrava na figura do aplicador o arbítrio de escolher o castigo e sua intensidade, realidade que perdurou até meados do século XVIII. Após a virada iluminista e assunção de ideais revolucionários burgueses, o direito penal adotou cariz humanitária, pautado na legalidade e avesso aos antigos castigos atrozes medievais.

Dentro dessa nova perspectiva, entendeu-se por suprimir por completo a arbitrariedade do julgador na aplicação da pena. A nova lógica do juiz “boca inanimada da lei” impunha que as reprimendas fossem fixadas tão somente pelo legislador, sem margem de variação conforme o autor do crime. Cabia ao magistrado apenas verificar a ocorrência do delito e aplicar a pena correspondente já fixada na lei. O sistema de penas fixas inaugurado no iluminismo orientou o fenômeno das codificações, conforme se verifica no Código Criminal Francês de 1791, no Código Imperial do Brasil de 1830 em alguns tipos penais, como por exemplo o homicídio qualificado (art. 192), e em tantos outros dos sistemas jurídicos da Europa ocidental.

Porém, o engessamento das penas trouxe como consequência a impossibilidade de se individualizar a punição conforme aspectos particulares dos autores, pois não se mensurava a culpabilidade particular de cada criminoso, nem suas condições peculiares. A constatação da necessidade de se individualizar a pena se originou do avanço do cientificismo próprio da filosofia positivista que ganhava corpo no limiar do século XX.

A escola positiva da criminologia acendeu a discussão e pesquisa na figura do delinquente e de suas características particulares, afastando-se do paradigma clássico circunscrito apenas ao crime e de sua respectiva punição. Portanto, a partir do influxo dos estudos da escola positiva, foram incorporadas nas legislações o princípio da individualização da pena.

Como consequência, o juiz voltou a ter poder, embora limitado pelo prudente arbítrio, de modular a pena conforme aspectos relacionados ao crime, mas também ao seu autor, dentro de margens penais fixadas pelo legislador, isto é, entre o mínimo e máximo, tal como estabelece o art. 52, I, do Código Penal Brasileiro em vigor.

O modelo de discricionariedade limitada adotado no CPB consagrara o sistema das margens penais, sendo este afinado com a teoria mista, tendo em vista que estabelece ao juiz o dever de fixar a pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Reprovação e prevenção, pois, são ambas as finalidades da pena a serem observadas pelo juiz na sentença condenatória, dentro do critério de necessidade e suficiência, isto é, dentro de limites proporcionais, esta foi a *mens legis* do art. 59 do CPB ao trabalhar com penas máximas e mínimas.

Porém, embora a lei tenha passado a prever margens penais em que o juiz pudesse a seu prudente critério trabalhar, os longos intervalos entre as penas mínimas e máximas cominadas aos delitos permitem injustas incoerências, mormente porque não se assimilou bem que a adoção da teoria unitária não significa dar carta branca ao juiz para aplicar a pena da forma que bem lhe aprouver. A significação do limite ao magistrado é justamente o viés teleológico, como visto no capítulo 4 desta dissertação.

Vimos também que não há falar em hierarquia na lei entre as finalidades declaradas da pena no nosso Código Penal, quando consagrou a teoria eclética e resolveu por adotar como máximas a serem perseguidas pelo juiz na aplicação da pena, a união das finalidades de retribuição pelo fato praticado e da prevenção de novos crimes, tudo isso, de maneira conjunta e harmônica.

Vimos também que apesar de o legislador brasileiro, na esteira do que vem predominando nos sistemas jurídicos estrangeiros, nitidamente do ocidente, haver estabelecido como viés orientador a teoria unificadora, silenciou sobre qual vertente finalística teria maior predominância na aplicação da pena: se a prevenção especial positiva (ressocialização) ou negativa (neutralização), se a prevenção geral, seja positiva ou negativa ou a justa retribuição, distintamente do que previu no tocante à execução da pena, em que claramente optou por partidarizar a prevenção especial positiva como norte preponderante aos apenados no art.1º, da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Em matéria de dosimetria da pena, o conjunto de finalidades que compõem a teoria da união possuem a mesma importância em abstrato. Concluímos dessa forma, porque o silêncio eloquente do legislador no sentido de não privilegiar a nenhuma finalidade da pena frente à outra aprioristicamente pelo juiz, decorre da própria previsão de circunstâncias judiciais que ancoram os postulados de retribuição, prevenção geral e outras de prevenção especial.

