

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

JUCIARA SOUTO BARBOSA GIRÃO

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: Quais são os fatores que possibilitam ao magistrado uma ampla discricionariedade no momento da individualização da pena?

JUCIARA SOUTO BARBOSA GIRÃO

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: Quais são os fatores que possibilita ao magistrado uma ampla discricionariedade no momento da individualização da pena?

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial de aprovação para obtenção de título de bacharel em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã.

Orientador: Professor, Leonardo Siqueira.

RECIFE
2016

Girão, Juciara Souto Barbosa.

Individualização da pena: quais são os fatores que possibilitam ao magistrado uma ampla discricionariedade no momento da individualização da pena? / Juciara Souto Girão.
– Recife: O Autor, 2016.

43 f.

Orientador(a): Prof. Dr. Leonardo Siqueira.

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Direito penal. 2. Aplicação da pena. 3. Escola clássica. I. Título.

34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)

Faculdade Damas
TCC 2016-448

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO.

JUCIARA SOUTO BARBOSA GIRÃO

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: Quais são os fatores que possibilita ao magistrado uma ampla discricionariedade no momento da individualização da pena?

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: _____

Orientador(a) _____

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar a forma desatenciosa do princípio da individualização da pena. Por causa da falta de uma defesa técnica individualizada há de certa forma um prejuízo e um conformismo por parte de quem recebe a então: Pena-padrão. A pena deve atingir os objetivos aos quais ela foi criada, a ressocialização do indivíduo delinquente. A este cabe receber como pena o que de fato condiz com sua conduta. Faz-se necessária uma fundamentação clara, e que seja respeitada todas as fases da aplicação da pena. Desde a pena-base até as causas de aumento e diminuição. Devendo o magistrado respeitar todas as fases do processo. O art. 59 do CP é norteador, nele contém circunstâncias exigentes para a aplicação da pena. Como afirmava Salgado Martins: “os moduladores do art. 59 do CP, todos, constituem um roteiro, fixam critérios de orientação, indicam o caminho a ser seguido na adequação da pena ao fato e ao delinquente. Esses elementos constantes no art. 59 do CP, são circunstâncias judiciais”. Foi usado como método científico o hipotético dedutivo, pois, partiu-se das premissas já existente relacionada à padronização da pena. Houve uma pesquisa de referenciais teóricos de renomados autores tais como: Nelson Hungria, Cezar Roberto Bitencourt, este explica de forma detalhada todas as fases da aplicação da pena, a sua individualização, e por assim dizer, ele faz um apanhado geral da aplicação do Direito Penal ao caso concreto. As escolas que foram precursoras ao estudo da criminologia é muito bem desmistificada por ambos os autores. Dar-se um resultado negativo e de grande detrimento ao apenado a forma padronizada da pena. Nelson Hungria em seus transcritos nos faz entender que mesmo o delinquente tendo sua culpa reprimida, merece ele um tratamento individual de acordo com sua conduta, analisando-se assim a sua subjetividade e não afirmar que este teve livre-arbítrio. “Não se aplica um número a um manequim”.

PALAVRA CHAVE: Individualização Da Pena. Escola Positiva. Escola Clássica. Sistema Trifásico. Aplicação Da Pena.

ABSTRACT

The objective of this study is to demonstrate the thoughtless way the principle of individualization of punishment. Because of the lack of an individualized technical defense there is somehow a loss and conformism by who gets the then: Pena standard. The penalty must achieve the objectives for which it was created, the rehabilitation of the offender individual. In this it is receiving as a penalty which in fact consistent with his conduct. a clear rationale, and that is respected all stages of application of the penalty is necessary. Since the pen-based to the causes of increase and decrease. The magistrate shall comply with all stages of the process. Art. 59 CP is guiding, it contains exigent circumstances for the application of the penalty. As stated Salgado Martins: "modulators art. 59 CP, all constitute a roadmap, set guideline criteria, indicate the path to be followed in the adaptation of the sentence and the fact the offender. These elements contained in art. 59 CP are legal circumstances. " It had been used as a scientific method deductive hypothetical because, left to the premises already existing related to the standardization of the sentence. There was a survey of theoretical references from renowned authors such as Nelson Hungria, Cezar Roberto Bitencourt, this explains in detail all stages of application of the penalty, its individualization, and so to speak, it is an overview of the application of law criminal in this case. Schools that were precursors to the study of criminology is very well demystified by both authors. Give a negative result and great expense to convict the standardized form of the sentence. Nelson Hungary in their transcripts makes us understand that even the offender having his repressed guilt, he deserves individual treatment according to their conduct and analyzing it to their subjectivity and does not state that this had free will. "Do not apply a number to a dummy."

KEYWORD: Individualization Of The Sentence. Positive School. Classical School. Three-Phase System. Application Of The Penalty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
2- O EMBATE ENTRE AS ESCOLAS PENAIS.....	10
2.1- Escola Clássica e Aplicação da Pena.....	12
2.2- Escola Positiva e Aplicação da Pena.....	13
3- INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E SISTEMA TRIFÁSICO	19
3.1- Princípio da Individualização da Pena e Dever de Fundamentação	19
3.2- Sistema Trifásico	23
3.2.1- Aplicação da Pena base.....	24
3.2.2- Circunstâncias Atenuantes e Agravantes.....	30
3.2.3- Causas de Aumento e Diminuição	32
4- HÁ UMA RETÓRICA DA ESCOLA CLÁSSICA E POSITIVA EM NOSSO SISTEMA LEGAL	35
REFERÊNCIAS.....	42

INTRODUÇÃO

A pesquisa analisa a importância do Princípio da individualização da pena como preceito indispensável para o direito penal na hora da dosimetria da pena. Os princípios constitucionais encontram-se presentes por todo o ordenamento jurídico, inquestionavelmente no Direito Penal e no âmbito de sua influência.

O Direito Penal pretendido deve atender aos princípios constitucionais que o fundamenta, resguardando assim os direitos humanos, os direitos fundamentais e o indivíduo isoladamente pelo seu feito, pela sua conduta, e não como mais um de tantos outros casos análogos. O objetivo da condenação depende da vontade do agente, a subjetividade do delincente é fundamental para o desenrolar do direito pretendido, a punição.

A pena é tida como meio coercitivo, é o poder dever do Estado Democrático de Direito.

A norma penal que estiver em desacordo com qualquer um dos princípios constitucionais deve ser banida de nosso ordenamento jurídico, pois toda lei válida e eficaz é extraída do coração jurídico, a Constituição.

Os princípios Constitucionais possuem uma dimensão gigantesca e de grande importância para todo o ordenamento jurídico, esses princípios que, apesar de não serem uniformemente utilizados pela doutrina, são numerosos.

Dentre os princípios constitucionais penais, escolheu-se, para abordar no presente trabalho, o da individualização da pena, como dito acima, isso porque ele consagra a isonomia material e permite a aplicação de penas proporcionais a quem comete crimes, individualizando tudo na exata proporção das circunstâncias em que se sucederam os fatos.

É preciso punir de forma individual e em sua proporção personalíssima, analisando os critérios objetivos e subjetivos; pois cada ser humano é único e não podem todos os agentes sofrer a mesma pena sem ao menos individualizar cada um com suas condutas, princípios, subjetividade, e consequências jurídicas. Sem esquecer que cada ser humano possui sua essência, sua personalidade e o seu caráter.

Nesta discussão, questiona-se a impossibilidade da individualização da pena para cada um dos indivíduos, deixando de levar em conta o nexo de

causalidade, o objeto (a vítima) e a conduta do agente a favor da pena padrão, modelo este que o magistrado usa para alguns dos seus julgados, quando trata de casos semelhantes com agentes distintos.

Desta forma, nos resta a dúvida de que em casos como esses, o nosso ordenamento jurídico deve protelar o direito individual esquecendo-se do princípio da individualização da pena ou deve trabalhar as penas padrão como motivo de acelerar o judiciário e punir de forma genérica àquele indivíduo delinquente?

O princípio da individualização vincula os poderes Legislativo, Judiciário e o Executivo. Daí por que se costuma falar nas etapas legislativa, judicial e administrativa na individualização da pena, as quais são singulares e complementares.

Na etapa legislativa, o legislador, após descrever uma infração, fixa os limites mínimos e máximos do preceito secundário do tipo, bem como os regimes de cumprimento e benefícios possíveis de ser concedidos ao infrator. Nesse momento, os parlamentares devem agir com razoabilidade, evitando cominar penas severas para condutas pouco ofensivas ou mesmo penas insignificantes para infrações graves. Assim, embora significativa, a liberdade do legislador, deve ele se guiar por critérios objetivos como a natureza da infração, o bem jurídico tutelado e a necessidade social de repressão ao fato.

Na etapa judicial, o magistrado, valendo-se dos parâmetros positivados pelo legislador, fixa a pena in concreto, determinando sua quantidade (p. ex. 5 anos e 6 meses de reclusão) e o regime inicial de cumprimento (aberto, semiaberto ou fechado). Nesse momento, cabe também ao juiz verificar se o condenado faz jus à possibilidade de gozar certos benefícios ou a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ou o sursis (suspensão condicional da pena).

Chegada à individualização judicial da pena e ocorrendo o trânsito em julgado da condenação, chega-se no momento de aplicá-la ao condenado, mediante os institutos de execução penal.

É na execução penal que ocorre a etapa administrativa da individualização da pena, segundo o qual o seu cumprimento deve se materializar em estabelecimento prisional, observando a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado e por último, ficará este sobre tutela administrativa do Estado.

O princípio da individualização da pena está previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, que diz que a lei regulará a individualização da pena e

adotará não somente a pena de restrição de liberdade como também poderá o magistrado cominar outras sanções, tais como: perda de bens, prestação social, suspensão ou interdição de direitos.

Essa norma determina que as sanções impostas aos infratores deve ser personalíssima de acordo com a natureza e as circunstâncias dos delitos e à luz das características pessoais do infrator. Assim, as penas devem ser justas e proporcionais, proibido qualquer tipo de padronização.

