

**COMBATE AO LAXISMO PENAL JUDICIÁRIO:
A UTILIZAÇÃO DO TERMO MÉDIO COMO
CRITÉRIO PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE**

Marcos Eduardo Rauber

Promotor de Justiça/RS.

“A força moral objetiva da pena é representada pelo resultado moral que o suplício excita no espírito dos cidadãos, tranquilizando os bons e retraindo os maus.

A grande eficácia política da pena está nessa sua força moral. Da força moral do delito nasce a ofensa social; da força moral da pena nasce a reparação social.

A força moral existe... mesmo antes de ser irrogada a pena. No estado de ameaça, ela não age senão moralmente. Mas quando o delito, do estado de previsão, passou ao da realidade, a força moral da ameaça seria destruída, se a pena também não se tornasse uma realidade. É a sua irrogação material o que restitui à ameaça, desprezada pelo delinqüente, toda a eficácia sobre os espíritos; e é nesse momento que se completa a força moral da pena”¹

É bem verdade que as generalizações nem sempre refletem a realidade, podendo, algumas vezes, encerrar preconceitos e conduzir a injustiças. Todavia, não se trata de generalização inconseqüente aquela que se faz à guisa de intróito deste singelo articulado, mas de uma constatação bem sensível no cotidiano forense: o Poder Judiciário tem sido paulatinamente invadido por uma onda de benevolência criminal. O fenômeno tem ganhado força.

¹ CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal*. Parte Geral. Vol. 2. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. Saraiva. 1957. pp. 82-3.

especialmente nos últimos tempos, com o “desabrochar” de tendências ditas “garantistas” as quais são inculcadas nos bacharéis de Direito como se fossem algo moderno, afinado com os reclamos sociais da atualidade.

Tal carga de formação, transferida posteriormente para a prática dos processos criminais, resulta na adoção de posicionamentos liberalizantes, pautados pelo abrandamento do rigor com o qual deveriam ser tratados todos aqueles que cometem infrações penais (mormente aquelas que mais ofendem a harmonia e a coesão social), revelando-se, por exemplo, sob a forma de exigências indevidas para o deferimento de prisões provisórias, concessões ilegais de liberdade provisória (para acusados da prática de crimes hediondos e equiparados), revogações temerárias de prisões preventivas, nulificação de processos por apego excessivo à forma, sem que o vício tivesse trazido real prejuízo às partes, reiteração e vulgarização das absolvições por insuficiência probatória (o “complexo de Pilatos”), mesmo diante de prova suficiente, e, especialmente, no “achatamento” da pena quando a condenação do réu é absolutamente inevitável, restando a sanção penal fixada, por vezes, aquém do mínimo legal!²

Assim, não bastasse a legislação penal em vigor estar repleta de benesses como a substituição e a conversão da pena privativa de liberdade por penas alternativas (arts. 44 e seguintes do CP; art. 180 da LEP), a concessão de *sursis* (art. 77 e seguintes do CP; art. 156 e seguintes da LEP), o deferimento do início do cumprimento da pena em regime aberto ou semi-aberto, com direito à progressão como regra (art. 33, §§1º e 2º, do CP; art. 112 da LEP), o livramento condicional (art. 83 do CP; art. 131 e seguintes da LEP), a remição (art. 126 da LEP), tornando a pena de prisão uma rara exceção, há ainda um excesso de indulgência judicial no momento da aplicação da pena privativa de liberdade. Noutras palavras, a pena final resulta em verdadeira “martelada de plástico”, indolor, praticamente imperceptível e, portanto, insuficiente para desencorajar e coibir a prática de infrações penais, segundo preconizam os escopos da prevenção geral e especial. Isso quando não há prescrição da pretensão punitiva em concreto, diante da demora no trâmite dos processos criminais, gerando, aí sim, total impunidade do agente delitivo!

O fenômeno já ganhou designação doutrinária, bastante apropriada por sinal: é o **laxismo penal**. Segundo RICARDO DIP e VOLNEY CORREA

² Tal arbitrariedade judicial além de ferir o princípio da legalidade - que há de ser interpretado também *pro societate* e não apenas *pro reo*, para obrigar a observância dos limites mínimos das penas cominadas nos tipos penais - colide com orientação jurisprudencial já sacramentada, consoante Súmula 231 do STJ.

