



Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP
Escola de Direito, Turismo e Museologia – EDTM
Departamento de Direito – DEDIR

RAQUEL WANDERLEY XAVIER

Monografia

**DISCRICIONARIEDADE JURISDICIONAL E AUSÊNCIA DE
CONTRADITÓRIO NA DOSIMETRIA DE PENA**

Ouro Preto – MG

2019

RAQUEL WANDERLEY XAVIER

**DISCRICIONARIEDADE JURISDICIONAL E AUSÊNCIA DE
CONTRADITÓRIO NA DOSIMETRIA DE PENA**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André de Abreu Costa

Ouro Preto

2019

SISBIN - SISTEMA DE BIBLIOTECAS E INFORMAÇÃO

X3d Xavier, Raquel Wanderley .
Discricionariedade Jurisdicional e ausência de contraditório na dosimetria de pena. [manuscrito] / Raquel Wanderley Xavier. - 2020.
57 f.

Orientador: Prof. Dr. André de Abreu Costa.
Monografia (Bacharelado). Universidade Federal de Ouro Preto. Escola de Direito, Turismo e Museologia.

1. Contraditório(Direito). 2. Discricionariedade judicial . 3. Pena (Direito) - Dosimetria. I. Costa, André de Abreu. II. Universidade Federal de Ouro Preto. III. Título.

CDU 343

Bibliotecário(a) Responsável: Maristela Sanches Lima Mesquita - CRB:1716



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO

**FOLHA DE APROVAÇÃO****RAQUEL WANDERLEY XAVIER****DISCRICIONARIEDADE JURISDICIONAL E AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO NA DOSIMETRIA DE PENA**

Membros da banca

ANDRÉ DE ABREU COSTA - DOUTOR - UFOP
BÁRBARA CÂNDIDO DE CARVALHO - MESTRANDA - UFOP
FEDERICO NUNES DE MATOS - DOUTOR - UFOP

Versão final

Aprovado em 12 de dezembro de 2019.

De acordo

Prof. Dr. André de Abreu Costa



Documento assinado eletronicamente por **Andre de Abreu Costa, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 02/01/2020, às 13:55, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0030345** e o código CRC **516C203E**.

Referência: Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.000008/2020-15

SEI nº 0030345

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000
Telefone: 3135591545 - www.ufop.br

RESUMO

Este estudo parte da análise do princípio do contraditório na legislação brasileira, do exame da teoria mista trifásica de dosimetria de pena adotada pelo direito brasileiro, das circunstâncias judiciais previstas por esta no artigo 59 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), e suas definições e aplicações como forma de individualizar a pena. Parte-se então para uma análise sobre a ausência do contraditório dinâmico na dosimetria de pena, a consequente violação à constituição e a necessidade da aplicação da nova concepção de contraditório apresentada no Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) ao processo penal, como instrumento de democratização deste. Tem como objetivo verificar a necessidade do contraditório dinâmico como meio de democratizar o processo, levando a uma possível redução da arbitrariedade jurisdicional. Para tal, a metodologia utilizada foi a jurídico-descritiva e jurídico propositiva, vez que se faz a análise da referida problemática e por fim, apresenta-se proposta de solução. A vertente metodológica deste trabalho é teórico-dogmática, a pesquisa foi teórica de cunho qualitativo, valendo-se de estudo doutrinário, bibliográfico, e de legislações. O marco teórico adotado neste trabalho é a nova concepção do contraditório positivada no Código de Processo Civil de 2015. Feita esta análise, discute-se a necessidade de democratização do processo através da aplicação do contraditório material à valoração das circunstâncias judiciais analisadas na primeira fase da dosimetria de pena, analisa-se como a ausência de uma fase procedimental específica para efetivação do contraditório influencia na fixação da pena definitiva, vez que abre espaço para que o juiz atue arbitrariamente ao definir o *quantum* da pena. Desta forma, considera-se ser necessária a aplicação subsidiária da concepção de contraditório do processo civil, ao direito penal processual e material, vez que, é através da aplicação do contraditório dinâmico, prévio à valoração das circunstâncias judiciais, que este passa atuar como limitador do poder do magistrado, aumentando as chances de que haja uma real e devidamente fundamentada valoração da pena na primeira fase da dosimetria.

Palavras-chave: Discricionariedade. Circunstâncias judiciais. Contraditório. Democratização. Dosimetria. Arbitrariedade. Pena.

ABSTRACT

This study starts from the analysis of the contradictory principle in examination of the theory is equivalent to the three-phase penalty dosimetry adopted under Brazilian law, of the judicial circumstances authorized by this article 59 of the Penal Code (Decree-Law No. 2,848 / 40), and its configurations and applications as a way of individualizing a feather. We then start with an analysis of a absence of dynamic contradiction in the penalty dosimetry, violation of the constitution and the need to apply a new creation contradictory Code of Civil Procedure (Law 13.105 / 15) to criminal process as an instrument of democratization. Has as objective to verify the necessity of the dynamic contradictory as a means of democratize the process, leading to a possible reduction in arbitrariness jurisdictional. For this, a methodology used was the descriptive and the legal proposition, which instead analyzes problem problems and finally, solution proposal is presented. The methodological aspect of this work is theoretical-dogmatic study, a research was theoretical of qualitative nature, using doctrinal, bibliographical and legislative study. The theoretical framework adopted in this paper is a new conception of the contradictory positivized in the Code of Civil Procedure 2015. Refer to this review, discuss the need for democratization of the process through the application of contradictory material to valuation of the judicial circumstances analyzed in the first phase of dosimetry of punishment, analyze itself as the lack of a procedural phase specific for the execution of the contradictory influences the setting of the penalty definitive, since it makes room for the judge to act arbitrarily in defining the quantum of the feather. Therefore, consider that it is necessary to apply subsidiary of the contradictory project of civil procedure, criminal law procedural and material, since, it is through the application of the contradictory dynamic, prior to the appreciation of the judicial circumstances, that it will act limiting the power of the magistrate, decreasing the chances of a true and well-founded valuation of the sentence in the first phase of the dosimetry.

Keywords: Discretionary. Judicial Circumstances. Contradictory. Democratization. Dosimetry Arbitrariness. Pity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CONTRADITÓRIO.....	11
1.1 A Evolução do Contraditório	11
1.2 Contraditório e legislação processual brasileira	14
1.3 Definições do contraditório	18
1.3.1 Contraditório Dinâmico.....	20
2 A DOSIMETRIA DE PENA	22
2.1 Evolução Histórica	22
2.1.1 Evolução histórica nas legislações brasileiras.....	23
2.2 Método trifásico e aplicação da pena	24
2.2.1 Pena-base.....	27
2.2.1.1 Culpabilidade.....	30
2.2.1.2 Antecedentes	32
2.2.1.3 Conduta Social	34
2.2.1.4 Personalidade do agente	35
2.2.1.5 Motivos.....	36
2.2.1.6 Circunstâncias	37
2.2.1.7 Consequências	38
2.2.1.8 Comportamento da vítima	39
2.3 Valoração das circunstâncias judiciais sob o prisma constitucional	40
3 AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E A DISCRICIONARIEDADE JURISDICIONAL NA VALORAÇÃO DA PENA-BASE.....	42
3.1 Contraditório como garantia constitucional	44
3.2 Contraditório material no Código de Processo Civil de 2015 e sua aplicação na dosimetria de pena	46
3.3 Da necessidade e possibilidade de um espaço destinado ao contraditório prévio à dosimetria de pena	48

4 CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo analisar a ausência de contraditório dinâmico na dosimetria de pena, como este fato viola a constituição e a necessidade da aplicação da nova concepção de contraditório apresentada no Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) ao processo penal, como instrumento de democratização deste.