Neste escopo, a hipótese deste trabalho declinará pela impossibilidade de padronização das penas. Pois em casos semelhantes, os mesmos delitos não são praticados pelos mesmos agentes. Espera-se que através desta pesquisa, possibilite aos interessados no tema à reflexão sobre este instituto, com base na realidade a qual estamos vivendo, e, buscar não apenas o julgamento justo, mas, principalmente, propor uma discussão/solução para esse problema.

O método utilizado será o hipotético-dedutivo, para explicar o problema serão formuladas hipóteses, a essas deduz-se consequências que deverão ser justificadas.

Segundo Nelson Hungria, a pena continua a ter por fundamento a responsabilidade moral, mas não é só retribuição ou reação ético-jurídica, segundo o pensamento hegeliano: é também, defesa social.

A individualização da pena, fundamentada pelo coração do ordenamento jurídico é regida pelos princípios formadores da Constituição Federal, quais sejam eles: princípio da dignidade da pessoa humana, isonomia, legalidade, motivação e principalmente pelo princípio da individualização da pena.

Quanto aos capítulos, o primeiro apresentará um breve embate entre as Escolas Penais.

O capítulo seguinte realizará considerações sobre a Individualização da Pena e o Sistema Trifásico.

E por fim, o terceiro capítulo tratará da Retórica das Escolas Clássicas e Positiva em nosso ordenamento jurídico.

2- O EMBATE ENTRE AS ESCOLAS PENAIS

Ambas as escolas tem particularidades próprias. Elas são de grande importância para o sistema penal de vários ordenamentos jurídicos. Os métodos adotados por tais escolas são particulares às suas características.

A Escola Clássica adotou o método dedutivo, já a Escola Positiva adotou o método indutivo.

A postura jusfilosófica resultou do confronto da Escola Clássica com a Escola Positiva.

O método indutivo parte das premissas dos fatos adquiridos pela observação.

O método dedutivo parte do pressuposto de previsões e explicações.

Inicialmente para a Escola Clássica, interessava apenas o fato, levando em conta a modificação no mundo exterior; assim, ocorreu o crime como mero ente jurídico.

Com o desenvolvimento das ciências sociais como a Antropologia e a Sociologia, a Escola Positiva surge buscando proteger a sociedade de forma mais efetiva contra a ação dos delinquentes, dando-se prevalência aos direitos sociais em relação aos individuais.

Trata-se aqui de um confronto de ideias entre a Escola Clássica versus a Escola Positiva. A primeira exalta o princípio individualista, em detrimento da sociedade; já a segunda dizia-se socialista.

Para os estudiosos da Escola Clássica, o crime era um meio meramente jurídico, a pena era forma que o Estado usava para servir de exemplo para quem incorresse em conduta contrária.

Cezar Roberto Bitencourt em sua obra Tratado de Direito Penal I, concluindo esta ideia, sintetiza:

Ao abstrato individualismo da Escola Clássica, a Escola Positiva opôs a necessidade de defender mais enfaticamente o corpo social contra a ação do delinquente, priorizando os interesses sociais em relação aos individuais. [...] O Fundamento do direito de punir assume uma posição secundária, e o problema da responsabilidade perde importância, sendo indiferente a liberdade de ação e de decisão no cometimento do fato punível. Admitindo o delito e o delinquente como patologias sociais, dispensava a necessidade de a responsabilidade penal fundar-se em conceitos morais. A pena perde seu tradicional caráter vindicativo-retributivo, reduzindo-se a um provimento utilitarista; seus fundamentos não são a natureza e a gravidade do crime,

mas a personalidade do réu, sua capacidade de adaptação e especialmente sua perigosidade”.(BITENCOURT, 2013, p. 103)

De certa forma, outro jurista também tinha suas ideias contrárias às escolas, para Hungria, ambas escolas contribuíram para os estudos e para os Códigos de várias nações, mas, seus ensinamentos não são ferramentas plenas. Devem ser utilizadas com cautela para não cometer injustiças.

De um reprovado excesso, porém, pretendia-se passar a outro. Ao excesso de objetivismo substituía-se o excesso de subjetivismo. A Escola Clássica focalizava o crime e deixava na sombra do criminoso; a escola positiva invertia as posições: o criminoso era trazido para o palco, enquanto o crime ficava na retrocena. O Classicismo fazia do crime uma entidade abstrata, e outra coisa não fazia do criminoso o positivismo, que, com suas generalizações apressadas, achou de classificar aprioristicamente tipos de delinquentes, na absurda tentativa de comprimir a infinita variedade do psiquismo humano dentro de um quadro esquemático. (HUNGRIA, 1940, p. 459)

Abaixo veremos algumas das diferenças entre as escolas:

ESCOLA CLÁSSICA	ESCOLA POSITIVA
Ideias enraizadas na razão iluminista	Ideias enraizadas na razão confirmada por meio da experimentação
Crime uma violação a lei do Estado	Crime como fenômeno natural e social, produto dos fatores físicos, sociais e biológicos.
Delito é uma escolha baseada no livre-arbítrio.	Determinismo. O livre –arbítrio é mera ficção.
A pena como reparação do dano causado pela violação de um contrato. Restabelecimento da ordem externa violada.	Pena como meio de defesa. (medida de segurança).
Criminoso responsabilidade moral.	Criminoso responsabilidade social.
Método lógico- abstrato dedutivo.	Método empírico e indutivo

2.1- Escola Clássica e Aplicação da Pena

No que diz respeito à pena a Escola Clássica apresentava três teorias. Absoluta: que via a pena como exigência de justiça.

Relativa: que lhe apontava um fim prático de prevenção geral e especial. E por fim a Mista que resultava da fusão das duas primeiras.

A fisionomia e a frenologia da Escola Clássica foram abordadas pelo suíço Johann Kaspar Lavater (1741 – 1801), que guiou seus estudos nas obras do italiano Della Porta, preocupou-se com a aparência externa do indivíduo, ou seja, entre o corpo e o psíquico. Tanto Lavater quanto para Della Porta adotaram a seguinte teoria: quando se tem dúvida entre dois presumidos culpados, condena-se o mais feio.

[...] existe uma correlação entre determinadas qualidades do indivíduo e os órgãos ou partes do corpo onde se supõe que têm sua sede e concentração física e as correspondentes potências humanas. A vida intelectual podia ser observada na fronte (testa); a moral e sensitiva nos olhos e no nariz; a animal e vegetativa no mento (maxilar inferior). (LAVATER, 2002, p.179.)

Lavater defendia que o delinquente “de maldade natural” se diferenciava das demais pessoas por características físicas tais como:

[...] nariz oblíquo em relação com o rosto, que é disforme, pequeno e amarelo; não tem a barba pontiaguda; olhos grandes e ferozes, brilhantes sempre iracundos (coléricos), as pálpebras abertas, ao redor dos olhos pequenas manchas amarelas e, dentro, pequenos grãos de sangue brilhante com fogo, envolvidos por outros brancos, círculos de um vermelho sombrio rodeiam a pupila, olhos brilhantes e pérfidos e uma lagrima colocada nos ângulos inferiores; as sobrancelhas rudes, as pálpebras direitas, a mirada feroz e às vezes atravessada. (LAVATER, 2002, p.179.)

Apesar da grande contribuição da Escola Clássica para a criminologia, essa apresentava falhas por não indagar as causas, origens, justificativas para o comportamento criminoso. Seu método dedutivo se baseava em hipóteses. Eis que para ela a principal origem do delito era a livre decisão de seu autor em cometê-lo. Para Nelson Hungria, o sujeito não tem o livre-arbítrio de cometer crimes. Ele comete porque o meio e as circunstâncias o levaram a ter determinados

comportamentos reprovados pelo legislador. Trata-se de um comportamento político, não de um comportamento biológico.

Os estudos de Beccaria foi de grande importância e seguiu ideias que não partiram exclusivamente de seus ideais, surgiu a partir de ideias de outros pensadores, ele conseguiu se fazer claro aos grupos de pessoas daquela época, ele estimulou os práticos do Direito reclamar dos legisladores, esses pediram que aqueles tomassem providências para fazer em tempo hábil uma reforma urgente na forma de punição daquela época.

Foi através desses novos postulados que Beccaria conseguiu construir um sistema criminal que substituísse aquele desumano, abusivo e arbitral sistema criminal anterior. Essas mudanças receberam ajuda da opinião pública daquela época. Surgiu no tempo certo do modo que deveria ter surgido. As atrocidades precisavam ser combatidas. Naquele tempo a Europa estava preparada para receber tamanha carga mutacional. Os costumes da época foi-se desfazendo e a condição humana fora tratada com mais atenção.

Beccaria foi defensor da sociedade, em seus textos ele dizia que a melhor forma de combater o crime era evitá-lo: “é melhor prevenir o crime do que castigar”.

Para ele era melhor reunir os homens de forma livre e assim criarem uma sociedade civil, como um contrato social, para assim definir a melhor forma a função das penas imposta através da lei, e por fim, assegurar a sobrevivência de toda a sociedade a cerca da racionalidade moral daquele tempo.

Beccaria defendia que a pena deveria ter uma proporcionalidade e também uma forma humanitária que atingisse sua real função. A reabilitação.

2.2- Escola Positiva e Aplicação da Pena

No século XIX notou-se a falência das ideias Iluministas tanto pelo crescente aumento da criminalidade, quanto pela diversidade dos crimes e por causa das altas taxas da reincidência.

Assim ano de 1876, foi publicada a primeira edição do livro “L’Uomo delinquente” escrita pelo médico italiano Cesare Lombroso, dando inicio assim, a Escola Positiva Italiana. Lombroso teve como discípulos Enrico *Ferri* e Rafael Garófalo, que foram de fundamental importância para os estudos da criminologia. Os

estudos das Escolas da criminológica fez o homem da contemporaneidade usar entendimentos dos séculos passado e empregar ao novo século, nos dias atuais.