LEITE, autores dessa nomenclatura e, por ironia, Juízes do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, cuida-se de uma “*tendência a propor a) solução absolutória, mesmo quando as evidências do processo apontem em direção oposta, ou b) punição benevolente, desproporcionada à gravidade do delito, às circunstâncias do fato e à periculosidade do condenado, tudo sob o pretexto de que, vítima do fatalismo sócioeconômico, o delinqüente sujeita-se, quando muito, a reprimenda simbólica.*”³

A adoção desse tipo de posicionamento, com o devido respeito dos que assim não pensam, coloca o sistema estatal de repressão penal em descrédito perante a sociedade, comprometendo a imagem e a confiabilidade das instituições encarregadas de promover a Justiça Pública e obrigando o cidadão de bem a se enclausurar em sua residência (atrás de grades, trancas, cães, sistemas de alarme) ou a exercer justiça privada, diante da franca expansão da criminalidade, inarredável consequência do tratamento benévolo dispensado aos criminosos em geral. Daí porque é correto concluir, nas palavras do ilustre colega de Ministério Público Gaúcho, Dr. RODRIGO DE OLIVEIRA VIEIRA, que:

“...muito da arrebatada onda criminosa que varre o País efetivamente se deve à demasiada indulgência com que tratados os delinqüentes, incentivando em face da quase certeza da impunidade, o ingresso no mundo do delito. Logo após o advento do Texto Constitucional de 1988, uma interpretação mais açodada e, quiçá, também, frívola e leviana, olvidou-se que a Carta Magna não somente garantiu direitos ao cidadão, mas ela também assegura direitos à sociedade, de forma que os direitos e garantias individuais não se sobrepõem aos preceitos que visam à proteção da sociedade. Não se ignore, por exemplo, que o artigo 5.º, caput, da Lei Maior, assegura a todos os brasileiros, dentre outros, o direito à segurança.”⁴

À vista disso, forçoso concluir que o direito de punir encerra um halo de transcendência, porque sua concretização traduz a reafirmação dos *valores fundamentais* em torno dos quais se organiza a convivência social. Valores

³ DIP, Ricardo, MORAES Jr., Volney Correa Leite de. *Crime e Castigo: Reflexões Politicamente Inconcretas*. Campinas: Millenium, 2002, p. 03.

⁴ Trecho extraído de peças processuais do referido agente do Ministério Público, cedidas ao articulista e usadas com permissão.

esses que o criminoso não apenas ignora, mas agride; não apenas despreza, mas profana.⁵ Na verdade, é o criminoso violento um predador de direitos humanos fundamentais!

Diante do exposto, exige-se a reação institucional do Ministério Público. Uma conjugação de esforços organizada em oposição a bagatelização da punição criminal que vem sendo praticada por alguns segmentos do Poder Judiciário em nome de um “garantismo penal” desvirtuado, unilateral, que defende os “direitos humanos” dos criminosos, mas olvida-se de garantir na mesma medida (ou em maior medida) os “direitos humanos dos humanos direitos”.⁶

Parte dessa reação há de iniciar pela atenta fiscalização ministerial da operação judicial de dosimetria da pena, que no sistema brasileiro realiza-se pelo método trifásico.

A operação de dosagem penal encontra sua **primeira fase** no cálculo da **pena-base**, que leva em consideração a **pena em abstrato** cominada no tipo penal a que se amolda a conduta do sujeito e as **circunstâncias judiciais** elencadas no **art. 59 do Código Penal**, realizando-se, inicialmente, a valoração individualizada de cada uma delas, e, posteriormente, a análise conjunta de todas, a fim de verificar se o conjunto é favorável ou desfavorável ao réu, bem como em que medida tal ocorre. É nessa fase que está centrada a aplicação do critério do termo médio, ao qual se pretende chamar a atenção nesse singelo artigo. Contudo, por questão didáticas, far-se-á inicialmente breve exposição das demais fases da dosimetria penal, para construir uma visão geral do tema e retornar com mais subsídios ao enfrentamento detalhado da questão particular situada na fixação da pena-base.

⁵ DIP, Ricardo, MORAES Jr., Volney Correa Leite de. op. cit. p. 19.

⁶ Vale notar que a adoção desse tipo de “garantismo penal”, compreendido como a proteção do criminoso contra a “fúria punitiva” do Estado, implica justamente em descomprometimento com a defesa da sociedade em face do crime, através da qual se busca a efetivação do direito fundamental de proteção, que impõe ao Estado o correlato dever de assegurar a seus cidadãos de bem o pleno gozo e exercício de suas prerrogativas constitucionais e legais, inclusive contra agressões provindas de particulares. Em outras palavras, esquecem os “garantistas” que é a sociedade o ente tutelado com o exercício da Justiça Penal, partindo do equivocado pressuposto de que é o réu que merece ser protegido! *Data venia* não é esta a visão mais consentânea com a realidade, mormente num momento histórico em que a violência se expande a ponto de integrar o cotidiano social, fazendo o cidadão honrado refém e prisioneiro em sua própria residência!