Isto será feito a partir da análise e exposição do contraditório na legislação brasileira, e da exposição e exame da teoria mista trifásica de dosimetria de pena adotada pelo direito brasileiro, das circunstâncias judiciais previstas por esta no artigo 59 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), e suas definições e aplicações como forma de individualizar a pena. Seguindo, será designada a relação destes, para que se discuta a insuficiência dos artifícios utilizados para dosar a pena, e por fim demonstrar a necessidade de um espaço destinado ao contraditório material, como forma de preencher esta lacuna no processo penal, à qual os princípios constitucionais ainda não conseguem alcançar.

Esta pesquisa tem como hipótese a ser investigada, o prejuízo processual das partes em razão ausência de uma fase procedimental específica para que sejam apresentados argumentos e provas, ante a fixação da pena, ferindo assim o princípio constitucional do contraditório, o que acarreta a violação de outros preceitos constitucionais, tais como a individualização da pena e ampla defesa.

A ideia principal é demonstrar a necessidade de aplicação do contraditório material à dosimetria de pena, como meio de adequá-la aos preceitos democráticos que a Constituição Federal de 1988 trouxe ao ordenamento brasileiro.

Aqui, propõe-se que para que ocorra esta democratização da dosimetria de pena, especificamente da valoração das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40) é necessário que haja um espaço destinado ao contraditório prévio à cominação de pena.

Quanto as áreas abrangidas, a pesquisa terá aspecto multidisciplinar, abrangendo o Direito penal material e processual, Direito processual civil, e Direito Constitucional.

A pesquisa que aqui se propõe utilizou o método jurídico-descritivo, vez que realiza a análise da problemática já exposta através de minuciosa investigação de cunho teórico. Também foi utilizado nesta pesquisa o tipo de investigação jurídico-propositivo, haja vista que referida objetiva esmiuçar o problema apresentado, e, por fim, apresentar a proposta de solução,

expondo a necessidade de criação de um espaço que se destine a permitir e efetivar o contraditório prévio à valoração das circunstâncias judiciais na dosimetria de pena.

A vertente metodológica deste trabalho é teórico-dogmática, vez que o presente se destina a analisar conflitos e sugerir meios de decisão e de argumentação capazes de resolvê-los a partir de normas jurídicas já estabelecidas. A pesquisa realizada foi teórica e de cunho qualitativo, utilizando-se de estudo bibliográfico, doutrinário, de legislações, e do exame e interpretação dos textos selecionados, analisando-os através de um raciocínio crítico. Uma vez que, as constatações feitas após a elucidação destes, levam a uma nova perspectiva de aplicação dos referidos, e à percepção da necessidade de alteração na forma de aplicá-los aos casos fáticos.

O marco teórico adotado no estudo em apreço será a nova concepção de contraditório apresentada no Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), em que são abarcadas suas dimensões formal e material, a partir da qual será feita uma análise dosimetria de pena e da necessidade da aplicação do contraditório dinâmico a esta como forma de introduzir o caráter democrático apresentado pela Constituição Federal de 1988 ao processo penal.

Ante o exposto, no primeiro capítulo discorre-se sobre o surgimento do contraditório, como este se tornou elemento substancial do processo, seguindo-se até chegar em seu histórico na legislação brasileira. Neste, busca-se evidenciar como sua concepção mudou através das legislações em que perpassou, e como a Constituição Federal de 1988 e Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) o transformaram no que hoje o aludido representa.

Já no segundo capítulo, é exposto como a dosimetria de pena se desenvolveu em um contexto geral, seguindo para como esta ocorria no Brasil desde sua primeira legislação penal, até chegar na dosimetria como é feita hoje, através do método trifásico. Em seguida são realizadas considerações acerca da pena-base, sobre como é determinada, e, logo após, são explanadas e especificadas as circunstâncias judiciais e sua valoração, colocando em tela as questões e problemáticas que as permeiam.

No terceiro capítulo é apresentada a relação do contraditório expresso no Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) com a dosimetria de pena, enfatizando a ausência daquele nesta e seus efeitos para o apenado, que resta então privado de seus direitos constitucionais. Faz-se a seguir uma conexão entre o contraditório previsto na Constituição Federal de 1988, o previsto no Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), chegando-se ao final à discussão sobre a necessidade de um espaço específico para este na dosimetria de pena como forma de democratizar o processo. Por fim, conclui-se que apenas a partir da criação deste espaço será

possível que os preceitos constitucionais perpetrem o processo penal, e consiga então democratizá-lo.

1 CONTRADITÓRIO

Este capítulo tem como objetivo apresentar o princípio do contraditório, seu histórico, suas alterações com o decorrer da edição de novas leis, as perspectivas sob as quais é analisado, e expor as diversas concepções de contraditório atualmente presentes no cenário judicial brasileiro.

Para isto, faz-se inicialmente uma análise das primeiras teorias acerca do contraditório, quando ainda atrelado a definição de processo, partindo então para o exame de uma nova visão do princípio, ultrapassando a definição de mero conhecimento e participação para se tornar o elemento que assegura às partes o direito de ouvir e de ser ouvido.

Posteriormente, o contraditório é elevado à garantia fundamental pela Constituição Federal de 1988. No entanto, como será demonstrado, apesar dos avanços alcançados ao longo do tempo, nesta fase, o contraditório ainda se mantém adstrito a sua dimensão formal.

Ante a omissão constitucional quanto à dimensão dinâmica do contraditório, observa-se a necessidade de ser garantida a aplicação deste como instrumento de democratização do processo.

Seguindo na linha do tempo, é apenas com o Código de Processo Civil de 2015 que o contraditório material é positivado no ordenamento jurídico brasileiro. O referido dispositivo apresenta o contraditório, antes previsto somente em seu aspecto estático, agora em sua dimensão dinâmica como norma fundamental do processo.

Por fim, pondera-se sobre o que seria então o contraditório nos dias de hoje após as aludidas alterações, expondo os conceitos apresentados pelos doutrinadores, bem como, analisando criticamente como o referido é aplicado no direito processual penal.

1.1 A Evolução do Contraditório

Durante muito tempo considerou-se o processo como simples procedimento, é a partir do fim do século XIX, com a teoria de Oskar Von Bulow que o processo passa a ser entendido como relação jurídica. Esta teoria implica em uma nova percepção do processo, trazendo este como espécie do gênero procedimento, havendo um elemento essencial que os diferencia, o contraditório:

A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver no processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no

ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos. Fica evidente que essa concepção trabalha com um novo conceito de procedimento e dele extrai um novo conceito de processo. (GONÇALVES, 1992, p. 67 apud ARAÚJO; CONEGUNDES; ROSA, 2014, p. 13).

Neste novo entendimento, evidencia-se a busca não só por uma decisão final justa, mas também por justiça durante o processo. (ARAÚJO; CONEGUNDES; ROSA, 2014).