É evidente que os três escreveram sobre a criminologia. No entanto, é interessante ressaltar que cada um deles estudou a criminologia de uma ótica diferente. A visão de cada um era vista de uma forma exclusiva e pessoal.

Sendo que Lombroso atribuiu à criminologia o fator antropológico, Ferri por sua vez atribuiu à criminologia as condições sociológicas do criminoso, enquanto Garófalo adicionou a parte jurídica e suas consequências.

A contribuição de Lombroso enfatiza a figura do delinquente e suas qualidades naturais, estabelecendo nexos entre as características comuns dos indivíduos e de que maneira isso interferia no meio em que viviam. Ele afirmava que existia no delinquente uma condição intrínseca para a criminologia, seria um delinquente nato, ou seja, ele já nascia com essa “qualidade”. Pensamento pouco parecido ao pensamento dos defensores da Escola Clássica.

Lombroso se aprofundou em suas pesquisas, ele desenvolveu estudos em crânios, observou o formato do crânio, fez análise minuciosa de tudo o que foi possível ter como embasamentos para suas pesquisas. Com tudo, ele relatou as seguintes características corporais do homem delinquente: protuberância occipital, testa fugidia, arcos superciliares excessivos, zigomas salientes, que seria os ossos da face, no mundo da maquiagem conhecido como zigomático.(osso onde as mulheres colocam o blush), nariz torcido, lábios grossos, arcada dentária defeituosa, braços excessivamente longos, mãos grandes, orelhas grandes e separadas, os órgãos sexuais apresentavam diferenças comparados a outros homens, o que não eram delinquentes, é claro.

Outras características segundo Lombroso era notada através da insensibilidade à dor, eles tinha tendência a tatuagem, eles desenvolviam cinismo descabido, eram vaidosos, seus atos apresentavam crueldade, havia falta de senso moral, a preguiça era excessiva, e tinha um caráter impulsivo. (ele nomeia tecnicamente como características anímicas, que diz respeito a alma do delinquente.) Foi usado por ele para esses estudos o método empírico, pois para se chegar a essa pesquisa foi-se necessário estudar milhares de criminosos que estavam cumprindo penas em prisões europeias.

O criminoso de Lombroso não era vítima das condições sociais desfavoráveis que ele vivia, esse criminoso trazia dentro de si condições atávicas, hereditárias. Para ele a delinquência era considerada uma “doença”.

Existiu por parte dele uma nova análise na essência do delinquente nato, essa mudança está ligada na forma menos complexa e variável. Neste sentido, Cezar Roberto Bitencourt, em seu livro, Tratado de Direito, Penal Parte Geral, faz uma citação indireta do próprio Lombroso retificando seus estudos. Aquilo que era antes valorado como único e imutável começou a ganhar novos rumos nos estudos do pai da Escola Positiva. A seguir, trecho do apontamento de Bitencourt: (BITENCOURT, 2013, p.104.) “Ao longo dos seus estudos foi modificando sucessivamente a sua teoria (atavismo, epilepsia, loucura moral). Em seus últimos estudos, Lombroso reconhecia que o crime pode ser consequência de múltiplas causas, que podem ser convergentes ou independentes. Todas essas causas como ocorre com qualquer fenômeno humano, devem ser consideradas, e não atribuir causa única. Essa evolução no seu pensamento permitiu-lhe ampliar sua tipologia de delinquentes: a) nato; b) por paixão; c)louco; d)de ocasião; e)epilético”.

Analisando essa citação, concluímos a clara evidência. Se não fosse inserida no contexto social, filosófico, antropológico, biológico e não fosse consideradas as causas que levaram o criminoso ao delito, nada seria coerente seria desta forma programada e não explicada. Não chegaríamos a um entendimento correto de delito e delinquente.

Nesta nova corrente chegamos à conclusão que seus estudos não se limitaram aos seus primeiros pensamentos. Suas pesquisas foram elaboradas de forma empírica e científica. Estudando os casos, um por um, as causas antropológicas, biológicas e atávicas, chegou-se ao entendimento que muito do indivíduo estava presente no meio o qual ele fora inserido. Não bastasse tanto, ele colocou-se até a estudar o lado espiritual da coisa. Antes ele era crítico à “religião” espírita, mas depois passou a fazer observações ao que outrora não teve a atenção devida.

No entanto, Ferri analisou o ambiente como influência no comportamento dos criminosos, a sociologia explica a humanidade.

O pensamento inicial de Ferri foi negar o livre-arbítrio. Segundo ele, o homem não é livre, as suas liberdades são restritas ao âmbito jurídico estabelecido pelo Estado. O sistema legal, segundo Ferri, poderia ser comparado a um conjunto

de poliedros, cada um sendo um dos indivíduos que compõem o Estado, ou até mesmo a humanidade. Um estado não seria um sistema se não fosse organizado.

Garofalo analisou a periculosidade do indivíduo, ele buscou formas de como poderia o Direito ser o meio coercitivo e ao mesmo tempo uma ferramenta de prevenção de crimes e de defesa da sociedade.

A Escola Positiva é produto do naturalismo, ela sofreu influência da doutrina evolucionista (Darwin, Lamarck); materialista (Buchner, Haeckel e Molenschott); sociológica (Comte, Spencer, Ardig e Wundt); frenológica (Gall); fisionômica (Lavater) e ainda dos estudos de Villari e Cattane.

A Escola Positiva provoca modificações. Não esquecendo os fatores antropológicos, sociológicos e psicológicos da criminalidade, com o prisma de que o delito é fato humano.

O estado do Rio de Janeiro é conhecido por sua beleza natural e também por ser o estado da maior organização criminosa do país. É de conhecimento mundial que naquele estado há uma divisão social de quem comanda e de quem é comandado. Muitos desses criminosos estão agrupados em conjuntos de favelas onde ocorre a maior distribuição de drogas. A droga é o meio pelo qual o criminoso ganha status e qualidade de vida. É através do mercado paralelo que o criminoso faz riqueza e divisão de poder. O mercado é livre de impostos e é o mais disputado pelo crime organizado por ser o meio mais rentável e o meio mais rápido e atrativo de garantir o sustento do criminoso e de sua família. Ficar rico através da violência é meio de sobrevivência daqueles que da violência tiram proveito.

Em entrevista, o ex-governador do Rio de Janeiro, Sr. Sérgio Cabral, relata em uma de suas justificativas o problema da criminalidade na sociedade carioca, ele afirma que advém das comunidades carentes, dos conjuntos de favelas daquele estado toda forma de violência. O governador Cabral externa seu entendimento de forma estereotipada: “Útero de mulher pobre é fábrica de bandidos” (O Globo, 26/11/2011, caderno especial, p.2).

Ao analisar a afirmativa acima, será esse um caso a ser estudado pelos métodos da Escola Positiva de Lombroso?

A justificativa para esse caso é que o problema é social, e não biológico. Ser pobre não é pré-requisito de ser criminoso. A violência não depende de classe social, se o crime é uma exigência racional, ele só pode emanar da liberdade do

querer do indivíduo. Sendo contrária ao entendimento de vários estudiosos do assunto, pode ser que o livre-arbítrio seja o meio justificável para a afirmativa acima.

Os estudos de Ferri são contrários ao de Lombroso. Desta forma não podemos generalizar o crime como fato da condição social. Para existir ordem é preciso que exista comportamentos contrários à ordem, algo tem que ser reprovado politicamente para assim ser questionado e virar pressuposto de lei.

Ferri não está defendendo a conduta ilícita do criminoso, mas, se não houvesse crime não poderíamos falar aqui do crime como conduta reprovável e punível.

Nelson Hungria não acreditava muito em livre-arbítrio. Ele dizia que a vontade não era causa de si mesma, ou seja, dependia das circunstâncias do fato, poderia o crime ser uma fatalidade natural.

A seguir um trecho do referido autor falando mais a respeito do tema abordado.

A expressão culpa moral é um vaniloquo. A psique humana não escapa ao causalismo universal. O livre arbítrio é uma ilusão. A vontade não é causa de si mesma: apenas dá o que recebe. O crime é um fatalismo natural. Ao invés de responsabilidade moral deve-se falar em responsabilidade social ou legal, de cunho puramente objetivo: o homem é responsável porque vive em sociedade. A pena não pode ser aplicada como castigo, nem se lhe pode atribuir função ética: é apenas um meio prático de defesa social contra a delinquência.

Sua função é meramente preventiva. Deve ser medida, não segundo a gravidade do crime, mas conforme a temibilidade ou periculosidade do criminoso, apreciado através de sua constituição fisiológica e de seu grau de adaptabilidade à vida social.

Como não há dois criminosos iguais, a pena não deve ser predeterminada pelo legislador, mas individualizada pelo juiz, pois só este é quem tem diante de si, na sua realidade viva e palpitante, o autor do crime, o elemento humano dos casos concretos. (HUNGRIA, 1940, p. 458,459)

E a pena, o que seria? Ela passaria a ser um instrumento de defesa da sociedade frente aos criminosos e uma forma de recuperação destes.

Lombroso, em sua obra “O Homem Delinquente”, cita:

Nas pessoas sãs, é livre a vontade, como diz a metafísica, mas os atos são determinados por motivos que contrastam como bem-estar social. Quando surgem, são mais ou menos freados por outros motivos, como o prazer do horror, o temor da sanção, da infâmia, da Igreja, ou da hereditariedade, ou de prudentes hábitos impostos por uma ginástica mental continuada, motivo que não valem mais nos dementes morais ou nos delinquentes natos, que logo caem na reincidência. (LOMBROSO, 2013, p. 223)

O homem delinquente não mais seria livre, vez que estão submetidos à força irresistível de sua mente criminosa.