Na **segunda fase** da operação dosimétrica, considera-se a existência de **circunstâncias agravantes ou atenuantes genéricas** (previstas na parte geral do CP – arts. 61, 65 e 66) **ou específicas** (descritas na parte especial do CP), aumentando ou reduzindo a pena-base caso verificada sua presença, respectivamente, tendo como ponto de partida a pena-base. Nesse passo, há de ser observada inicialmente a preponderância de determinadas circunstâncias sobre as outras, determinando maior aumento ou diminuição do *quantum* apenatório que aquelas. Cite-se o caso da atenuante da menoridade penal, que prepondera sobre as demais circunstâncias agravantes. Em segundo lugar, destaque-se que a quantidade de aumento ou redução correspondente a cada circunstância detectada fica ao prudente arbítrio do juiz, em que pese já existam critérios jurisprudenciais predeterminados, que atribuem valor aproximado a cada uma.

Finalmente, a **terceira fase** da dosimetria penal diz com a valoração das majorantes ou minorantes, também chamadas causas especiais de aumento ou redução de pena, as quais vêm expressamente previstas pela lei penal com a respectiva cominação de *quantum* de majoração ou minoração, geralmente expresso por meio de fração ($1/3$, $1/2$, $2/3$, ...), a exemplo do que ocorre no crime de roubo majorado (e não qualificado), tipificado no art. 157, § 2º, do Código Penal.

De ressaltar que o percentual de majoração ou minoração incide sobre a pena obtida a partir do último cálculo, que pode ser a resultante do cômputo das agravantes ou atenuantes ou mesmo a pena-base inalterada, na ausência de agravantes ou atenuantes. Daí a importância do adequado dimensionamento da pena-base, pois o patamar em que for estabelecida influenciará na quantidade final de pena aplicada ao criminoso.

Feita a análise perfunctória de toda operação de dosimetria da pena, volta-se a primeira etapa, com o fito de analisar o significado de cada uma das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal e tecer considerações acerca das técnicas de dosagem da sanção penal utilizadas a partir de sua valoração, para então chegar ao critério do termo médio.

Inicialmente, quanto aos **antecedentes**, expressam os registros abonatórios ou desabonatórios da conduta do agente, devendo ser considerados como **maus antecedentes** todos os fatos delituosos em que se tenha envolvido, anteriores ou posteriores ao crime, registrados ou certificados nos autos. Não se confunde com reincidência, que pressupõe a prática de crime após a condenação transitada em julgado pelo cometimento de outro, anterior àquele, nem com primariedade, que diz com a inexistência de condenação transitada em julgado. Noutros termos, o indivíduo pode ser primário, mas com péssimos antecedentes criminais.

Nesses termos, servem para compor os maus antecedentes, segundo parte da doutrina e da jurisprudência a qual nos filiamos, a existência de inquéritos policiais ou termos circunstanciados em tramitação contra o sujeito e o fato de estar respondendo a processos criminais, mesmo sem condenação, pois tais situações revelam não ser episódica a transgressão das normas penais, mas integrante do seu modo de ser e agir em sociedade, demandando punição mais severa a fim de restarem atendidos os escopos preventivos e retributivos da pena.

Nesse sentido, os seguintes arestos:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MAUS ANTECEDENTES. CONCEITO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. EXAME DE PROVAS. INIDONEIDADE DO WRIT. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO. REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO. O conceito de maus antecedentes não se confunde com o de primariedade, que diz respeito à ausência de condenação transitada em julgado, sendo certo que para a configuração dos maus antecedentes basta que se verifique a participação do agente em práticas outras que se mostrem repreensíveis. Constando da sentença a necessária e adequada fundamentação, indicativa de ser o réu portador de maus antecedentes, não merece censura a fixação da pena base acima do mínimo legal. É certo que o Habeas Corpus, pela sua magnitude constitucional, como instrumento de proteção da mais relevante franquia democrática, o direito de locomoção, não pode sofrer restrições descabidas. Todavia, o seu rito especial, no qual não há espaço para dilação probatória, impossibilita a sua utilização para o deslinde de temas que envolvam longa indagação sobre matéria de fato. Em tema de tráfico ilícito de entorpecentes, este Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento afirmatório da impossibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, e, na linha do pensamento predominante no Supremo Tribunal Federal, tem proclamado de que a Lei nº 9.455/97, que admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, não

revogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que prevê o regime fechado integral para os chamados crimes hediondos. Habeas Corpus denegado. (Habeas Corpus nº 18864/MS (2001/0129913-0), 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Vicente Leal. j. 05.03.2002, Publ. DJ 01.04.2002 p. 224).” (grifa-se)