A teoria de Oskar Von Bulow é a origem da teoria de Elio Fazzalari e Aroldo Plínio Gonçalves, em que o contraditório é posto como elemento substancial do processo.

Nesta, o processo é conceituado como procedimento realizado em simétrico contraditório entre as partes, sendo o contraditório o que distingue a espécie processo, do gênero procedimento. Nessa concepção, o contraditório é o elemento essencial que diferencia o processo do simples procedimento. Desta forma, entende-se o contraditório como a estrutura dialética do processo, em que dois opositores atuam com igual poder na formação do provimento final que lhes será destinado (FRANCO, 2012).

O contraditório, atualmente, após ter sido apresentada a teoria supracitada, é tratado a partir de duas dimensões, a formal (estática), e a material (substancial/dinâmica). Seu aspecto formal diz respeito à sua concepção clássica, como ciência e participação das partes, garantindo o direito de ouvir e ser ouvido. Portanto, em sua modalidade estática, este se manifesta no processo através das citações, notificações e intimações.

É justamente a começar da teoria trazida por Fazzalari e Aroldo Plínio que se traz a ideia de igualdade entre as partes, mesmo esta restringindo-se a percepção referido em seu aspecto formal, que o contraditório ultrapassa seu conceito como mero direito das partes de conhecer a demanda jurisdicional.

A partir de então, tem-se a dimensão material do contraditório, deixando este de ser o simples argumento e contra argumento, passando a tratar de paridade de chances e oportunidades entre os sujeitos processuais, possibilitando a estes, a oportunidade de dialogar e exercer um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro dessa estrutura (FRANCO, 2012). Neste seguimento, Franco (2012) esclarece que:

Portanto, o contraditório material reflete a prerrogativa de simétrica influência dos interessados na construção do conteúdo da decisão judicial, em sintonia com o dever imposto ao juiz, como terceiro imparcial, de assegurar às partes iguais oportunidades de interferência no resultado da atividade jurisdicional, inclusive quanto às questões apreciáveis de ofício (FRANCO, 2012, p.13)

Ainda, a dimensão dinâmica do processo consubstancia a expressão da democracia dentro do processo através do controle das motivações jurisdicionais, haja vista que estas devem ser fundamentadas nos elementos trazidos ao processo pelas partes em contraditório.

Apoiado nesta concepção, o contraditório se torna forma de efetivação dos direitos constitucionais de igualdade, quando concretiza a participação das partes no processo em paridade de posições dentro da demanda, e do direito à liberdade, ao permitir a parte se posicionar, ou até mesmo se omitir, da forma que melhor lhe convir.

Sendo assim, esse entendimento de contraditório o coloca sob uma nova perspectiva, não mais como apenas o direito a ciência e participação, mas também como o direito das partes de igualmente influenciarem o processo, concretizando através de tais direitos preceitos constitucionais, de forma a garantir que a decisão jurisdicional parta dos elementos apresentados dentro do contraditório, não podendo o provimento final do juiz originar-se de algo estranho ao processo.

A referida teoria expande o conceito de contraditório, bem como o investe de um viés mais democrático, observando-se à Constituição Federal, e aplicando-a através deste.

No entanto, o contraditório não é mera característica que diferencia o processo do procedimento, e não pode ser tratado como tal, ainda que realmente seja o elemento qualificador essencial do processo.

Na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LV, o contraditório é finalmente consagrado como garantia fundamental do jurisdicionado à participação no processo, podendo atuar em paridade com o outro interessado, bem como, efetivamente influenciando a formação da decisão final.

Nesse âmbito, compreender o contraditório como o fundamento de legitimidade democrática da função jurisdicional (FRANCO, 2012), é o ponto de partida para garantir que a referida esteja sempre assentada na Lei Maior.

Ora, o contraditório é então mais do que o elemento que distingue o processo do simples procedimento, é também um direito constitucional fundamental, através do qual toda atividade jurisdicional se legitima. Conforme Franco (2012):

A “participação das partes na formação da decisão”, bem como a garantia dos meios necessários à efetivação dessa participação, legitimam a tarefa jurisdicional (FRANCO, 2012 p. 23).

Assim, observa-se o contraditório como o responsável por democratizar o processo, permitindo que as partes influenciem igualmente a decisão final, e garantindo o direito de defesa as aludidas.

Entretanto, como será demonstrado a seguir, apesar de a Constituição Federal de 1988 ter elevado o princípio do contraditório ao patamar de direito fundamental do jurisdicionado, para que haja uma efetiva democratização do processo, é necessária a sua aplicação em seu aspecto material. Deste modo, garantindo que as partes tenham real influência sobre as decisões que serão prolatadas, e não apenas ciência dos atos e decisões referente aos mesmo no processo.

1.2 Contraditório e legislação processual brasileira

Nas leis processuais brasileiras o contraditório sempre foi observado muito mais em seu aspecto formal, ou seja, sempre adstrito a seu conceito como ciência e participação das partes. O que até o meio do século XX se justificava pela corrente positivista, então preponderante, que não o considerava um direito básico processual, aplicando-o apenas a alguns procedimentos.

É nesse contexto, na década de 1940, que surge o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.869/41), em vigor ainda nos dias de hoje, porém carregado de influências de legislações de países que à época se encontravam em regimes totalitários. O que segue em sentido diametralmente oposto aos ideais e direitos positivados pela Constituição Federal de 1988.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, instaura-se o Estado Democrático de Direito, cujos princípios passam a ordenar todos os demais ramos do direito, sejam eles materiais ou processuais. A partir desta democratização do ordenamento jurídico brasileiro, o contraditório evolui para se adequar a concepção de processo justo trazida pela Carta Magna de 1988 (THEODORO JUNIOR, 2015 b, p. 74).

O contraditório passa atuar então como elemento democratizador do processo, neste entendimento, nas palavras de Didier Junior (2015) “Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder.” (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 79)

Ou seja, os paradigmas democráticos penetram no processo através do contraditório como garantia fundamental trazido pela Constituição Federal. Como bem sinaliza Hermes Zaneti Júnior:

A Constituição Federal de 1988, ao incluir em seu texto diversos princípios de direito processual que não estavam anteriormente expressos (v.g.devido processo legal) ou que tinham âmbito mais limitado (v.g.contraditório), assumiu expressamente essa postura garantista. É justamente no contraditório, ampliado pela Carta do Estado Democrático brasileiro, que se irá apoiar a noção de processo democrático, o processo como procedimento em contraditório, que tem na sua matriz substancial a “máxima da cooperação” (ZANETI JR apud GIUBERT, 2019, p. 11).

Não obstante, esses direitos constitucionais não foram imediatamente integrados as legislações processuais vigentes, foi necessário o abandono de diversos dispositivos, não mais compatíveis com a ordem democrática. Ainda, ante a evidente divergência entres os dispositivos prévios a Constituição Federal de 1988, e os princípios impostos por esta, ocorreu então a chamada “constitucionalização do processo”, em que foram feitas inúmeras alterações e emendas (neste ponto referindo-se especificamente ao código de processo penal) para que este se adequasse aos preceitos democráticos versados na constituição.