As principais contribuições da escola positiva, portanto, são:

- a) a descoberta de novos fatos e a realização de experiências, ampliando o conteúdo do Direito;
- b) o nascimento de uma nova ciência casual-explicativa: a criminologia;
- c) a preocupação com o delinquente e com a vítima;
- d) uma melhor individualização das penas (legal, judicial e executiva);
- e) o conceito de periculosidade;
- f) o desenvolvimento de institutos, como a medida de segurança, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional e o tratamento tutelar ou assistencial do menor. (WIKIPÉDIA, com alterações, 2016.)

O conceito de direito tem uma liberdade limitada, baseada não no livre-arbítrio, mas na necessidade de relações externas individuais e sociais. Por tanto, o método utilizado foi o indutivo, foi a partir das observações do meio social e das características antropológicas do criminoso e da sua personalidade, que foi possível o diagnóstico dos fatores intrínsecos e extrínsecos que motivaram a conduta criminosa. De modo que, sabendo de onde partiu a iniciativa da conduta, pôde-se encontrar em sentido mais amplo a eficiência da aplicação da pena.

O método desenvolvido pelos positivistas era o indutivo, que fazia oposição ao método dedutivo utilizado pelos clássicos. A escola Clássica por meio de uma perspectiva generalizada e constante do comportamento humano, dispensava o estudo aprofundado do delinquente, pois ele era perfeitamente independente nas suas escolhas: certo ou errado. Eles não faziam uma análise mais detalhada do que poderia ser as causas que levaram o criminoso a desenvolver tal comportamento. Se era por causa do meio em que viviam, fatores exógenos, ou estava ligado à herança genética, endógena, que estava ligada à hereditariedade.

Após essa análise mais crítica para se ter uma pena mais eficiente e que combatesse o comportamento contrário ao ordenamento jurídico, cabia ao Direito Penal apenas retribuir o mal cometido pelo infrator com o instrumento da pena.

3- INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E SISTEMA TRIFÁSICO

A dosimetria da pena é um dos temas mais complexos no direito penal, ela está inserida na parte geral do Código Penal brasileiro entre do artigo 59 ao 68. É através da dosimetria da pena que o Juiz estabelece a individualização da pena, analisando as características pessoais do agente, as circunstâncias agravantes e atenuantes e as causas de aumento e diminuição da pena.

Segundo Nelson Hungria o juiz na hora da aplicação da pena deve proceder através de três operações. Na primeira, o juiz fixa a pena-base, atendendo às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, porém, abstraindo as agravantes e atenuantes dos artigos seguintes.

Em um segundo momento, o juiz irá fixar a pena-base, fazendo o aumento e a diminuição da pena, foi daí que surgiu as agravantes e atenuantes da pena. Caso essas existam, serão elas administradas na segunda fase da pena.

Respeitando para tanto o mínimo e o máximo da pena cominada in abstracto do crime, está na terceira fase da dosimetria da pena, as causa em especial de aumento ou diminuição da pena. O juiz irá incidir esse aumento ou diminuição sobre o quantum da pena anterior fixada.

Analisando de forma mais detalhada tudo o que já se foi levantado nesta pesquisa, podemos fazer uma remição a um pensamento de Ferri, ele dizia que o delincente não poderia ser visto como um manequim, a ele não se aplicaria um número.

Em outras palavras, o acusado não pode receber apenas uma pena em virtude do seu delito, é necessário um estudo mais aprofundado de sua personalidade.

Penas em abstrato não devolvem à sociedade reeducandos, devolvem ex-condenados que possivelmente voltam a ocupar outro lugar carcerário.

Ferri abordou o direito como ordem jurídica e como uma ciência social jurídica que deveria ser estudada pela observação do comportamento da sociedade. Ele acreditava que o sistema penal deveria ser a neutralização dos criminosos através da prevenção dos delitos.

3.1- Princípio da Individualização da Pena e Dever de Fundamentação

Ao analisar o princípio da individualização da pena no direito penal concluímos que sem ele o julgado apresentaria lacunas que por sua vez poderia gerar danos irreparáveis.

Por hora, o princípio basilar deste trabalho é o da individualização da pena, porém, sabemos que existe outros tão importante quanto. Cada um é garantidor de uma matéria específica. A violação de qualquer de um dos princípios penais ou constitucionais, torna nula qualquer sentença condenatória.

Os princípios são meios norteadores de qualquer ramo do direito. Toda seara jurídica é baseada no lastro principiológico, eles são um conjunto de padrões das condutas presentes de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico.

Os princípios devem ser tratados como norma que exige que algo seja realizado em seu maior nível possível, garantindo assim, o cumprimento de um direito.

Os princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura, jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos. (DE PLÁCIDO E SILVA, 1993, p. 447):

O princípio da individualização da pena é explicitamente fundamentado pela Constituição. Tal princípio necessita está cominado com outros princípios norteadores que tratam da matéria, tais como: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da isonomia, princípio da legalidade, princípio da motivação. São eles norteadores de um julgamento justo e legal.

O princípio da individualização da pena está previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, que dispõe o seguinte:

A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa;

d) prestação social determinada; e) suspensão ou interdição de direitos.(CRFB/88)

Todo ato praticado pelo magistrado deve ser por ele motivado sob pena de nulidade. Podemos usar como base legal o princípio da motivação para começar a expor um dos precedentes da fundamentação da sentença proferida pelo magistrado. Está expresso no artigo 93, IX da Constituição Federal que:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (CRFB/88)

Não se pode padronizar, é necessário um julgamento único, motivado por todas as fases do processo, desde o inquérito, até o suprimento das lacunas deixadas por este.

O magistrado deve se ater às condições e dos motivos do crime. Ele encontrará o critério essencial na individualização da pena. Ou seja, terá o magistrado que encontrar no subjetivismo do apenado uma pena capaz de não só puni-lo, como também fazê-lo entender que sua conduta agressiva, precipitada poderia ser evitável.

O legislador olhou para o caráter subjetivo com mais atenção, não quis apenas ser orientador do cumprimento objetivo do crime, ele quis olhar mais além da conduta e do nexos de causalidade.

A seguir vejamos o que diz Bitencourt a respeito da segurança jurídica garantidora dos direitos fundamentais e a limitação do juiz ao se ater ao que está escrito na lei:

Contudo, a segurança jurídica e a garantia dos direitos fundamentais do cidadão exigem, com precisão e clareza, a definição de crimes e a determinação das respectivas sanções. [...] A iniquidade que resultava do exercício arbitrário do “poder de julgar” constituiu um dos maiores fundamentos do movimento liderado por Cesare de Beccaria visando à reforma do Direito punitivo. E a reação mais eficaz contra aqueles extremos seria naturalmente a limitação do arbítrio judicial, com a definição precisa do crime e um sistema rígido de penas fixas. Na concepção de Beccaria, seguindo a de Montesquieu, ao juiz não deveria sequer ser admitido interpretar a lei, mas apenas aplicá-la em seus estritos termos. [...] A função do juiz limita-se à aplicação da mecânica do texto legal. [...] Se a pena absolutamente indeterminada deixava demasiado arbítrio ao julgador, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais do indivíduo, igualmente a pena absolutamente determinada impediria o seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, diante da realidade concreta. (BITENCOURT, 2011. p. 661/2.)

O legislador procurou entender as condições de vida do apenado, os textos deixado por Beccaria são de uma época distante mas que com certeza traz arraigado todo um sistema baseado na segurança jurídica e que se houvesse um consentimento subjetivo do juiz, a este não seria possível cobrar imparcialidade.

Após as sistemáticas garantistas, o Direito foi tomando um novo rumo e deu ao juiz condições de pensar, incentivou e liberou abertura deste fazer o certo dentro do cumprimento do dever legal, sem ultrapassar os limites estabelecidos pela lei.

O princípio da Individualização da Pena e o da Motivação devem permanecer a todo tempo juntos. Toda sentença carece de fundamentação, assim como todo julgado necessita de individualização.

Finalmente, abriu-se um grande crédito à livre dosagem da pena, pelo juiz, estabelecendo o Código Penal francês de 1810 limites mínimos e máximos, entre os quais pode variar a mensuração da pena. Essa concepção foi o ponto de partida para as legislações modernas, fixando os limites dentre os quais o juiz deve – pelo princípio do livre convencimento – estabelecer fundamentalmente a pena aplicável ao caso concreto. (BITENCOURT, 2011, p. 662.)

E foi assim que após essa nova conquista garantidora que deu ênfase a essa orientação de individualizar a pena e que esta fosse conhecida em momentos distintos, o que hoje conhecemos pelo nome de sistema trifásico. A individualização da pena passa agora por três momentos distintos: individualização legislativa, judicial e executória.

Passada a fase de individualização, chegamos no momento de abrir espaço para a fundamentação: as partes tem o direito de conhecer os motivos, as razões e os fundamentos sobre os quais se construiu a pena.

A fundamentação da sentença deve voltar-se tanto para a culpa, quanto para a sua individualização judicial da pena, ou seja, a aplicação da pena cominada in concreto deve respeitar todos os requisitos exigidos por lei.

Tudo isso nos faz enxergar que existiu de fato uma evolução de indeterminação relativa: não foi totalmente absoluta, tão pouco parcial. Usou-se o meio termo, e só assim, fez o cumprimento elencado por Beccaria: a reforma do Direito de punir.

3.2- Sistema Trifásico

O sistema trifásico de aplicação da pena é o meio adotado pelo Juiz de Direito para a aplicação da pena in concreto. Quando o magistrado está procedendo a dosimetria da pena, ele passa por três fases distintas. Essa dosimetria é feita da seguinte forma: 1º Aplicação da pena-base, artigo, 59 do Código Penal, respeitando a súmula 444 do STJ: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”; 2º Atenuantes e Agravantes genéricas, artigos 61;62 e 65 do Código Penal; e por último, as circunstâncias especiais de aumento e diminuição da pena.

Em resumo passamos analisar a citação de Bitencourt abordando justamente a fase da dosimetria da pena.

O cálculo da pena, nos termos do art. 68 do CP, deve operar-se em três fases distintas: a pena-base deve ser encontrada analisando-se as circunstâncias judiciais do art. 59: a pena provisória, analisando-se as circunstâncias legais, que são as atenuantes; e, finalmente, chegar-se-á à pena definitiva, analisando-se as causas de diminuição e de aumento. (BITENCOURT, 2011, p. 673.)