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO EM LIBERDADE. CPP, ART. 594. MAUS ANTECEDENTES. CONCEITO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. I – O art. 594 do CPP permite que o réu primário e de bons antecedentes possa apelar sem recolher-se a prisão. A aplicação deste dispositivo, no entanto, não é absoluta. A prisão pode fazer-se necessária, ainda que o réu seja primário e de bons antecedentes. II – Os antecedentes referidos no art. 594 do CPP não são apenas os criminais, mas todos aqueles que dizem respeito a vida do condenado, devendo ser, pois, levados em conta o seu comportamento social, sua vida familiar, profissional, sua conduta antes e depois do crime. Toda essa análise é feita para verificar-se se o crime foi um episódio na sua vida ou revela seu modo de ser, a sua personalidade. III – A natureza do crime pode dar a conhecer o grau de periculosidade do acusado, demonstrando, assim, a conveniência da medida acautelatória. Esse entendimento emerge da própria Constituição (CF. Art. 5º, incs. XLII, XLIII e XLIV). IV – A gravidade do delito, por si só, não pode levar ao encarceramento preventivo. Todavia, é possível o exame dessa gravidade na sentença para apuração do comportamento do acusado, a fim de se verificar se tem direito de apelar em liberdade. (Habeas Corpus nº 1995.01.28918-4/MG (00035755), 3ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Juiz Tourinho Neto. j. 20.11.1995, Publ. DJ 04.12.1995, p. 84010).” (destaca-se)

“ROUBOS. EMPREGO DE ARMA. CONCURSO DE BOAS. No caso em concreto, não há que se questionar a autoria dos roubos, a cargo do Apelante, se foi ele categoricamente reconhecido como um dos autores, pelos lesados. As sanções básicas infligidas ao Apelante, à luz dos critérios do Art. 59 do Código Penal, mostraram-se

benevolentes, na medida em que os péssimos antecedentes referidos na FAC estariam a justificar plenamente apenação gravosa. O conceito jurídico de maus antecedentes, segundo jurisprudência majoritária, inclusive do Pretório Excelso, não é, infelizmente, o esposado pela Magistrada sentenciante. A majoração das básicas deveria ter-se dado de metade, na esteira de entendimento hoje pacífico, inclusive desta Colenda Câmara, por terem sido duas as causas de aumento incidentes na hipótese emprego de arma e concurso de pessoas, a revelarem maior desvalor da conduta e mais acentuado grau de culpabilidade. A extensa folha de antecedentes penais do Apelante revela ser ele delinqüente habitual, que fez do cometimento de infrações penais meio de vida. Apelo desprovido. (Apelação Criminal nº 2000.050.05366, 8ª Câmara Criminal do TJRJ, Rel. Des. Flávio Magalhães. j. 03.05.2001). (grifou-se)

“FURTO. PARA QUE SE CARACTERIZE O FURTO DE USO A POSSE DA RES DEVE SER PROVISÓRIA, COM SUA DEVOLUÇÃO PELO AGENTE A VÍTIMA IN LOCO ET INTEGRO. TENTATIVA. O furto se consuma quando há detenção física da coisa, mesmo por breves instantes, consoante jurisprudência atual, reavivando, para os efeitos penais, o conceito da posse civil. Pena-base deve distanciar-se do mínimo quando das oito circunstâncias judiciais quatro delas são desfavoráveis, refletindo juízo médio de censura penal. MAUS ANTECEDENTES, PERSONALIDADE DESAJUSTADA E REINCIDÊNCIA. É de personalidade voltada para o crime quem possui maus antecedentes. A valoração negativa das duas circunstâncias não viola a regra do ne bis in idem porque as variáveis do art. 59 do CP interagem e são mutuamente esclarecedoras. Maus antecedentes e reincidência. Porque decorrente de causa independente (a sentença imutável por fato anterior), a consideração da reincidência não impede que o Juiz, na pena-base, valore negativamente os antecedentes em razão da extensa folha corrida do acusado. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. É de ser aceita quando o condenado admite a autoria do fato, mesmo oferecendo versão pouco

convincente. Deram provimento parcial. (Apelação Crime nº 297011991, 3ª Câmara Criminal do TARS, Osório, Rel. José Antônio Paganella Boschi. j. 21.08.1997).”(destacou-se)

“HABEAS CORPUS – PRISÃO PREVENTIVA – PRETENDIDA REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR – PACIENTE PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES – INSTAURAÇÃO DE NOVA AÇÃO PENAL APÓS BENEFICIADO POR ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDO POR ESTA CÂMARA – EVIDENTE INADAPTAÇÃO AO CONVÍVIO SOCIAL – REITERAÇÃO DA PRÁTICA DE DELITOS CONTRA OS COSTUMES – PROCEDIMENTO QUE AGRIDE A PAZ E A TRANQUILIDADE SOCIAL E COMPROMETE A ORDEM PÚBLICA – APLICAÇÃO, IN CASU, DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DO PROCESSO – ORDEM DENEGADA. A primariedade não se confunde com os maus antecedentes. Estes são fatos que marcam a vida pregressa do agente, revelando seu caráter e seu modo de ser e de agir, incompatíveis com o conceito de bom convívio social. Assim, não tem bons antecedentes quem, várias vezes, esteve envolvido em ocorrências, inquéritos e processos criminais, sob suspeita ou acusação da prática de diferentes crimes (JC vols. 49/342 e 53/377 - Rel. Des. Márcio Batista). No conceito de ordem pública, não se visa, apenas, prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas a acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do Juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa (DJU 22.05.87, pág. 9.756) – (JC vol. 60/227 – Rel. Des. Tycho Brahe). O fato de ser o acusado primário, com ocupação certa e radicado no distrito da culpa, por si só não basta para justificar a revogação de decreto prisional. Não sendo bons os seus antecedentes, impõe-se adotar o princípio, jurisprudencialmente consagrado, da confiança no Juiz do processo que...por mais próximo dos fatos e das pessoas neles envolvidas, dispõe de elementos mais seguros à formação de uma convicção, em termos da necessidade da prisão preventiva (RTJ 91/104).” (Habeas