Deixamos patente também que, apesar de trabalharmos sob a perspectiva paradigmática do direito vigente, isto é, de *lege lata*, não sendo, pois, nossa pretensão no presente trabalho discutir o acerto ou desacerto da adoção da teoria mista no nosso Código Penal, vimos que é sim possível equalizar satisfatoriamente no campo pragmático a reunião das finalidades de prevenção e repressão de crime.

Em outras palavras, mesmo sem ter como objetivo científico primordial nesta dissertação discutir se foi boa ou ruim a adoção da teoria eclética pelo nosso Código Penal, não deixamos de reconhecer a vagueza das críticas de parte da doutrina que a impugna, a pretexto de sê-la alvo de incompatibilidade entre os fins inconciliáveis de retribuição e utilidade. Entendemos que tais críticas não são pertinentes, tendo em vista que se afigura perfeitamente possível aplicar uma pena que seja ao mesmo tempo justa, atenta à reprovabilidade do ato criminoso praticado e também possa servir de instrumento de prevenção geral, pelo reforço da consciência popular a respeito da vigência da norma, servindo também de instrumento de reforço da intimidação e que, concomitantemente, preste-se a regenerar o condenado e, quando não possível, inocuizá-lo temporariamente. Logo, não se constata nenhum tipo de incompatibilidade no plano fático desse conglomerado de finalidades da pena.

No plano teórico também não se constata incompatibilidade na reunião de finalidades conforme bem pensou Adolf Merkel desde o século XIX.

Nesse passo, percebe-se que, na realidade, o que leva à parcela da doutrina a intuir a suposta impossibilidade de conciliação entre reprovação e utilidade, é o simples fato de tais finalidades partirem de pressupostos metodológicos diversos, pois enquanto na retribuição o fundamento da punição é o livre arbítrio, caracterizador de um fato pessoalmente reprovável, para os partidários do utilitarismo da pena na vertente especial, o que a fundamenta é o determinismo naturalista, o que evidentemente não se afina com a ideia de reprovabilidade pessoal, pois como alguém poderia ser censurado por algo já predeterminado a cometer?

Porém, independentemente das visões diametralmente opostas verificadas nos pontos de partida das teorias que compuseram a eclética de retribuição-prevenção, como frisado alhures, o fato é que uma vez reunidas, as concepções puristas cedem espaço a uma possível conciliação equânime, como ficou bem claro nas linhas anteriores.

O grande problema a ser solucionado no âmbito da teoria mista, como exposto, não é a conjugação de reprovação do fato criminosos com a prevenção de novos crimes -até mesmo porque ontologicamente não há como negar que toda pena traz uma carga de aflição ao condenado, o que por si só já conduz à ideia de retribuição retrospectiva ao fato praticado, por mais branda que ela seja, e que, ao mesmo tempo, toda pena tem o potencial de provavelmente inculcar no ideário da sociedade e do indivíduo criminoso a dissuasão ao crime. Na verdade, o grande problema a ser solucionado no âmbito da teoria mista é que tais metas direcionadas à pena de retribuição e prevenção carecem de uma melhor sistematização, a fim de evitar distorções quantitativas.

Em outras palavras, vimos que, apesar de ser perfeitamente possível a adoção dos programas de retribuição e prevenção pela aplicação da pena na perspectiva deontológica, a lei posta por si só não foi capaz de evitar o uso e abuso do arbítrio do aplicador da pena, o qual geralmente se arvora no poder de escolher qual finalidade deve assumir absoluta preponderância.