Segundo Bittencourt a dosimetria da pena é uma conquista do iluminismo que ganhou força no Brasil a partir da Carta Magna de 1988. Nasceu aí uma garantia Constitucional ao condenado e gerou uma exigência em face do magistrado, obrigando-o a fundamentar sua decisão e individualizar a pena na figura do condenado.

Analisando o feito, para Bitencourt a dosimetria da pena em tese apresenta uma pequena liberdade para os magistrados. Essa pequena liberdade surgiu porque o legislador ampliou a discricionariedade que o Juiz deve apresentar na hora do cálculo da pena. Não podemos esquecer que a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. A pena deve atingir à personalidade do condenado, deve atingir apenas critérios judiciais.

É verdade que o legislador abre um grande crédito aos juízes na hora de realizar o cálculo da pena, ampliando sua atividade discricionária. Contudo, como discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, nosso Código Penal estabelece critérios a serem observados para a fixação da pena. Como afirmava Hungria, “o que se pretende é a individualização racional da pena, na adequação da pena e à personalidade do criminoso, e não a ditadura judicial, a justiça da cabra-cega...” Assim, todas as operações realizadas na dosimetria da pena, que não se resumem a um simples

operação aritmética, devem ser devidamente fundamentadas, esclarecendo o magistrado como valorou cada circunstância analisada, desenvolvendo um raciocínio lógico e coerente que permita às partes acompanhar e entender os critérios utilizados nessa valoração. (BITENCOURT, 2011. p. 673.)

A individualização da pena segundo a Constituição, será norteadada dentro dos limites da lei. Não é permitido ao magistrado deixar de observar o que está encartado em lei ordinária, tão pouco ser contrário aos preceitos constitucionais. O artigo 5º da Constituição em seu incisos XXXIX, E XLVI, é clara quando transcreve:

Art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Art. 5º, XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. (CRFB/88.)

Tanto os limites da lei ordinária, quanto os preceitos constitucionais devem ser seguidos de forma taxativa, sem dar lugar às margens do que diz respeito a arbitrariedade.

3.2.1- Aplicação da Pena base

A pena base é a quantidade de pena fixada pelo juiz, calculada entre os limites da pena mínima e máxima prevista no preceito secundário da própria infração penal, baseada em circunstâncias estabelecidas pelo artigo 59 do Código Penal.

Se, ao saber das consequências quando violada uma norma o indivíduo mesmo assim a viola, e ao violar fizer conduta contrária à ordem pública, a esse deve incorrer sanções pelo descumprimento de norma estabelecida.

A ele será imposta uma pena correspondente a sua conduta típica, antijurídica e culpável.

A aplicação da pena base está prevista na ótica do artigo 59, CP, a seguir vejamos o rol da primeira fase que inicia o computo da pena.

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:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por espécie de pena, se cabível. (Código Penal, 1940.)

Para Nucci (2007):

A eleição do quantum inicial, a ser extraído da faixa variável entre o mínimo e o máximo abstratamente previstos no tipo penal incriminador, precisamente no preceito secundário, faz-se em respeito às circunstâncias judiciais, previstas no art. 59. Não se trata de uma opção arbitrária e caprichosa do julgador, ao contrário, deve calcar-se nos elementos expressamente indicados em lei (NUCCI, 2007, p. 163).

Cabe ao juiz na fase inicial do cômputo da pena fixar a pena base, ou seja, a determinação da quantidade temporal de pena que imputará ao indivíduo. A culpa do agente é o meio norteador que o juiz utiliza no momento de aplicar a quantidade mínima e máxima da pena.

A tendência é que quanto mais circunstâncias forem desfavoráveis, maior será o aumento na pena base até que o juiz tenda a fixá-la em grau máximo, não podendo de forma alguma extrapolar às margens do que está encartado. Nesta fase da dosimetria, o limite imposto no tipo penal, deve ser seguido dentro da pena in abstracto, o juiz deve calcular a pena dentro dos limites da infração cometida, condenando de forma fundamentada em grau mínimo ou máximo. O juiz é parte imparcial na triangulação jurídica.

Os elementos que constam no artigo 59, CP, se referem aos fatos, circunstâncias e consequências do crime, ao juiz cabe analisar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade e motivos que o levaram a cometer o delito, contra a vítima, levando em conta seu comportamento doloso ou culposos. Todo e qualquer motivo fará o juiz se manifestar de forma agravante ou atenuante no momento da dosimetria da pena de forma genérica, somente na fase de aumento e diminuição o juiz aplicará a pena em concreto.

Toda pessoa tem direito a um julgamento justo, a imputação de uma pena que seja condizente ao delito cometido e a medida de sua culpabilidade, ressaltando que a sentença conforme mandamento processual penal deve ser sempre motivada.

Por isso a importância do princípio da motivação presente em nossa Constituição.

O instituto conhecido como dosimetria da pena determina que a pena não se limite a quantidade de pena a ser cumprido, mas dentro dos limites mínimo e máximo estabelecidos no preceito secundário do tipo penal, e que o juiz deve também fixar a espécie de pena de acordo com o artigo 32 do Código Penal (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa) e que seja imposta por meio de sentença penal condenatória após o trânsito em julgado da decisão.

Para efetuar o cálculo dosimétrico penal, deve o magistrado, observar, necessariamente, o princípio da individualização da pena.

Guilherme Nucci (2007) destaca da seguinte forma:

Trata-se de um processo de discricionariedade juridicamente vinculada, através do qual o juiz, visando à suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais, estabelece a pena cabível, dentro dos patamares determinados previamente pela lei. (NUCCI, 2007, p. 146).

Após anos de aplicação do sistema trifásico e da valoração das circunstâncias judiciais estabelecidas no Artigo 59 demonstradas neste trabalho, os tribunais, visando a melhor aplicabilidade deste enunciado e para evitar abusos e resguardar a segurança jurídica enunciaram, por meio de repetidos precedentes, regras de aplicação das circunstâncias.

Tais regras foram estipuladas em sentido de direcionamento aos julgadores e não são vinculantes, neste sentido Boschi:

É, então, com o sentido utilitário de contenção de excessos que as regras abaixo citadas devem ser entendidas, pois elas, como antecipamos, não emanam de textos explícitos de direito positivo, não estão consolidadas formalmente e, por defluírem da multidão de precedentes, não reúnem força vinculativa, como é próprio dos sistemas jurídicos da família romana-germânica, como o nosso. (BOSCHI, 2002, p. 214).

A primeira regra determina que quando todas as circunstâncias forem favoráveis ao réu a pena base deverá ser individualizada no mínimo legal. Levando

assim a obrigação do juiz aplicar a atenuante no tipo penal. As atenuantes são circunstâncias que quando existente são obrigatórias à aplicação.

O favor das circunstâncias atenuantes que indicam o grau mínimo de reprovação da conduta do réu e desta forma o mínimo legal estipulado no preceito secundário deve ser considerado como pena base.

Levando em consideração os precedentes que por sua vez não são súmulas vinculantes, são julgados que em sua forma mais plena são utilizados como paradigmas relevantes por tratarem de matérias análogas e que foram proferidas por juízos ou tribunais com bastante prestígio de seus julgados, pode o juiz utilizá-los como fundamentação na hora de motivar uma atenuante que fez com que ele aplicasse o mínimo legal permitido para o caso concreto.

Desta forma, ao passar por todas as fases legais do sistema trifásico e respeitando todas as fases do processo. Fez assim um julgamento baseado em precedentes válidos e benéficos às partes.

Compreender a importância de um precedente jurídico é muito importante para chegarmos a um julgado imparcial, justo e legítimo. Não há erros nos paradigmas, há solução para casos em concreto. Sem esses precedentes seria o julgamento válido? Pode o juiz usar de seu conhecimento social, psicológico e pessoal para uma prolação válida?

Sim, o juiz não está vinculado a nenhum precedente, ele o usa pra formalizar e motivar sua decisão. Tornando assim um julgamento baseado em fontes formais e plenas de direito. Ele é livre para julgar, só não é livre para cometer arbitrariedades.

A pena não pode ter caráter de castigo, pois se assim for, retornaremos a ideia do código de Talião; Olho por olho, dente por dente. Em outros tempos, a ideia bárbara e imoral tinha como base do direito penal um tipo de compensação, a punição. Penas bárbaras que podiam levar a morte de apenado tais como: enforcamento, guilhotina, dentre outras eram penas utilizada na idade média para punir os suposto “traidores”. Com a evolução da humanidade e posto em primeiro lugar a dignidade da pessoa humana, não pode uma pena ser degradante à condição humana. Vários tratados foram assinados após a segunda grande guerra mundial, as atrocidades cometidas em período de guerra fez o homem pensar em sua condição humana de uma forma mais eficiente e que respeitasse sua condição biológica que por sinal é frágil.

Os juízes passaram a ser mais atenciosos com a condição humana. Os escritos de Montesquieu, Voltaire, Rousseau e D'Alembert foram de suma importância para o humanismo, uma vez que construíram o próprio alicerce do período humanitário e o início da radical transformação liberal e humanista do Direito Penal.

O que se pretende com a pena é demonstrar à sociedade que o estado está visando à ordem pública e não a limitação do direito.

Segundo Betiol, a pena não deve reprimir, mas deve prevenir a perpetração de crimes ulteriores, e ser escolhida e aplicada de modo a tornar possível que atinja o seu escopo, a reeducação. “A pena orienta-se para o futuro, mas é sempre, no entanto, respeitada uma proporção, esta já não olha à ação, e por isso não procurará estabelecer a relação justa entre o mal praticado e o sentimento infligido do agente, mas voltar-se-á por determinar uma relação entre uma qualidade ou um status do indivíduo e a probabilidade de novos crimes”

Sendo assim, temos a pena, como a sanção do caráter anormal exercido pelo criminoso, e através de sua culpa e sua periculosidade a pena atinge o interesse pretendido externado através da sanção que é sinônimo da consequência jurídica.