A reforma parcial mais significativa ocorreu em 2008, na tentativa de adequar dispositivos e nomenclaturas ao novo contexto democrático de forma a garantir a sobrevivência do Código Processual Penal brasileiro. (BARROS, 2018). Foram então editadas as Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08 com a intenção de adequar o retrógado Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41) às disposições e princípios constitucionais democráticos, buscando, tanto que fosse aumentada a celeridade processual, como que fossem melhorado o acesso do acusado as suas garantias, assim, promovendo a democratização do processo penal brasileiro (RIBEIRO; MACHADO; SILVA, 2012).

No intento de democratizar o processo mediante tais alterações, Capez (2018) analisa que nestas se elevou a importância do contraditório, e traz o seguinte exemplo:

A importância do contraditório foi realçada com a recente reforma do Código de Processo Penal, a qual trouxe limitação ao livre convencimento do juiz na apreciação das provas, ao vedar a fundamentação da decisão com base exclusiva nos elementos informativos colhidos na investigação, exigindo-se prova produzida em contraditório judicial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (CAPEZ, 2013, p. 63).

No entanto, como afirma Menezes (2009):

Se as alterações ritualísticas realizadas pelas normas reformadoras de 2008 aprimoraram o exercício da autodefesa, por outro lado foram tímidas e não avançaram na constituição de um processo penal moderno, no qual a defesa disponha da devida oportunidade de produzir a contraprova que entender necessária ao processo dialético (tese x antítese) de elaboração do conteúdo probatório a ser examinado pelo Estado-Juiz. (MENEZES, 2009).

Nesta senda, observa-se que as reformas feitas no Código de Processo Penal (Decreto-Lei n ° 3.689/41) objetivavam modernizar o dispositivo legal, aprimorando-o em relação às garantias constitucionais, bem como, quanto a celeridade do processo. Contudo, apesar de significativa, esta reforma ainda não foi suficiente para garantir a efetivação do contraditório em todas as suas dimensões.

Haja vista que, mesmo tendo o contraditório alçado a condição de garantida fundamental, a interpretação e aplicação do artigo em que é previsto na Constituição Federal, ainda se restringiam ao seu aspecto formal.

Consoante com o posicionamento de Menezes (2009), é necessário destacar que, se no próprio bojo da ação penal, durante sua instrução e julgamento, a reforma não atingiu a esperada eficácia, muito menos o fez na dosimetria pena, haja vista que tal mérito, na maioria das vezes, sequer é discutido.

Sendo assim, quanto a tentativa, em grande parte ineficaz, de trazer ao processo o contraditório em todas as suas dimensões, cabe lembrar que a mera previsão do referido como direito constitucional, apesar de significar um grande progresso, não basta para garantir que o processo seja realizado sob a égide democrática. Corroborando esta perspectiva:

se antes de 1988 a luta das vertentes críticas da teoria do direito era pela incorporação dos direitos fundamentais e das garantias processuais no seio de uma Constituição democrática, em nosso contexto atual, as armas se voltam para outro alvo: concretizar o extenso rol de direitos consagrados pela Constituição¹⁶ (OLIVEIRA; STRECK, 2012, p. 96, apud GIUBERT, 2019, p. 9).

Neste quadro, percebe-se que apesar de a Constituição Federal ter positivado o contraditório como direito fundamental, não bastou a postura garantista adotada pela Carta Magna, este ainda continuou restrito à sua concepção e aplicação formal, não se observando na prática o poder influência das partes para a prolação da decisão final. Bem como, nem mesmo a reforma sofrida pelo Código de Processo Penal, ainda que esta em certos pontos tenha conseguido injetar um viés democrático no rito penal, conseguiu efetivar o contraditório dinâmico.

Como consequência dessa ótica limitada do contraditório apenas em sua dimensão estática, “[...] resulta o problema da não vinculação dos argumentos das partes pelo juiz na decisão [...]” (GIUBERT, 2019, p.12). O que por si só é prejudicial para todas as partes interessadas no processo, haja vista que:

Decisão judicial que tem como suporte a participação efetiva dos interessados em todas as fases do processo tem maior probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, na exata medida em que puder abranger a totalidade dos argumentos favoráveis e desfavoráveis a uma ou outra pretensão. (OLIVEIRA, 2014, p. 44) .

Nessa conjuntura, em face da necessidade de efetivar e aplicar o contraditório em seu aspecto dinâmico, o Código de Processo Civil (Lei. 13.105), o primeiro dispositivo processual brasileiro integralmente concebido após a promulgação da Constituição democrática de 88, não coincidentemente, foi o primeiro a positivar o contraditório dinâmico como norma fundamental do processo.

Em seus artigos 9º e 10, o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) amplia o conceito de contraditório de forma a alcançar sua face material, trazendo as seguintes disposições:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I -à tutela provisória de urgência;

II -às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III -à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (BRASIL, 2015).

Esta interpretação do supramencionado diploma legal garante que a decisão jurisdicional seja devidamente fundamentada nos elementos produzidos em contraditório no decorrer do processo, vedando que se baseie em matéria não discutida e, igualmente, garantindo que a prolação da decisão final se dê a partir dos elementos apresentados em paridade de poder de influência pelas partes (GIUBERT, 2019).

A Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) ocasionou significativas mudanças em relação as compreensões do contraditório. Houve uma transformação em sua concepção, de tal forma a não mais permitir entender-se o contraditório apenas como o direito

de ouvir e ser ouvido, o que até os dias de hoje é feito por parte da doutrina nacional. Esta mudança de percepção tem um enorme impacto prático, no entanto, sua discussão ainda não é suficiente (THEODORO JÚNIOR, 2015 a). Uma vez que, como será abordado posteriormente, há ainda inúmeros espaços processuais que o princípio em seu novo prisma não alcança.

Quanto aplicação subsidiária deste enfoque do contraditório, garantido pelo Novo Código de Processo Civil, ao processo penal, nas palavras de Giubert (2019) tem-se que:

No âmbito da dogmática processual, o *artigo 3º do Código de Processual Penal* autoriza a aplicação subsidiária de normas estranhas ao CPP que não conflitem com suas peculiaridades, bem como não colidam com princípios e garantias constitucionais ligadas ao direito processual, exatamente como no caso dos dispositivos referentes ao princípio do contraditório positivados no NCPC.” (GIUBERT, 2019, p. 6)

Contudo, há autores que, por sua vez, criticam a amplitude do conceito abarcado pelo contraditório a partir do Novo Código de Processo Civil, tendo como exemplo, Nucci (2016), que aponta “[...] O novo CPC apresenta um respeito até mesmo excessivo ao contraditório, como se pode observar nos arts. 9º, caput, e 10 [...]” (NUCCI, 2016, p. 81).

Expostas as divergências acerca do tema, neste trabalho entende-se ser necessária a inserção do contraditório em sua compreensão positivada pelo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) ao processo penal, como forma de evitar que sejam prolatas decisões arbitrárias, cuja fundamentação não coadune com o princípio ora debatido. Sendo esta aplicação do contraditório dinâmico ao processo penal um instrumento que democratiza o processo, adaptando-o aos preceitos constitucionais.

1.3 Definições do contraditório

Uma vez delineado o desenvolvimento do contraditório em seu aspecto formal e material por meio das teorias que conceituam o processo, bem como, apontada a alteração de sua concepção através de seu perpassar em diferentes leis processuais, e materiais, brasileiras.