Tal arbítrio sob a roupagem de uma discricionariedade regrada é revelado sobremaneira pela livre escolha da medida de pena por cada circunstância judicial considerada pelo juiz como desfavorável. Uma pena-base pode em tese ser fixada no máximo legal, mesmo que somente uma circunstância seja desfavorável ao réu; assim como uma pena-base pode em tese ser fixada no mínimo legal, mesmo que o conjunto das oito circunstâncias judiciais seja desfavorável ao réu, sem que se esteja descumprindo o art. 59, II, do CPB.

A situação ora apontada não apenas é possível, como é frequente, razão pela qual, apesar da margem de liberdade conferida ao juiz para trabalhar a fixação da pena entre o mínimo e o máximo, não há dúvidas de que o referido critério por si só acarreta penas desproporcionais e, uma vez desproporcionais, patente a injustiça retributiva e sua imprestabilidade para o atingimento escorreito das finalidades preventivas.

Nesse caminho, reconhecendo as distorções constatadas na determinação judicial da pena, cuidou o trabalho de propor uma solução viável no campo pragmático que melhor delimitasse a discricionariedade do juiz na fixação da pena-base, solução essa apta a possibilitar a mais perfeita possível equação das finalidades da pena, sem excessos e sem insuficiências.

Trabalhamos sob a perspectiva de que a delimitação da discricionariedade judicial perpassa o mero discurso de *lege ferenda*, pois não há dúvidas de que urge uma rápida solução para a problemática constatada, até mesmo para efeito de credibilidade e uniformidade da Justiça e permissão de sindicabilidade das decisões. É preciso que a parte inconformada saiba que ponto impugnar na dosimetria da pena em sede recursal, por exemplo.

Assim, demonstramos que a delimitação da discricionariedade judicial no campo da dosimetria da pena não depende de nenhuma alteração legislativa no art. 59 do CPB, sendo o bastante neste momento a interpretação da lei à luz da pretensão de correção e seus postulados principiológicos.

Na lacuna da lei, usamos de princípios para fielmente interpretá-la e o princípio a ser chamado nessa tarefa de colmatação legal é o da proporcionalidade, princípio esse entendido na sua dupla face: vedação de excesso e de proteção deficiente de bens jurídicos.

Nesse contexto, chegamos à conclusão de que o que melhor se alinha ao proposto, não é o labor meramente voluntarioso do juiz, seja na escolha de uma finalidade da pena como preponderante, seja no que diz respeito ao quantum de incremento na pena de cada circunstância judicial tida como desfavorável, mas sim a conscientização de exegese da lei de maneira razoável e, assim se faz, estabelecendo-se frações mínimas e máximas de elevação da pena-base por cada circunstância judicial analisada.

A fração que se apresenta mais adequada é de até um oitavo e de no mínimo um dezesseis avos, calculada entre a pena mínima e máxima, justamente porque essa fração corresponde ao produto da divisão entre as oito circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CPB. Assim, contemplar-se-ia em certa medida os postulados de retribuição, prevenção geral e de prevenção especial, sem mais nem menos, ou seja, de forma equilibrada.

Enfim, tem-se como verdadeiras as concepções de que o direito penal para cumprir sua missão deve concretamente perseguir sua dupla finalidade retributiva e preventiva; bem como que, para tanto, compete ao juiz sentenciante no exercício da dosimetria da pena fazer o bom uso de sua discricionariedade, porquanto inexorável, calcado em critérios racionais e avesso à incoerências metodológicas, de modo a concretizar o princípio da proporcionalidade da pena, o qual também tem incidência por ocasião da aplicação da reprimenda e não apenas por ocasião da cominação da sanção pelo legislador.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008.