Corpus nº 9.623. 1ª Câmara Criminal do TJSC. São Bento do Sul, Rel. Des. Wladimir d'Ivanenko. j. 17.12.1990. Publ. no DJESC nº 8.177, pág. 07 - 25.01.91)." (grifou-se novamente)

A **culpabilidade** diz respeito ao grau de reprovabilidade da conduta em face dos valores cultuados por uma sociedade em determinado momento histórico, considerando a potencial consciência da ilicitude por parte do sujeito e a possibilidade de agir de modo diverso – licitamente – diante das circunstâncias fáticas do caso concreto.

Os **motivos** exprimem o móvel do crime, seu porquê, a razão que impeliu o agente ao perpetrar o verbo nuclear do tipo penal. Cite-se, exemplificativamente, o medo, o ciúme, a ganância, o orgulho, o desejo de obter lucro fácil, o prazer, a piedade, etc. Assim, cada motivo trará em si uma carga positiva ou negativa na valoração da conduta do sujeito, fazendo com que a circunstância judicial seja catalogada como favorável ou desfavorável ao réu.

A **conduta social** enfeixa o modo como o réu se comporta em relação a sua família, aos indivíduos que integram a comunidade em que vive e à sociedade em geral. Em outras palavras, indaga-se se o sujeito cumpre seus deveres de cidadão (obedecer à lei e às ordens legais das autoridades constituídas, exercer o direito de voto, recolher tributos, trabalhar honestamente, respeitar os direitos alheios...), mostrando-se capaz de conviver bem e harmoniosamente em sociedade. Sob essa ótica, será inadequada a conduta social daquele que se entrega habitualmente à ociosidade e aos vícios, que exibe comportamento violento e agressivo em suas relações interpessoais, que reiteradamente incorre em transgressões legais (infrações de trânsito, ilícitos administrativos, infrações penais e contravenções, p. ex.), que se omite no cumprimento de suas obrigações etc. As **circunstâncias** englobam o tempo, o local e o modo de execução do delito, tornando o fato mais ou menos reprovável, merecedor de maior ou menor repreensão penal. Cite-se, por exemplo, homicídio perpetrado durante a noite, em local ermo e mediante o desferimento de reiterados golpes de arma branca, em diversas partes do corpo da vítima, por diversos agentes em concurso de esforços e vontades, estando a ofendida em estado de embriaguez alcoólica. Evidente que tal fato merecerá maior reprimenda que outro homicídio sem todos aqueles requintes, devendo as circunstâncias que não serviram para qualificar o delito serem devidamente valoradas como circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal para a fixação da pena-base, afastando-a do mínimo legal.

As **consequências** do crime dizem respeito àquelas que se projetam para além das inerentes ao fato típico, sob pena de restar violada o princípio do *ne bis in idem*. Assim, no homicídio, por exemplo, não se consideraria

como conseqüência desfavorável a morte da vítima, pois é inerente à consumação do crime, mas sim o desamparo dos filhos menores e os traumas decorrentes da perda prematura do ascendente, além de outras decorrências do fato capazes de majorar ou minorar seus efeitos.

Nesse passo, cabe salientar que a eficácia da pena está diretamente ligada à observância do princípio da proporcionalidade, a fim de assegurar a individualização da sanção penal, pois quanto mais o julgador se aproximar das condições que envolvem o fato e a pessoa do acusado, possibilitando a aplicação da reprimenda justa e adequada, tanto mais terá contribuído para a eficácia da punição em reprimir a prática da infração e tutelar a sociedade.

Por derradeiro, no que tange à **contribuição da vítima** para a ocorrência do crime, há de se verificar se o ofendido de algum modo facilitou ou deu ensejo ao fato delituoso. Tal ocorre quando, por exemplo, a vítima de furto ausenta-se de sua residência e a deixa aberta, desguarnecida, permitindo o ingresso de larápio que ali efetua com sucesso a subtração patrimonial. Outro exemplo é o da vítima de estelionato que, por desmedida ingenuidade e estupidez é apanhada no já surrado “conto do bilhete”, sofrendo prejuízo. Trata-se de casos típicos em que a vítima do delito contribui para o êxito da empreitada criminoso, devendo a circunstância sob exame ser considerada favorável ao réu.