Faz-se necessário para compreensão do contraditório no atual cenário jurisdicional que seja feita uma explanação das diversas definições apresentadas por inúmeros autores acerca do referido.

Começando pelos autores que tratam especificamente do direito penal, Isto posto, inicialmente expõe-se o posicionamento de Aury Lopes Jr. (2006), para o qual

Numa visão moderna, o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juiz, mas não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo: é necessário também que o juiz participe intensamente (não confundir com juiz-inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz), respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (inclusive as interlocutórias), evitando atuações de ofício e as surpresas. Ao sentenciar, é crucial que observe as correlação acusação-defesa-sentença. (LOPES JR, 2006, p. 231).

O Autor, ainda nesta mesma obra afirma que o contraditório deve ser visto basicamente como o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no decorrer do processo. (LOPES JR, 2016).

Por sua vez, Fernando da Costa Tourinho Filho (2012), em sua definição de contraditório, o retrata em sua dimensão clássica:

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* — a parte contrária deve ser ouvida. Assim, a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa. (TOURINHO FILHO, 2012, p. 73)

Ao seu turno, Nucci (2016) enfatiza em sua concepção os paradigmas constitucionais quando afirma que o contraditório

Quer dizer que a toda alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem o adversário o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado (art. 5.º, LV, CF) (NUCCI, 2016, p. 80).

Nestor Távora, enfatizando o aspecto dinâmico, expõe o contraditório como:

Traduzido no binômio ciência e participação, e de respaldo constitucional (art. 5º, inc. LV, da CF/88), impõe que às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual. (TAVORA, 2010, p. 50).

Por fim, nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira (2014), conforme à nova formulação dada ao conceito de contraditório, esse passa então a ser considerado “[...] como garantia de participação, mas também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão[...]” (OLIVEIRA, 2014, p 43).

Insta salientar que, ressalvadas pequenas divergências entre os doutrinadores e estudiosos do direito penal material e processual, esses são consonantes ao conceituar o contraditório como o elemento que democratiza o processo, garantindo-se a partir desse o

equilíbrio entre acusação e defesa em especial, assegurando paridade de oportunidades às partes, e por consequência, efetivando o direito a ampla defesa.

Ante os juízos acima esboçados, a seguir será feita uma análise de seus aspectos referentes à dosimetria de pena, para, ao final do trabalho, ser discutida a ausência do contraditório, como aqui exposto, no fim do processo, ao ser cominada a pena.

1.3.1 Contraditório Dinâmico

A Constituição Federal de 1988 elevou o contraditório a direito fundamental, passando este a abarcar a partir de então todos os ramos do processo.

A partir da promulgação da Carta Magna, a doutrina já reconhecia ser necessário interpretar o dispositivo constitucional de forma ampla, compreendo-o em seu aspecto formal, como ciência, como o direito de ouvir e ser ouvido. E em seu aspecto material, como instrumento garantidor da paridade de “armas” das partes, como o poder de influência sobre a decisão.

Mas é com a entrada em vigência do Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) que passa a haver expressa previsão legal acerca do contraditório material. O referido diploma legal foi o responsável por estabelecer o contraditório, em sua dimensão estática e dinâmica, como norma fundamental do processo civil.

Segundo Theodoro Júnior (2015a):

[...] o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes. (THEODORO JÚNIOR, 2015^a, p. 72).

Ou seja, com a perspectiva do referido princípio no Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), passa a integrar o conceito do contraditório o princípio da não-surpresa.

Complementando o entendimento de Theodoro Júnior, Didier Júnior (2015) afirma que em razão dessa nova ótica do contraditório:

Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permitam que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciara decisão do órgão jurisdicional. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 80).

Logo, verifica-se que além dos elementos integrantes do contraditório já expostos, há ainda que haver o real poder de influência sobre a decisão judicial.

Ainda, Alvarenga (2015, p. 108), corroborando dos conceitos de contraditório supracitados, faz o seguinte apontamento:

O princípio do contraditório, então, passa a representar a garantia do cidadão de participar como co-autor na construção do provimento e, nesta perspectiva, de influenciar a formação da decisão e de não ser surpreendido por decisão fundamentada em questão que não tenha sido submetida ao prévio procedimento argumentativo e discursivo das partes processuais (partes, juiz, ministério público). (ALVARENGA, 2015, p. 108).

Analisando-se as definições apresentadas, realiza-se síntese das referidas, em conjunto com as perspectivas constitucionais do contraditório, bem como, levando também em consideração a elucidação dos doutrinadores de direito penal sobre o contraditório, numa vertente já mais específica e direcionada à sua aplicação ao processo penal.

Assente em todos estes posicionamentos considerados, pode-se dizer que partir de uma ótica democrática, o contraditório, em suma, consubstancia-se pela junção de participação e poder de influência, devendo funcionar como um limitador da atividade do magistrado, vedando que sejam proferidas decisões arbitrárias, fundamentadas em critérios meramente subjetivos estabelecidos a partir do contexto social, histórico, e econômico no qual o juiz se encontra. Isto porque o contraditório enquanto poder de influência gera para o julgador o dever de analisar e justificar todos os pontos de sua decisão.

É a partir de todos os elementos que compõem o contraditório aqui apresentados que será feita a análise da ausência deste na dosimetria de pena, a arbitrariedade decorrente desta ausência, e a necessidade de sua aplicação como forma de democratizar o processo penal, reavendo a dosimetria da pena sua real definição, como instrumento necessário à individualização da pena, e não como lugar para a externalização das concepções pessoais do juiz.

2 A DOSIMETRIA DE PENA

O presente capítulo trata da primeira fase da dosimetria de pena, em que discorre primeiramente sobre a evolução histórica desta, até chegar ao modelo adotado atualmente pela legislação brasileira. Analisando então especificamente as circunstâncias judiciais utilizadas para estabelecer a pena base.

A partir disto, pondera-se sobre cada uma das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), a forma como são valoradas, e as principais críticas feitas em relação a sua aplicação em razão da ausência da contraditório dinâmico nesta.

2.1 Evolução Histórica

Ao tratar da dosimetria de pena, Cezar Roberto Bitencourt (2012) traça um itinerário histórico da individualização da pena, em que remonta à idade média, cujo regime jurídico vigente não estabelecia limites para a determinação da sanção penal (BITENCOURT, 2012).

A primeira resposta à arbitrariedade judicial medieval foi a fixação de uma pena fixa, de forma que o “mal justo” (pena) fosse estabelecido na exata medida do “mal injusto”. Ou seja, limitava-se a pena, na medida em que sua fixação deveria ser proporcional ao delito praticado (BITENCOURT, 2012).

É diante dessa arbitrariedade que surge o movimento liderado por Cesare Beccaria em busca da reforma do direito punitivo (BITENCOURT, 2012). Em sua concepção, baseada no pensamento de Montesquieu, o juiz deveria apenas aplicar a lei, e de forma alguma interpretá-la.

Dessa maneira, o antigo sistema medieval de dosagem de pena, com conceitos e determinações abertas, é seguido por um sistema que rigorosamente estabelece os métodos de dosar a pena.

No entanto, posteriormente percebeu-se que assim como um sistema alicerçado na plena discricionariedade não era pertinente, tão pouco um sistema em que a pena era rigidamente determinada o seria. A vedação ao arbítrio do juiz por completo acabava por impedir a individualização da pena.