O que é a pena senão a intensão de punir, prevenir a delinquência e transformar o condenado em pessoa ajustada às de conduta social. Nenhuma condenação penal poderá ser considerada adequada se não for baseada no exame criminológico do agente, levando em conta sua personalidade. (CERNICCHIARO, 1997, p. 44)

A pena deve ser o meio pelo qual o estado demonstre a sociedade que tais condutas quando tidas como reprovadas devem ser ministradas com reprovação. Pois o que está na lei é para ser seguido, o que a lei não mencionar como proibido é permitido.

A pena continua a ter como fundamento a responsabilização moral do apenado, ela é uma sanção imposta ao agente praticante de conduta típica, antijurídica e culpável, ela é um meio de reprovação.

Deve-se considerar na hora da execução penal os antecedentes do agente, sua vida antes e após a conduta delituosa. Podemos ver que segundo o pensamento de Nelson Hungria, a condição psicológica do agente delituoso deve ser levada em conta, uma vez que, estamos falando não somente de uma punição,

estamos falando dos direitos humanos como um todo. Ele acreditava que a execução penal passava além de uma correção.

O Juiz não faz apenas o querer do leviatã, ele não pode passar das margens do que está encartado nas leis, mas pode usar de seus convencimentos sociais e culturais na hora de decidir sobre a vida de alguém.

A sua irrogação permanece condicionada à imputabilidade psíquica, mas o seu fim não é apenas o restabelecimento do direito violado: é, no mesmo passo, a tutela da vida em sociedade. A ideia de justiça aliada à política de defesa social. (HUNGRIA, 1940, p.457)

Como não há dois criminosos iguais, a pena não deve ser predeterminada pelo legislador, mas, individualizada pelo Juiz, pois só este é que tem diante de si, na sua realidade viva e palpitante, o autor do crime, o elemento humano dos casos concretos. (HUNGRIA, 1940, p. 459)

Tratar os iguais com suas igualdades e os desiguais com suas desigualdades são precedentes do princípio da isonomia. Muito dos criminosos que encontram-se cumprindo pena não estão inseridos ao objetivo geral do Estado, que é de ressocializar o indivíduo e fazê-lo entender que sua conduta é contrária ao ordenamento jurídico e que para que isso não volte a incorrer a conduta contrária a ordem social. Seria bom que esse indivíduo procurasse viver de forma honesta e que ele tivesse uma vida mais regrada para que novos fatos não voltassem a acontecer.

Seria muito bom que o objetivo do Estado fosse alcançado, acontece que não existe um meio garantidor que torne pessoas de condutas contrárias a ordem social voltar a se inserir em sociedade sem os costumes que os colocaram em um local que os privou de liberdade.

Muitos apenados encontram-se cumprindo pena que por algum motivo não teve todas as fases do processo respeitada. Sim, falo dos montuados de processos que abarrotam o judiciário, esses processos precisam de uma celeridade para que o sistema judiciário dê seguimento aos processos e que esses julgados sejam arrematados ao poder executivo para assim esse tomar as providências necessárias para o cumprimento da sentença.

Nem o judiciário tem condições de fazer um julgamento célere que respeite todas as fases do processo, assim como a defensoria pública também não pode clamar por uma condenação justa para seu assistido por falta de tempo exclusivo do defensor para cada caso por ele atendido. E a culpa, é de quem?

3.2.2- Circunstâncias Atenuantes e Agravantes

Passada a fase do computo da pena-base, é chegada a hora da aplicação das atenuantes e agravantes genéricas. Ela são taxativas e vem expressamente encartadas dos artigos 61, 62, 65 e 66 do Código Penal.

Na análise das agravantes e atenuantes, deve-se observar para não constituírem as elementares penais, as qualificadoras, ou até mesmo nas causas de aumento e diminuição da pena. Tudo isso ocorre por causa do princípio bis in idem.

Segundo as observações de Bitencourt, ele explica que “as agravantes e as atenuantes se equiparam àquelas causas modificadoras da pena”.

O código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genérica, deixando ao prudente arbítrio do juiz, ao contrário do que faz com as majorantes e minorantes, para as quais estabelece os parâmetros de aumento ou de diminuição. No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias (atenuantes e agravantes) não deve chegar até o limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto.

Em outros termos, coerentemente, o nosso Código Penal adota uma escala valorativa para atenuante, majorante e qualificadora, que são distinguidas, umas das outras, exatamente pelo grau de gravidades que representam, valendo o mesmo, no sentido inverso, para as moduladoras favoráveis ao acusado, privilegiadora, minorante e atenuante. (BITENCOURT, 2011. p 671.)

Está encartado no Código Penal, em seu artigo 68 que:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.(CÓDIGO PENAL, 1940).

As consequências para a fixação da pena estão no artigo 59 do Código Penal brasileiro, artigo alterado pela reforma de 1984. Foi através desse novo embasamento que o juiz pôde aperfeiçoar o tratamento da individualização da pena.

O apenado tem o direito de saber se na pena imposta a ele foi seguido todas as medidas relacionada a sua pessoa, e se a pena foi condizente com sua conduta e sua culpa.

O artigo 59 do Código Penal é norteador, ele dar direção às observações do juiz. Cabe ao juiz fazer a partir dos critérios subjetivos e objetivos do apenado, uma análise que será capaz de individualizar a pena de acordo com o grau de culpa segundo o caput e os incisos do referido artigo.

A imposição da pena deve estar ligada e condicionada à culpabilidade do indivíduo. Sua fixação, sua quantidade e qualidade estão ligadas à censura que se perfaz sobre a conduta.

Considerando a análise subjetiva do magistrado, a ele cabe analisar as circunstâncias que levaram o indivíduo ao crime. A conduta social e os possíveis motivos do delito, fazendo relação ao comportamento da vítima.

Chegando a hora de atenuar e agravar, como dispõem o art. 61 do Código Penal:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;l) em estado de embriaguez preordenada. (CÓDIGO PENAL, 1940.)

As atenuantes vão agravar a pena-base encontrada na primeira fase genericamente. O artigo acima transcrito, artigo 61, CP, elencou uma série de agravantes da pena.

Existem algumas particularidades em relação às agravantes na hora da dosimetria da pena, nem sempre uma agravante será utilizada para aumentar a pena.

Existem três hipóteses excludentes que mesmo estando presente aos autos, essa agravante não serão utilizadas, quando essa já constitui ou qualificou o crime. Essa proibição acontece para não gerar bis in idem.

Há critério de exemplo podemos dizer que quando uma pena-base é fixada no máximo, não poderá agravar para uma pena maior que o máximo permitido. Não pode suplementar as margens legais.

O juiz também não aplica a agravante se houver uma atenuante preponderante sobre qualquer agravante. Exemplo disso é a menor idade do agente menor de 21 anos na data dos fatos, a menor idade é fato impeditivo de agravar a pena.

Para que não ocorra o bis in idem, é mais adequado utilizar o método trifásico, porque o mencionado método permite ao apenado conhecer o processo até que chegue a hora da sentença.

As circunstâncias do delito espalham-se por todos os lados do processo: pena-base, agravantes e atenuantes, e por fim, as causas de aumento e diminuição da pena.

Utilizando-se de todas as fases do processo, o juiz proferirá uma sentença individualizando-a frente aos demais acusados de delitos parecidos.

As agravantes e atenuantes são causas legais para a fixação da pena. Se faz uma previsão objetiva na lei, não podendo ser feita uma análise subjetiva do juiz.

São causas que agravam a pena quando o agente delituoso tem antecedentes negativos. Ou seja, a reincidência. Existe uma Súmula do STJ que é contrária a espécie de agravante de pena quando se trata de uma reincidência, pois tal feito estaria incorrendo ao princípio do bis in idem. Fica uma lacuna a respeito do que se pode agravar ou aumentar na hora da dosimetria da pena. Súmula 241 do STJ – “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

Como pode uma pessoa que já passou pelo processo de reeducação voltar a cometer novos delitos? Claro que para este deve aumentar a pena, agravando e aumentando para que este não volte a incorrer em crimes mais graves.

Mas, por outro lado, não seria justo punir de forma padrão um criminoso sem antecedentes criminais, comparando-o de forma equivocada a um criminoso que já cometeu derradeiras vezes condutas típicas.

3.2.3- Causas de Aumento e Diminuição

Passada a fase de atenuantes e agravantes, é chegada a hora da fase de aumentar ou diminuir da pena. Essa fase também é conhecida como a fase das majorantes e minorantes.

Segundo Bitencourt existem alguns julgados que não tem a devida fundamentação em sua decisão, o que traz nulidade absoluta do título. A ausência da devida fundamentação está relacionada ao entendimento jurisprudencial que diz que é válido uma sentença que esteja usando como circunstâncias da pena uma pena que é fixada no mínimo legal da pena.

No que tange ao entendimento do referido autor, “Esse é um entendimento que necessita ser revisto urgentemente ou, pelo menos, merece detida reflexão. É, no mínimo, uma posição questionável entender que a favor do indivíduo tudo é permitido, esquecendo-se que no outro polo da relação processual encontra-se a sociedade, representada pelo Ministério Público, que também tem o direito de receber um tratamento isonômico. A fixação da pena no limite mínimo permitido, sem a devida fundamentação, viola o *ius accusationis* e frauda o princípio constitucional da individualização da pena, que, em outros termos, significa dar a cada réu a sanção que merece, isto é, necessária e suficiente à prevenção e repressão do crime”.