Após a avaliação de cada circunstância individualmente, no caso concreto, procede-se à consideração conjunta de todas, observando-se se o conjunto é favorável ou desfavorável ao acusado. No primeiro caso, segundo recomendação meramente jurisprudencial, a pena-base deveria ser estabelecida próxima do termo mínimo. No segundo caso, deveria se aproximar do termo médio. Sendo todas as circunstâncias favoráveis ao réu, a pena-base deveria fixar-se no mínimo legal. Ao contrário, **sendo todas desfavoráveis, dever-se-ia aplicá-la no termo médio.**

Assim, chega-se ao ponto nodal da questão: o critério do termo médio. Cuida-se da soma da pena mínima e da máxima, dividindo-se o resultado por dois. No caso do homicídio simples, por exemplo: 06 (seis) + 20 (vinte) = 26 (vinte e seis) : 02 (dois) = **13 (treze) anos de reclusão.** Pergunta-se: quando se teve notícia de que alguém por um homicídio simples foi condenado a cumprir tamanha quantidade de pena? Com efeito, trata-se de algo deveras raro, o que demanda algumas considerações.

Primeiramente, a de que o critério da fixação da pena-base no termo médio ante a total desfavorabilidade das circunstâncias judiciais é amplamente acatado pela jurisprudência e doutrina predominantes. Nesse sentido:

“Não se mostra contrária à lei, a fixação da pena-base, consideradas as circunstâncias judiciais (art. 59, CP), no seu

grau médio, somando-se o mínimo com o máximo e dividindo por dois.” (STJ - 6ª Turma, Resp 23.919, Rel. Min. Anselmo Santiago. Julgado em 05.02.1998, DJU 13.04.1998, p. 156).

“PORTE ILEGAL DE ARMA. NULIDADE DA SENTENÇA INEXISTENTE. PENA-BASE EXACERBADA, MAS FUNDAMENTADA, E OBSERVADO O SISTEMA TRIFÁSICO, NÃO ACARRETA NULIDADE. A inadequação da dosimetria da pena pode ser corrigida, quando do exame do mérito. (...) PENA-BASE. Exacerbada é a fixação da pena-base no máximo legal, mormente quando apenas dois os vetores circunstanciais desfavoráveis. Admite-se que possa, quando muito, aproximar-se do termo médio quando o conjunto das circunstâncias for negativo. (...)” (Apelação Crime nº 698386331, 7ª Câmara Criminal do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. Luís Carlos Ávila de Carvalho Leite. j. 11.03.1999).

“CRIMINAL. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. TENTATIVA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. (...) Se o conjunto das circunstâncias judiciais é desfavorável ao réu P., a pena-base deve aproximar-se do termo médio que, no caso, é de 3 (três) anos. Elevação da pena definitiva. 5. Quanto aos demais réus, a pena-base não deveria ter sido fixada no mínimo legal, já que houve o reconhecimento de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis. Elevação da pena definitiva.(...)” (Apelação Criminal nº 96.04.58815-0/RS (00057761), 1ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Juiz Fábio Rosa. j. 02.12.1997, Publ. DJU 04.02.1998, p. 144).

Na mesma esteira de pensamento, a segura orientação doutrinária de JOSÉ ANTÔNIO PAGANELLA BOSCHI, em sua consagrada obra acerca das penas e seus critérios de aplicação. *verbis*:

“(…) Se o conjunto das circunstâncias judiciais for desfavorável, a pena-base, refletindo grau máximo de censura, aproximar-se-á do ‘termo médio’.

A valoração negativa do conjunto de circunstâncias judiciais é indicativa de reprovabilidade intensa. Essa regra propõe sentido radicalmente contrário ao da regra n.º 1.

Portanto, a pena-base expressará quantitativamente a intensidade dessa valoração, devendo, então, aproximar-se do limite superior possível denominado de 'termo médio'.

Essa expressão ("termo médio") não está prevista em lei. Ela é criação da jurisprudência e vem mencionada em muitos precedentes. Seu sentido é o mesmo proposto pelo texto original do nosso Código: o resultado da divisão por dois do produto da soma do mínimo com o máximo de pena cominados em abstrato ao crime. Sua sede era o inciso I do art. 47, que sinalizava no termo médio o quantum obrigatório mínimo de pena-base ao reincidente, a pena-base não poderia ficar abaixo de 13 anos de reclusão. Se a valoração das circunstâncias judiciais indicasse necessidade de maior reprovação, a pena-base precisaria ser individualizada em quantidade ainda maior. Cada tipo penal propicia, pois, a identificação do seu termo médio, eis que as penas privativas de liberdade são cominadas com mínimos e máximos.