A partir da percepção da necessidade de haver equilíbrio entre a discricionariedade e a rígida determinação, o código penal francês de 1810 inova ao trazer limites máximos e mínimos para a fixação da pena, se tornando assim o ponto de partida para as legislações modernas.

2.1.1 Evolução histórica nas legislações brasileiras

O código criminal do império de 1830, a primeira legislação penal genuinamente brasileira, adotou o sistema de penas prefixadas, instituindo em seus dispositivos três limites para aplicação da pena, o mínimo, o médio, e o máximo. A pena então deveria ser definida em um destes, não autorizada a fixação desta fora dos parâmetros e critérios estabelecidos em lei (PICCOLOTO, 2014).

No sistema que o seguiu, então abraçado pelo código republicano de 1890, se mantiveram limites mínimos e máximos para a imposição da pena, mas entre estes foram estipulados outros dois intermediários. Contudo, apesar de ampliadas as opções de penas a serem impostas, estas ainda eram limitadas unicamente as cominações previstas em lei.

Os referidos dispositivos legais brasileiros ao adotar o sistema das penas fixas, tinham como intuito gerar segurança jurídica, mas, ao impossibilitar qualquer discricionariedade, acabavam por ocasionar injustiças, haja vista que desconsideravam a pessoa do condenado, utilizando-se de abstrações e critérios meramente matemáticos. (PICCOLOTO, 2014).

Foi com o advento do Código Penal de 1940 que o Brasil passou a utilizar um sistema em que vigorasse a busca pelo equilíbrio entre a delimitação legal da quantidade de pena e a discricionariedade, no qual previa-se que para realizar a dosagem da pena, esta deveria advir do mínimo e máximo cominado ao delito, bem como, da análise e ponderação acerca do agente do crime (BRAUN, 2019).

Nesse novo código, fica a cargo do juiz ponderar sobre o ilícito praticado, o agente, e as circunstâncias, dentro de um mínimo e máximo expressos pela lei. Além da maior discricionariedade conferida ao magistrado, o diploma legal inova também ao adotar o critério de fases para realizar a dosagem da pena.

Como consequência da utilização do critério supramencionado irromperam duas teorias acerca da dosimetria de pena. De um lado, Roberto Lyra, para quem o procedimento de dosagem da pena deveria bifásico. Primeiro deveria ser fixada a pena base, e logo após, aplicadas todas as demais circunstâncias, fossem agravantes, atenuantes, ou causas de aumento ou diminuição.

Do outro lado, Nelson Hungria sustentava que a dosimetria de pena deveria passar um processo trifásico, em que na primeira fase seria estabelecida a pena-base a partir da análise das circunstâncias judiciais, na segunda, seriam examinadas as circunstâncias atenuantes e

agravantes, e por último, na terceira fase, deveriam ser verificadas as causas de aumento e de diminuição.

Ponderadas as duas correntes, é notório que a concepção de Hungria proporciona um controle maior e mais efetivo das decisões judiciais. Nesse sentido, esta teoria permite realizar um controle mais efetivo sobre os motivos que levaram à decisão prolatada pelo magistrado nos autos (SCHECAIRA, 1994).

Ante a nítida diferença das correntes de Lyra e Hungria, em que aquela abre caminhos para maior incerteza jurídica, e esta, que ao separar em duas fases a aplicação das circunstâncias, permite maior supervisão da motivação da decisão judicial, ocorre em 1984 a reforma do Código Penal, pondo fim a divergência entre as duas teorias. Vejamos:

Segundo os reformadores, a discriminação em três etapas permitiria maior *controle sobre o raciocínio judicial na determinação do quantum da pena*, situação que otimizará a garantia constitucional da ampla defesa, notadamente através da possibilidade de acionar os instrumentos processuais de revisão (duplo grau de jurisdição) (CARVALHO, 2017, p. 3)

A Reforma, estatuidando o procedimento trifásico, o dispôs da seguinte forma:

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. (BRASIL, 1941).

Atualmente, não obstante já estar instituído o procedimento trifásico de dosimetria de pena como forma de garantir o controle das decisões judiciais, é de suma importância recordar que o Código Penal foi gerado em um estado autoritário, com princípios muito diferentes dos elencados pela constituição democrática promulgada em 1988. Logo, é preciso que os dispositivos que tratam da dosimetria sejam observados através de uma ótica constitucional, de forma a obstar eventuais violações a direitos e garantias fundamentais decorrentes dessa disparidade temporal e ideológica. (PICCOLOTO, 2014).

2.2 Método trifásico e aplicação da pena

Sob uma perspectiva mais aprofundada acerca do tema, Fernando Capez (2015) esquadriha em detalhes o procedimento a ser seguido, conforme o critério trifásico adotado.

Em um primeiro momento, o autor ressalta que se faz mister verificar a incidência

sobre o delito de alguma qualificadora para que então o juiz possa saber dentro de quais limites abstratos de pena deverá determinar a pena base.

Feito isto, inicia-se a dosagem da pena-base, que por sua vez deve sempre partir do limite mínimo de pena estabelecido para o crime em questão. Aqui são feitas as considerações sobre as circunstâncias judiciais nos termos estabelecidos no artigo 59 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40). Todavia, não basta que o juiz se remeta a essas genericamente, é necessário que seja exposto na decisão os elementos específicos que levaram a valoração, positiva, negativa ou neutra, de cada circunstância. Nesta fase, segundo o entendimento de Capez, a pena não pode ser fixada abaixo da pena mínima, nem tampouco, acima da pena máxima.

Na segunda fase será averiguado se ao delito se aplicam circunstâncias legais atenuantes ou agravantes previstas nos artigos 61 a 65 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40). Quanto a pena cominada neste ponto da dosimetria, Capez mantém seu posicionamento, e acredita que também não poderá exceder ou ficar aquém do limite estabelecido em Lei.

Na terceira e última fase serão consideradas as causas de diminuição e aumento previstas na Parte Geral e Especial, sendo permitido nesta que a pena seja fixada tanto acima quanto abaixo do limite legal.

Capez informa ainda que há entendimento no sentido de que existe uma quarta fase, “[...] consistente na operação de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos ou pela pena pecuniária[...]” (CAPEZ, 2015, vol. 1, p. 472)

É nessa linha de pensamento que Salo de Carvalho (2013), partindo do fato que no atual sistema brasileiro cabe ao julgador adequação e individualização da pena, utilizando-se de variáveis fixadas a partir da proposição de penas mínimas e máximas no preceito secundário do tipo, expõe seu parecer referente ao tema:

É possível descrever a aplicação da pena do direito penal brasileiro como sistema composto por quatro operações necessárias e sucessivas:

- a) Primeira etapa, eleição da pena cabível entre as cominadas (pena privativa de liberdade, pena de multa ou pena restritiva de direito)
- b) Segunda etapa, determinação da quantidade de pena aplicável (tempo)
- c) Terceira etapa, fixação do regime inicial de cumprimento de pena (qualidade da pena)
- d) Quarta etapa, avaliação da possibilidade de aplicação dos substitutivos penais (Substituição da pena privativa de liberdade por pena de multa ou restritiva de direito.”

(CARVALHO, 2013, p. 313).