Seguindo esse pensamento, deve-se entender que mesmo que a jurisprudência abra precedente a respeito, de nada deve valer no que tange ao seguimento das fases processuais legais, respeitando todos os precedentes exigido pela lei ordinária sem abrir margens a feitos contrários ao entendimento jurisprudencial. Mesmo sendo a pena cominada no mínimo legal, esta deve ser fundamentada pois o agente precisa estar ciente de todos os atos processuais e também a ele deve ser feita uma publicidade eficiente, para que assim este entenda que a pena in concreto serve para reprimir uma conduta típica e reprovável por ele praticada. É preciso que este saiba de fato que sua conduta recebeu a pena correspondente aos seus atos.

Se todas as operadores do art. 59 forem favoráveis ao réu, a pena-base deve ficar no mínimo previsto. Se algumas circunstâncias forem desfavoráveis, deve afastar-se do mínimo; contudo, o conjunto desfavorável, pode aproximar-se do chamado termo médio, que, segundo a velha doutrina nacional, é representado pela média soma dos dois extremos, quais sejam, limites mínimo e máximo. (BITENCOURT, 2011, p. 674.)

De regra, o cálculo da pena deve iniciar a partir do limite mínimo e só excepcionalmente ,quando as circunstâncias do art. 59 revelarem especial

gravidade, se justifica a fixação da pena-base distanciada no mínimo legal. (BITENCOURT, 2011, p. 675.)

Todos os critérios relacionados ao cômputo da pena deve orientar o julgador, ele não pode ignorar nenhum dos elementos que regulam os dispositivos legais. Todos os dispositivos devem ser analisados criteriosamente de forma de não deixar margem a uma contestação futura numa ação em curso.

As causas de aumento e diminuição da pena são circunstâncias que podem modificar os fatores estabelecidos em quantidade da pena, por exemplo: aumentar em $2/3$ (dois terços) a pena, diminuir em $1/3$ (um terço) da pena ou até mesmo pode variar a aplicação do cálculo da pena, de um a dois terços. Essas modificadoras estabelecem sua variação que foi genericamente agravada na fase das atenuantes e agravantes.

Onde for possível aumentar ou diminuir o quantum da pena, será fixado uma variação exata para o cumprimento da sentença. Bitencourt assegura em suas pontuações que as minorantes podem reduzir a pena para aquém do mínimo cominado ao tipo penal violado. Assim como as majorantes, segundo um pequena corrente da doutrina podem elevar a pena além do máximo permitido. Porém, sabemos que as majorantes não podem ultrapassar o limite máximo permitido da pena in abstracto.

4- HÁ UMA RETÓRICA DA ESCOLA CLÁSSICA E POSITIVA EM NOSSO SISTEMA LEGAL

Foi no século XIX, exatamente em suas últimas décadas, que a criminologia começou a ganhar força no Brasil. Em sua obra, Bitencourt cita que a primeira Constituição brasileira determina a criação de um código criminal para combater o crime da época. Cita o referido autor:

A Constituição brasileira de 1824 determinou a urgente e imperiosa necessidade de elaboração de um “Código Criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade” (art.179, XVIII). Em 1827, Bernardo Pereira de Vasconcellos e José Clemente Pereira apresentaram, individualmente, um projeto de código criminal, ambos de excelente qualidade. Preferiu-se, no entanto, o de Bernardo Pereira de Vasconcellos “por ser aquele que, mais amplo ao desenvolvimento das máximas jurídicas e equitativas, e por mais munido na divisão das penas, cuja prudente variedade muito concorria para a bem regulada distribuição delas, poderia mais facilmente levar-se a possível perfeição com menor número de retoques acrescentados àquele que já a comissão lhe dera, de acordo com seu ilustre autor”. Em 1830, o imperador D.Pedro I sancionou o Código Criminal, primeiro código autônomo da América Latina. (BITENCOURT, 2011, p. 77.)

O primeiro código do Brasil teve influências dos grandes precursores e estudiosos da criminologia. As ideias de Bentham, Beccaria e Mello Freire, sem esquecer de Lombroso, Ferri, Garófalo e tantos outros que contribuíram para chegarmos a um código autônomo que pudesse apresentar suas primeiras mudanças no mundo jurídico brasileiro, foram de grande importância.

Fazendo um apanhado histórico dos estudiosos da época que se interessaram pelo estudo da ciência criminológica, poderemos conhecer:

Tobias Barreto, foi o primeiro crítico brasileiro de Cesare Lombroso, pois segundo ele os princípios dados por Lombroso, seria preciso recolher ao hospital a humanidade inteira.

Segundo Lyra e Araújo Júnior (1990, p. 80), Barreto escreveu sobre o criminoso. “O criminoso é fato natural sujeito a outras leis que não as leis de liberdade e o homem é todo feito à imagem, não de Deus, porém da natureza. Pregou a reforma do homem pelo homem mesmo, acrescentando que “não se corrige o homem, matando-o ou aviltando”.

Silvio Romero, por sua vez estudou os tipos étnicos, as características da coletividade, a alma dos grupos, as índoles individuais, moldadas nos vícios ambientais, e os vincos deixados nos espíritos pela atmosfera social. Segundo Lyra

e Araújo Júnior (1990, p. 84), Romero definia o bem como: “O bem é uma flor do cérebro do próprio homem; a fisiologia é a alma da psicologia; o homem tem afeição do meio que habita pela tirania dos fatos exteriores; há uma espécie de paralisia moral ou intelectual determinada pela ignorância, os criminosos saem das prisões três vezes piores; assim como há ideias com a cor da bÍlis, existem atos com a cor do sangue; o homem é o que ele come”.

Clóvis Beviláqua, publicou no ano de 1896 a primeira obra sobre criminologia, denominada “Criminologia e Direito”, onde ele retratou a criminologia no Estado do Ceará em relação ao tempo e à população, a distribuição geográfica dos crimes e outras mazelas sociais da época.

Nina Rodrigues, foi fortemente influenciado pelas ideias do criminólogo italiano Cesare Lombroso, e foi considerado pelo próprio Lombroso, apóstolo da Antropologia Criminal na América do Sul.

Criador da teoria da criminalidade étnica defendia que em uma mesma sociedade, poderiam ser encontradas raças em diferentes fases de evolução (moral e jurídica). Acreditava ainda, que a civilização era boa para os brancos e má para os negros. Seus comentários em tempos remotos não foram considerados preconceituosos, mas em tempos presente com certeza renderiam muitos impasses. Esses comentários nos remetem há tempos anteriores à escravidão. Infelizmente esses pensamentos conservadores muitos até a presente data ainda o mantêm vivo. Em sua grande obra, Os Africanos no Brasil, escreveu:

Para dar-lhe [a escravidão] esta feição impressionante foi necessário ou conveniente emprestar ao negro a organização psíquica dos povos brancos mais cultos (...) O sentimento nobilíssimo de simpatia e piedade, ampliado nas proporções duma avalanche enorme na sugestão coletiva de todo um povo, ao negro havia conferido (...) qualidades, sentimentos, dotes morais ou ideias que ele não tinha e que não podia ter; e naquela emergência não havia que apelar de tal sentença, pois a exaltação sentimental não dava tempo nem calma para reflexões e raciocínios. (WIKIPÉDIA, 2016)

Ele acreditava que para o Brasil deveria de ser criado mais de um tipo de Código penal, ele dizia que a igualdade era falsa, e que a igualdade só existia nas mãos dos juristas. Ele publicou um ensaio no qual defendeu a tese de que deveriam existir códigos penais diferentes para raças diferentes, para que assim, pudessem atender às diversidades principalmente de raça.

Será por ser o Brasil um país mestiço? O Brasil sofria com sua identidade desde os tempos da colonização, era gente de todos os cantos do mundo.

Aqui vinham pessoas de todos os continentes, e por sua vez, esses traziam sua cultura e seus costumes. Não há condição de inserir a um indivíduo algo estranho a sua intimidade. Claro que esse pensamento só é considerado hoje, em tempos mais remotos não se chegava a pensar desta forma, se assim fosse pensado rapidamente sofriria-se a censura devida. Assim, em outrora, contariava-se a história de Tiradentes.

Raimundo Nina Rodrigues assim como Lombroso também costumava estudar crânios, sendo que começou seus estudos por meio de experiências. Este estudioso, logo após a Guerra de Canudos, solicitou a cabeça de Antônio Conselheiro, a fim de analisar seu crânio e procurar indícios de atavismo, embora sem êxito.

Afrânio Peixoto foi um crítico assíduo da concepção de Durkheim e Lacassagne, costumava dizer que, conforme ensinamentos de Lyra e Araújo Júnior (1990, p. 94): “A sociedade tem os criminosos que merece; o meio social é o caldo de cultura da criminalidade; o micróbio é o criminoso que só tem importância quando encontra o caldo que o faz fermentar”.

O Brasil do século XX, segundo comentários da Wikipédia, a enciclopédia livre:

O Brasil, no começo do século XX, passava por turbulências políticas, sociais e econômicas. Embora a crise em questão tenha começado por motivos e épocas diferentes das adversidades europeias, o positivismo fomentado no Velho Continente serviram de alicerce para as radicais mudanças instauradas pelo então novo modelo de governo: A República Presidencialista.

Embora a ideia de Progresso Positivista tenha sido observada no crescimento das cidades brasileiras, o interior ainda estava marcado pela sociedade patriarcal, economia majoritariamente agrária e concentração de poder nas mãos de poucos. Mesmo assim, observava-se o otimismo nas descobertas científicas e nas intenções de equiparar-se aos países europeus tidos como líderes mundiais em civilidade e avanço científico.

Entretanto, o Brasil ainda caminhava lentamente, haja vista a democracia apenas aparente, com eleições fraudadas e voto de cabresto. A representação popular do voto era pequena, pois apenas os homens alfabetizados exerciam este direito (as mulheres só o conquistaram em 1932).

Por causa do declínio da exportação de café, a crise financeira se asseverava. Dessa forma, os altos impostos e a proteção apenas da elite indignaram a população, que era rejeitada por ser a classe menos favorecida da sociedade em consequência da permanência da estrutura desigual proveniente da antiga ordem escravocrata. Assim, levantes populares, como a Coluna Prestes, O Movimento Tenentista e a Guerra do Contestado, marcaram a revolta popular.