_____. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Triviosonno. **Teoria Discursiva do Direito**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar**. O direito penal setecentista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**: parte geral, São Paulo: Malheiros, 1998.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**: edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. – Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan: 2016.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2.ed., Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. vol. I. 22 ed. São Paulo:Saraiva, 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BETTIOL, Giuseppe. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Rodamillans, 1958.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: Causas e alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2ª ed. Tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRUNO, Anibal. **Direito penal**. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J.; MALARÉE, HERNÁN HORMAZÁBAL, **Lecciones de derecho penal**. vol I. Trotta: Madrid, 1997.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Teoria da argumentação jurídica: exigência de correção nos discursos jurídico e prático geral**. Revista da Esmape, volume 9, nº 20, 2004.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. vol. II. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Aplicação da pena**. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

CONDE, Francisco Muñoz; Arán, Mercedes García. **Derecho Penal: parte general**. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal II**. Almedina: Coimbra. 2014.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **La moderna penologia: Represión del delito y tratamiento de los delincuentes, penas y medidas. Su ejecución**. Barcelona: Bosch, 1974.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**. vol 3. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português: parte geral II as consequências jurídicas do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

ESPINAR, José Miguel Zugaldia. **Fundamentos de Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria. do Advogado, 2008.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro. **Lições de direito penal: parte geral**. Lisboa: Almedina, 1989.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Tradução Eugenio Raúl Zaffaroni y Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Razão e sensibilidade: fundamentos do direito penal moderno**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, 3ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HERNANDEZ, Martín Besio. **Los critérios legales y judiciales de individualización de la pena**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. vol V. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: parte general**. 2.ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho pénal** (Parte general), Volumen segundo, trad. S. Mir Puig, F. Muñoz Conde, Bosch: Barcelona, 1981.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. Barueri: Manole, 2004.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes: contendo a doutrina de direito e a doutrina da virtude**. Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LISZT, Franz Von. **La idea del fin en el derecho penal**. Granada: Comares, 1995.

_____. **Tratado de direito penal alemão**. vol. I. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MERKEL, Adolf. **Derecho penal**: parte general. Montevideo: Buenos Aires: BdeF, 2006.

MOMMSEN, Teodoro. **Derecho Penal Romano**. Pamplona, Navarra: Jimenez Gil Editor, 1999

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. vol. 1. 38 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

PERELMAN, Chain. **Lógica Jurídica: nova retórica**, traduzido por Virgínia K. Pupi, 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: Legitimação versus Deslegitimação do sistema penal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE JUNIOR., Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____ **Penas e medidas de segurança no novo código**. 2. ed. Forense, 1987.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da Pena**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROXIN, Claus. Fin y justificacion de la pena y de las medidas de seguridad. **Determinacion judicial de la pena**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.

_____ **Problemas básicos del derecho penal**. Trad. DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA. REUS. S. A.: Madrid, 1976

SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. São Paulo: Rideel, 2006.

SÁNCHEZ, Bernardo Fejoo. **Retribución y Prevención General**: Um estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal. Buenos Aires: B de F Ltda, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**: O direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho penal**: cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos, 1991.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Pena e constituição**. São Paulo: RT, 1995.

SILVA, Germano Marques. **Direito penal português** – Parte geral, teorias das penas e das medidas de segurança. Lisboa: Editorial Verbo, 1999

SILVA, SÁNCHEZ, Jesús Maria. **La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): um primer esbozo**. Disponível em: www.indret.com. Acesso em 26 de dez. 2017

SOLER, Sebastián. **Derecho Penal Argentino**. Tomo II. Buenos Aires: TEA, 1992.

SOUZA, M. B. DE. A individualização da pena no Direito Penal Comparado latino-americano. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 59, p. 217-280, 29 dez. 1963.

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade**: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, XXXII, nº 97, 2005.

TINÔCO, Antônio Luiz. **Código criminal do Império do Brasil anotado**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman: parte general**. 2.ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

ZIPF, Heinz, **Introducción a la política criminal**. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1979

_____. **Principios fundamentales de la determinación de la pena**. In: Cuadernos de política criminal. 17 ed. Madri: Edersa, 1982.