Na doutrina e jurisprudência majoritárias, no entanto, prevalece a concepção de que a dosimetria de pena se dá em três fases. Não obstante as divergências apresentadas, é consonante entre os estudiosos a importância de que o procedimento seja dividido e detalhado, de forma a garantir que cada consideração feita pelo magistrado seja devidamente fundamentada, garantindo às partes a ciência das razões da pena aplicada (contraditório), para que possa então exercer seu direito de defesa.

Conforme explana Capez:

A operação de apenamento há de ser fundamentada em cada etapa, possibilitando ao réu, para garantia do exercício de defesa, ciência exata sobre o peso ou grau de aumento e diminuições, a partir de pena- base isoladamente adotada sob os critérios do art. 59 do CP. (CAPEZ, 2015, vol. 1, p. 474).

Neste seguimento se posiciona também Salo de Carvalho (2013), enfatizando a importância de um procedimento detalhado:

Existe um consenso na dogmática penal contemporânea, ao menos nas tendências críticas, de que os direitos fundamentais se traduzem e se viabilizam nas formas, pois forma é garantia (...) Sobretudo no direito penal e no processo penal, não há efetividade dos direitos sem garantias, instrumentalizadas nas formas e nos mecanismos de fiscalização e de tutela. Assim em temas complexos como a dosimetria de pena, quanto maiores forem as especificações metodológicas, maiores serão as possibilidades de controle, fato que, em última análise, resulta em uma melhor qualidade da prestação jurisdicional (CARVALHO, 2013, p. 322).

Conceituado e explicado o procedimento trifásico da dosimetria de pena e os posicionamentos divergentes a seu respeito, bem como, demonstrada sua importância para a efetiva garantia dos direitos constitucionais à individualização da pena, ao contraditório e à ampla defesa, é evidente a evolução e melhoria alcançadas através desta quando se trata de dosimetria de pena.

Contudo, apesar do progresso que a reforma de 1984 traz ao código penal ao inserir o sistema trifásico, este não está isento de críticas. As quais são feitas em razão alta discricionariedade ainda permitida e da disposição assistemática dos dispositivos que orientam a pena, como expõe Salo de Carvalho (2013), que apresenta a seguinte crítica:

Zaffaroni e Pierangeli, ao analisarem a complexa estrutura da aplicação da pena, notam inclusive, que seria necessário uma melhor “(...) ordenação sistemática de critérios e regras, porque não se trata de uma síntese ordenada, mas de elementos um tanto dispersos, e cuja ordem hierárquica se faz necessário determinar (ZAFFARONI; PIERANGELI apud CARVALHO, 2013, p. 322).

Portanto, verifica-se que apesar de o método trifásico de dosimetria de pena facilitar o controle das razões que levaram o magistrado à decisão final, as circunstâncias judiciais, em razão da amplitude de sua definição, e da ausência de uma medida de pena específica para cada uma, são preenchidas em maior parte pela discricionariedade conferida ao juiz.

O que, ante a ausência do contraditório material na referida fase, gera um espaço em que o julgador pode agir livre e arbitrariamente, em decorrência da ausência de limites legais de valoração das circunstâncias judiciais.

2.2.1 Pena-base

A primeira fase da dosimetria equivale à individualização judicial da pena, que por sua vez, concretiza a individualização judicial, em que fora estipulada a pena abstrata. É neste ponto, que para além do fato típico, faz-se uma análise do agente para que seja determinada a pena que se adeque ao caso fático. (BITENCOURT, 2013).

Nesta etapa, prevalece o arbítrio do juiz, se adequando ao caso conforme seja necessário e suficiente, mesmo que ainda restrito a atuar dentro das demarcações legais.

A Pena-base é então fixada através da análise e valoração das circunstâncias judiciais elencadas pelo art. 59 do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40), as quais, em consonância com o posicionamento doutrinário majoritário, devem ter como ponto de partida a pena mínima prevista no tipo penal, e tendo como limite a pena máxima neste definida.

Na valoração das circunstâncias do art. 59 do CPP se dá o momento processual em que subsiste o maior espaço discricionário dentro de toda a dosimetria, haja vista que as circunstâncias judiciais não possuem um quantum específico de aumento ou redução de pena, e para mais, são detentoras de conceitos amplos e abertos. Sendo assim, é papel do magistrado ao averiguá-las decidir tanto a medida em que cada circunstância influenciará na dosagem da pena-base, como quais são os elementos validos e aptos a configurá-las.

Para Salo de Carvalho (2013), tamanha é discricionariedade concedida ao juiz nesta fase, que o autor conjectura que dentro do próprio balanço feito acerca das circunstâncias

judiciais, é preciso que o magistrado siga um procedimento, desde definir o que cabe a cada circunstância, passando pela seleção dos elementos habilitados a configura-las, e chegando ao fim, deliberar por sua valoração positiva ou negativa, vejamos:

O procedimento judicial de aplicação da pena-base adquire, no direito penal brasileiro, uma complexidade bastante grande, impondo ao magistrado uma série de tarefas: primeira, de delinear o conteúdo das circunstâncias (atribuição de sentido); segunda, de definir o tipo de informação processualmente válida (prova idônea) que fundamenta o sentido atribuído; terceira, de valorar positiva ou negativamente as circunstâncias analisadas; quarta, de determinar a quantidade de aumento ou diminuição de cada circunstância; e quinta, de estabelecer critérios de preponderância entre as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis. (CARVALHO, 2013, p. 332).

É justamente por esta vasta discricionariedade que é de importância substancial que o magistrado ao proferir sua decisão, não apenas faça referência às circunstâncias de forma vaga, mas que as caracterize e especifique, tornando perceptíveis as razões de seu juízo, para que assim o réu tenha ciência dos motivos da medida de sua pena (CAPEZ, 2015).

Assim sendo, conforme afirma Cezar Roberto Bitencourt (2012), as circunstâncias judiciais “[...] não são efetivas “circunstâncias do crime”, mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base [...]” (BITENCOURT, 2015, p. 1684).

Logo, a devida fundamentação é essencial para que se possa exercer controle sob a pena-base fixada. Se não forem expostas as motivações, as partes não têm como atacar ou questionar o *quantum* da pena imposta, restando assim cerceados de seu direito ao contraditório, aqui em sua dimensão estática.

Esta motivação é uma garantia de concretização do direito fundamental ao contraditório (Art 5º, inciso LV, Constituição Federal de 1988), especialmente importante para o réu, vez que é essencial que o sentenciado tenha conhecimento do porquê da exata quantidade de sua pena. De tal forma que torne o contraditório efetivo, possibilitando sua ampla defesa.

No entanto, na prática, a efetivação do contraditório nesta fase enfrenta vários empecilhos, até mesmo quando se trata da aplicação do contraditório em seu aspecto formal, já instituído como garantia fundamental. Schecaria (1994) apresenta o seguinte exemplo de uma das dificuldades encontradas para garantir o contraditório na aferição da pena-base:

Estas circunstâncias dependem de uma boa colheita de provas na fase instrutória. Muitas das questões que, posteriormente, servirão para fundar o *quantum* da pena

fixada dependem de um eficiente interrogatório (art. 188 do CPP (LGL\1941\8)), o que nem sempre é feito. (SHECAIRA, 1994, p. 6).