Depois de mais uma eleição fraudada, um processo revolucionário foi articulado em 1930, de maneira a colocar Getúlio Vargas no poder. As ideias associadas por ele, dentro de um regime nacional-estatista, favoreciam um governo centralizado. Nesse sentido, as ideias do Direito Penal Positivo de Lombroso tiveram certa influência nessa época para a criação da legislação penal brasileira. (Wikipédia, p. virtual, 2016)

Por assim estarmos analisando as influências das escolas criminais no Brasil, chegamos a um conclusão: Em tudo que se é contrário tem a mão do estado monárquico.

Há sempre a intervenção do povo sobre a tirania de uma minoria que explora sua riqueza através da maioria, que por sua vez não pertence a uma classe nobre, são tercelões, profissionais liberais, físicos, artesões, são em números, as mãos que sustentam um Estado tirano cheio de luxuosos caprichos.

Foi-se então por causa de uma minoria esmagadora que o povo se rebelou e fez chegar ao Brasil o conceito de crime, diferente do contrato social existente na Europa de Lombroso.

No Brasil a nomenclatura de crime em início da década de trinta do ano de mil oitocentos, era: Somente admitia-se culpabilidade se houvesse pressuposto de pena. Não existia uma definição concreta de crime.

Após várias reformas, o instituto penal, através da doutrina definiu crime como: Toda conduta típica, antijurídica e culpável.

As escolas Clássica e Positiva, influenciaram a todos os dispositivos legais dos Estados democrático de Direito. No Brasil não foi diferente. Após o esgotamento das atrocidades cometidas pelo absolutismo do Poder Público, em citação indireta utilizada por Bitencourt, podemos ver que juristas com Aníbal Bruno, fazia críticas ao sistema segregador.

O mencionado autor destacava com bastante segurança o arbitramento dos juízes e o absolutismo do poder público. “nesse longo e sombrio período da história penal, o absolutismo do poder público, com a preocupação da defesa do príncipe e da religião, cujos interesses confundiam, e que introduziu o critério da razão de Estado no Direito Penal, o arbítrio judiciário praticamente sem limites, não só na determinação da pena, como ainda, muitas vezes, na definição dos crimes, criavam em volta da justiça punitiva uma atmosfera de incerteza, insegurança e justificado terror. Justificado por esse regime injusto e cruel, assente sobre a iníqua

desigualdade de punição para nobres e plebeus, e seu sistema repressivo, com a pena capital aplicada com monstruosa frequência e executada por meios brutais e atrozes, como a força, a fogueira, a roda, o afogamento, a estrangulação, o arrastamento, o arrancamento das vísceras, o enterramento em vida, o esquartejamento; as torturas, em que a imaginação se exercitava na invenção dos meios mais engenhosos de fazer sofrer, multiplicar e prolongar o sofrimento; as mutilações, como as de pés, mãos, línguas, lábios, nariz, orelhas, castração; os acoites”. (ANÍBAL, 1967, p. 88-9).

A história do Direito Penal brasileiro regeu-se primeiramente pela legislação portuguesa, período imperial, após esse período, passou a ser regida por lei genuinamente brasileira do então Estado Republicano.

Esse Estado está em constante transição por causa das condições políticas e sociais; o que antes era considerado crime pode passar a não ser e o que não era pode vir a ser crime.

CONCLUSÃO

As teorias das escolas que influenciaram o Código Penal de 1940 é notável quando há valoração à qualificação da personalidade do delinquente, isso porque para uma aplicação mais detalhada e justa, é necessário ter a certeza da vontade do criminoso, a subjetividade depende da vontade do agente.

É necessário saber quais os motivos que o levaram a cometer tamanha delinquência e também fazer um estudo detalhado a respeito da periculosidade do agente e quando aplicar as medidas de segurança, e o que mais funciona como pena. Com a superlotação carcerária, isso fica apenas como proposta do dever ser.

A criminalidade hoje em dia vem aumentando consideravelmente, o que gera muita insegurança à sociedade. Os fatores que levam a esse aumento podem ser chamados como biopsicossociais, isso mesmo, fatores biológicos, psicológicos e sociais. Tem a ver com o meio em que vivemos.

Podem estar associado ao momento que estamos passando, as condições de vida, o ambiente onde moramos, enfim, são vários fatores que levam um indivíduo a cometer crimes.

Pode ser que este já nasça com esse destino, assim como afirmou Lombroso em suas pesquisas baseada no delinquente nato, atávico, o que já tem em sua genética predisposição ao delito.

Devemos acreditar que podemos mudar o cenário violento ao qual estamos a mercer. Estamos inerte às omissões de um Estado negligente. Temos uma sociedade carente de educação e estamos diante de um mundo cheio de desigualdades.

É notório que houve uma evolução na história do pensamento humano no que se refere aos delitos e as penas. Assim, as penas que anteriormente eram cruéis e degradantes, passaram a ser mais justas, eis que o que se busca hoje em dia é afastar a prática de crimes e ressocializar os criminosos.

Ao Juiz cabe aplicar a pena base, nos limites exigidos por lei, de modo que atenda a sua finalidade, isto é, a recuperação social do delinquente.

“O juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário, porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização a pena-base, de sorte que, quando todos os critérios são

favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo” (STF, HC 76196/GO, rel. min. Maurício Corrêa, decisão da Segunda Turma, em 29 de setembro de 1998, publicada no DJ de 15 de dezembro de 2000, p. 62).

Estabeleceu-se a abrangência do princípio o qual compreende as fases legislativas, fixação da pena em abstrato, fixação da pena em concreto, a fase judicial e a fase executória no que diz respeito a adequação das condições de cumprimento da pena em resposta ao condenado.

O grau de culpabilidade deve ser individualizado ao responsável de acordo com as circunstâncias do caso concreto, ou seja, em um Estado Democrático de Direito, a sentença sem a devida fundamentação e individualização sobre a aplicação da pena em relação ao condenado, leva a nulidade absoluta em virtude de ferir norma constitucional.

Fazendo uma análise mais detalhada, chegamos às últimas conclusões: as penas dos crimes comuns contra o patrimônio privado ou público atingem de forma mais severa um indivíduo qualquer, quando comparadas às sanções de crimes maiores, como corrupção, sonegação de altos impostos, embora ambos versem sobre o mesmo bem jurídico, o patrimônio.

Comparando ao atual cenário brasileiro, a indagação acima é bastante pertinente a tudo o que estar ocorrendo em nosso país. Os fatos levantados não é mera coincidência aos dias atuais. Mensalão, lava jato, dentre outras que ainda podem surgir.

O Código de 1940 é o mesmo até a presente data. Seria meio cômico se não fosse trágico punir de forma igualitária os desiguais com suas desigualdades, padronizando a pena de forma genérica aos que tem condições sociais e econômicas mais favoráveis. Ou seja, punir os iguais com suas igualdades da mesma forma que se pune os demais. Padronizando assim a todos uma mesma pe

Se a pena é mais severa para os mais fracos, por que não pode seguir os mesmo impasses de uma pessoa que tem foro privilegiado? A delação premiada não existe para todo tipo de crime, isso é uma pena!

Se o juiz analisando os dados concretos, deixar de lado o comodismo, e, por sua vez os condenados deixarem de se conformar com penas-padrão, é possível que a referida política (pena padrão) deixe de ser usada e dê lugar à individualização da pena que é garantia da Constituição Federal e é cláusula pétrea.

REFERÊNCIAS

- ARÊAS, João Braga. **Considerações sobre a violência do Rio de Janeiro**. 2010. Disponível em: <http://oblogonews.blogspot.com.br/2010/12/consideracoes-sobre-violencia-do-rio-de.html>. Disponível em: 10/05/2016, 17:14.
- BETIOL, Giuseppe. **O Problema Penal**. 2. ed. São Paulo: Editora LZN, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 16 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4 ed. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo. Brasília, DF, Outubro, 1988.
- CALHAU, Lélío Braga. Cesare Lombroso: **Criminologia e a Escola Positiva de Direito Penal**. 23 setembro, 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 10/05/2016, 16:56.
- CALHAU, Lélío Braga. **Criminologia positiva e a obra de José Ingenieros**. Belo Horizonte, (Jornal do Sindicato dos Promotores e Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais) Junho, de 2002, p. 03. Disponível em:<<http://www.pgj.mg.gov.br>>. Acesso em: 10 Mai. 2016, 15:57.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Questões Penais**. 1 ed. Minas Gerais: Editora Del Rey, 1998.
- DIREITO, Pergunte. **Quais são as três fases da dosimetria da pena?** Novembro 2012. Disponível em:<<http://www.perguntedireito.com.br/157/quais-sao-as-tres-fases-da-dosimetria-da-pena>>. Acessado em: 20/05/2016,16:02.
- FALCONI, O blog. **Princípio da individualização da pena. [S.I.]**: Opus Iuris, 2011. Disponível em: <<https://franciscofalconi.wordpress.com/2011/09/03/breves-consideracoes-sobre-o-principio-da-individualizacao-da-pena/>>. Acesso em: 18 fev. 2016.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. V, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1940.
- LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**, Ed. Icone, São Paulo, 2 reimpressão, 2013.
- MEDEIROS, Leonor B. **Da Aplicação da Pena**. Abril 2015. Disponível em: <<http://penalemresumo.blogspot.com.br/2010/06/art-68-calculo-da-pena.html>>. Acessado em 20/05/2016, 16:27.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2009.

OSHIMA, Thais Calde dos Santos: **Evolução histórica das escolas criminológicas**, Junho 2013. Disponível em: <<http://www.univem.edu.br/jornal/materia.php?id=342>>. Acessado em: 11/05/2016, 17:44.

_____. **Cesare Lombroso**. Abril de 2016. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Cesare_Lombroso>. Acessado em: 12/05/2016, 02:00.

_____. **Enrico Ferri**. Julho 2015. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Enrico_Ferri>. Acessado em: 18/05/2016, 11:17.