Em que pese a imprevisão legislativa e a alegação de resultante impossibilidade de uso, nossa opinião é de que o termo médio desempenha ótima função como critério de contenção dos excessos e que pode e deve continuar sendo adotado. (...)⁷ (grifos não constantes do original)

Sugere-se, assim, que tal argumento seja utilizado pelos agentes do Ministério Público em sede de alegações finais e de eventuais razões de recurso para buscar a majoração das penas aplicadas aos réus nos casos em que se verifique a situação em tela.

Aliás, mister que a atenção institucional para a questão se inicie num momento pouco anterior: na instrução processual. Isso para que se possam auferir prova acerca dos dados fáticos que compõe as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, permitindo a posterior identificação do caráter favorável ou desfavorável daquelas operadoras e a demonstração do resultado final ao julgador, com vistas ao correto dimensionamento da pena-base e, por conseguinte, da pena definitiva. Salutar, portanto, que se adote a prática de buscar produção de provas a respeito e de enfrentar a matéria no momento processual oportuno, qual seja, nas alegações finais ou, eventualmente, nas

⁷ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. pp. 217 e 218.

razões de recurso de apelação, a fim de sinalizar ao julgador a necessidade de apenamento mais severo, evitando que se utilizem fórmulas pré-fabricadas encontradas em algumas sentenças, as quais mascaram o não enfrentamento adequado das operadores judiciais, conduzindo a uma pena aquém do justo.

Entretanto, cumpre destacar que a regra segundo a qual, na primeira fase da operação dosimétrica, se deva iniciar o cálculo da pena a partir do mínimo legal, afastando-se o *quantum* sancionatório deste patamar na mesma medida em que as circunstâncias judiciais se afigurem desfavoráveis ao réu, até o atingimento do termo médio, é meramente doutrinária e derivada da prática dos julgadores, não havendo qualquer determinação expressa de lei que a torne imperativa.

Não se nega que a aplicação de tal diretriz na generalidade dos casos até possa constituir solução equânime, preenchendo os escopos preventivo e retributivo da sanção penal. Mas nada impede que seja adotado critério diverso diante de casos em que o método rotineiramente adotado conduza a uma pena insuficiente, que vulnere o senso de justiça e não implemente a finalidade das penas em face da gravidade, da extrema violência do fato e de suas conseqüências danosas e irreparáveis.

Observe-se, por exemplo, que a pena prevista para o homicídio qualificado é de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão, donde se depreende que há plena possibilidade jurídica de apenamento da conduta assim tipificada com quantidade de pena corporal compreendida entre tais marcos. Entretanto, aplicando sempre o critério de que se deva partir do mínimo legal, jamais ocorrerá de um cidadão ser punido por um único delito de homicídio com pena próxima ao máximo, o que torna ociosa, desnecessária, demagógica e meramente ilustrativa a pena máxima cominada em abstrato no preceito secundário do tipo penal do art. 121, §2º, do Código Penal, ou seja, a lei estaria fazendo previsões de antemão destinadas a não serem jamais cumpridas.

Ao contrário, se é princípio comezinho de hermenêutica o de que “a lei não possui palavras inúteis”, não de existir hipóteses em que o autor de um homicídio qualificado possa ser afligido com a pena máxima ou, ao menos, com quantidade de sanção que se situa entre o termo médio e o termo máximo. Nesse sentido, aliás, já se decidiu:

“EMBARGOS INFRINGENTES. ESTUPRO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. Considerando-se que as circunstâncias judiciais foram muito mais desfavoráveis ao réu a pena-base deve ser mantida pelo art. 213 do CP, em nove anos de reclusão, entre o termo médio e o máximo

legal. Embargos rejeitados.”(Embargos Infringentes nº 698398500, 1º Grupo de Câmaras Criminais do TJRS, Torres, Rel. Des. Jasson Ayres Torres. j. 04.12.1998).

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. PENA. DOSIMETRIA. CRITÉRIO TRIFÁSICO. PRESCRIÇÃO. (...) III - Para a dosimetria da pena, aplica-se o critério trifásico estabelecido pelo artigo 68 do Código Penal: fixação da pena base em observância às circunstâncias judiciais de análise obrigatória conforme o art. 59, do Código Penal; consideração das atenuantes e agravantes; por último, a consideração das causas de diminuição e aumento da pena. IV - Justifica-se a fixação da pena base acima do termo médio entre a mínima e a máxima cominadas ao crime se as circunstâncias judiciais orientadoras são, na sua maioria, desfavoráveis ao réu.(...)” (Apelação Criminal nº 19142-7/213, 2ª Câmara Criminal do TJGO, Santa Helena de Goiás, Rel. Des. José Lenar de Melo Bandeira. j. 17.08.1999 Publ. DJ 26.08.1999 p. 10). (grifou-se)

Assim, tem-se que o critério da fixação da pena no termo médio ante a desfavorabilidade das circunstâncias judiciais conduz, na maioria dos casos, à adequação punitiva, na medida em que estabelece critério lógico e objetivamente verificável capaz de determinar o afastamento do *quantum* da pena do mínimo legal, evitando o mau vezo que se contaminado a prática judicial. Deve, portanto, ser objeto de atenção e reivindicação por parte dos agentes do Ministério Público que atuam na esfera criminal.

Todavia, por não decorrer de imperativo legal, permite a adoção de outros critérios de cálculo penal dentro do método trifásico adotado pelo sistema brasileiro, desde que estes resultem na aplicação de sanções penais proporcionais ao desvalor da conduta delitativa e a gravidade de suas conseqüências, consagrando o atingimento da mais lúdima Justiça Penal, em contraposição às tendências “pseudo-garantistas”, alimentadas por quimeras e fantasias do idealismo acadêmico e apegadas a lucubrações doutrinárias piegas e sentimentalóides que sufragam a preservação incondicional dos direitos individuais (de criminosos), o abrandamento irresponsável das penas e a minimização inconseqüente do Direito Penal, dando azo à impunidade.

Apreciando caso em que houve banalização da punição criminal a autor de crime de roubo, a 7ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal expendeu as seguintes considerações, de invulgar felicidade:

“ROUBO. CONDENAÇÃO, REGIME ABERTO SOB A FORMA DOMICILIAR. INSUFICIÊNCIA PUNITIVA EQUIVALENTE À IMPUNIDADE. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. Se a pena não representar adequada reprovação e eficaz prevenção do crime, de modo a concretizar o princípio da suficiência (CP, art. 59), mais sensato é abrir mão de sua aplicação. Porque repugna à equidade esteja o condenado por crime cometido sem violência à pessoa cumprindo obrigações sursitárias ou prestando serviços à comunidade, enquanto o assaltante sai forro até mesmo dos ônus previstos no § 1º, do art. 36 (CP). Pena que o condenado não sente e a sociedade não vê é uma não-pena, aberração que não pertence ao universo jurídico.” (sublinhou-se)

No mesmo sentir, as palavras dos eminentes magistrados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, RICARDO DIP e VOLNEY CORREA LEITE DE MORAES, *verbis*:

“(...) a condenar com vergonha é preferível absolver com desfaçatez. Não punir, quando era o caso, é caso de assombro, espanto e pasmo: sensação de que a justiça, existente embora, não foi realizada no caso concreto. Mas punir timidamente, quando era o caso de estabelecer uma justa proporção entre crime e pena, é caso de escândalo, indignação e anátema: sensação de que a justiça existe apenas como farsa.” (destacou-se)

Em contraposição à adoção das soluções despenalizantes e à prodigalização indevida de benesses aos piores celerados, propostas pelos seguidores das tendências laxistas e pseudo-garantistas, merece transcrição o chamamento contido no aresto da lavra do então Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Dr. OSWALDO PROENÇA, que repõem as coisas em seus devidos lugares, exigindo dos juristas em geral a adoção de posicionamentos condizentes com a perversa realidade dos dias que correm:

“Então, assim como se tem que fazer uma releitura do CPP, não se pode esquecer, também, dos deveres que

a Constituição impõem. E um dos deveres que a Constituição impõem, que deve impor e que não se pode ser esquecido e que, se porventura foi esquecido explicitamente, ele está implícito em qualquer Constituição, em qualquer ordenamento jurídico digno de qualquer sociedade organizada, é o dever de o Estado proteger o cidadão. E se o Estado vai-se desarmar perante a lei, vai-se desarmar face à organização jurídica, vai-se desarmar com base em doutrina, talvez muito avançada, mas possivelmente inadequada à realidade que nós enfrentamos, se o Estado vai, pela decisão dos seus julgadores, se desarmar, ficar sem condições de defender-se, ele está falhando e está desatendendo o ordenamento constitucional, que não pode olvidar o dever de proteger os indivíduos, dever que não é só de proteger os acusados.”⁸

Dito chamamento se estende também ao Ministério Público, derivando daí mais uma ingente tarefa da instituição: fiscalizar a dosagem e a aplicação das penas, zelando pela sua adequação e suficiência, para atender aos reclamos de uma sociedade assolada pela insegurança e assegurar a manutenção da ordem pública, o primado da Lei e a efetiva implementação da Justiça no caso concreto, salvaguardando, desse modo, os direitos humanos fundamentais merecedores da tutela estatal.

Referências

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 436 p.

CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal*, Parte Geral, Vol. 2, Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra, Saraiva, 1957, pp. 82-3.

DIP, Ricardo, MORAES Jr., Volney Correa Leite de. *Crime e Castigo: Reflexões Politicamente Incorretas*. Campinas: Millenium, 2002. 291 p.

⁸ TJRS – 2.ª Câmara Criminal – HC n.º 691090203. in RJTJRGS 154/81.