Neste ponto reside uma importante razão pela qual este trabalho defende a necessidade da aplicação contraditório dinâmico nos moldes dos artigos 9º e 10º do Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) à fixação da pena-base. Como dito, muitas vezes os elementos e provas produzidos até a sentença condenatória sequer são suficientes para que seja garantido o contraditório formal, utilizando informações e provas trazidas aos autos no intento de impedir ou confirmar a formação de culpa, e não de influenciar na dosimetria pena. O que evidencia a necessidade do contraditório material para que, de forma correta, a partir de informações suficientes e pertinentes, sejam formados os juízos acerca da valoração de cada uma das circunstâncias.

Por fim, insta salientar que a reprimenda estabelecida neste momento é o parâmetro que será utilizado nas demais fases de dosimetria para valorar as circunstâncias remanescentes. Nas palavras de Salo de Carvalho (2013) a pena-base é “[...] a referência primária sobre a qual incidirão as circunstâncias legais (agravantes e atenuantes) e as causas especiais de aumento e diminuição (majorantes e minorantes) [...]” (CARVALHO, 2013, p. 325)

Fato este que imputa à fixação da pena-base a responsabilidade sobre as posteriores fases da dosimetria, vez que, se eivada de vício, como a ausência do contraditório, contamina a valoração das demais circunstâncias legais, como as atenuantes e agravantes previstas nos artigos 61 e 65 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), as causas específicas de aumento ou diminuição de pena, e até mesmo a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou a aplicação do *sursis*.

Resta assim demonstrada a importância de uma pena-base fixada obedecendo os princípios constitucionais, haja vista que todas as demais fases são valoradas a partir da pena neste ponto cominada e por conseguinte, se ausentes os princípios constitucionais nesta, tem-se toda a dosimetria de pena colocada a parte do regime democrático que atualmente rege o processo.

Feitas as considerações acerca da pena-base, para melhor entender o espaço discricionário conferido à configuração das circunstâncias judiciais e a ausência do contraditório nestes, será realizada a seguir uma breve explanação sobre cada uma especificamente.

2.2.1.1 Culpabilidade

A culpabilidade como circunstância judicial adquire uma função diferente da usual. Neste momento, deixa de ser uma atestação, como é quando utilizada para verificar se é devido que o réu seja punido pelo delito, e passa a ser um juízo de valor sobre a conduta (ROMÃO, 2008).

Na primeira modalidade, tem-se a culpabilidade como princípio que veda que o indivíduo seja responsabilizado pelo fato se não houve culpa (COSTA, 2018). Já na segunda, conforme explica André de Abreu Costa “Na dosagem da pena, como circunstância judicial, a culpabilidade funciona como fator de limitação da pena, de determinação de seu ponto máximo.” (COSTA, 2018, p. 259).

O que é analisado não é a existência ou não de culpabilidade do agente, está já foi verificada, caso contrário, não haveria sentença condenatória. Na culpabilidade enquanto circunstância judicial analisa-se o grau de reprovabilidade da conduta do autor. Neste momento processual, é feita uma gradação da culpabilidade, admitindo-se que dolo e culpa, elementos constitutivos do tipo, também sejam empregados como meio de aferição da reprovabilidade do ato.

A respeito da aludida diferença, Capez (2015) crítica o legislador pela escolha feita quanto ao termo que nomeia circunstância judicial:

Se houver culpabilidade, o agente responderá pelo fato; caso contrário, será absolvido. Desse modo, a culpabilidade funciona como pressuposto para que o sujeito seja condenado e receba uma pena, e não como critério de dosagem da quantidade da pena a ser aplicada. Pretendeu o legislador que o "grau de culpabilidade", e não a culpabilidade, fosse o fator a orientar a dosimetria penal (CAPEZ, 2015, p. 474).

Inobstante às críticas a respeito da nomenclatura do instituto, tem-se que a culpabilidade como circunstância judicial é senso de reprovação social, um juízo de valor acerca do fato, elaborado sobre uma análise do vínculo psíquico entre autor e fato. E, a partir deste, observando-se fatores como as características individuais do agente, o contexto social em que o referido se encontra e até mesmo o momento histórico da ocorrência do fato, é que será aferida a exigibilidade de conduta diversa da praticada pelo réu.

Neste sentido, nas palavras de Fernando Antônio N. Galvão da Rocha (1994):

A culpabilidade, como nos esclarece Muñoz Conde,²⁷ deve ser analisada sob um prisma dialético, na medida em que não pode materializar uma reprovação baseada

em critérios puramente abstratos, desvinculados de uma consideração concreta sobre a ação punível e sua relação com o momento histórico no qual se apresentou como violadoras dos interesses sociais predominantes (ROCHA, 1994, p.9).

Com base no exposto nota-se que a culpabilidade age dentro da dosimetria como peça fundamental para realizar a tarefa de individualização, haja vista que a pena deve ser aplicada na mesma proporção da culpabilidade. Desta forma, atua então, como limitadora do poder estatal, vez que, não permite que seja aplicada ao autor do fato pena em patamar não condizente com sua culpabilidade.

Corroborando dessa concepção acerca da culpabilidade, Ney Moura Telles ([2006?]) apresenta o seguinte posicionamento:

A culpabilidade é, assim, não apenas fundamento da sanção penal, da pena, mas o principal fator de sua limitação. (...) A culpabilidade, além de fundamentar a aplicação da pena, é seu elemento limitador. Quanto maior a culpabilidade, maior a pena. (...) Esta é a primeira das circunstâncias que o juiz analisa, quando vai fixar a pena base. É a mais importante delas, e por isso a que deve ser verificada com o maior cuidado. (...) Deve o juiz analisar e conhecer o grau da consciência da ilicitude, e o grau da exigibilidade de conduta diversa, para, então, concluir se o agente agiu com maior ou menor culpabilidade, merecendo, então, elevada ou pequena reprovação. (TELLES, [2006?], p.7)

A perspectiva material da culpabilidade adotada nesta fase faz com que ela assuma um papel garantidor da efetivação dos direitos constitucionais ao instituí-la como meio individualizador da pena. Porém, apesar de garantidora da individualização, esta não proporciona meios válidos e eficazes para a efetivação desta.

Ocorre que a culpabilidade como circunstância judicial é diferente da culpabilidade inicialmente aferida na decisão judicial. Logo, os elementos utilizados para chegar a medida desta deveriam também ser diferentes dos usados para constatar a culpabilidade enquanto princípio. No entanto, os elementos utilizados para constituí-la e depois valorá-la, em geral, são os mesmos que foram trazidos aos autos previamente na fase de formação de culpa.

Ou seja, utiliza-se para medir a reprovabilidade da conduta, bem como, a exigência de conduta diversa, as informações e provas que foram empregadas na formação de culpa, desconsiderando que a culpabilidade, em fases diferentes do processo, possui caráter diverso. E como tal, os elementos para aferi-las deveriam também ser diferentes para que se chegasse a um juízo de valor justo e adequado.

2.2.1.2 Antecedentes

A definição dos elementos que compõem os antecedentes é perceptivelmente a mais controversa entre os conceitos das circunstâncias judiciais.

Os Antecedentes tratam da vida pregressa do acusado, de sua história até o cometimento do delito pelo qual está sendo julgado. A problemática surge quando questionados quais os elementos são aptos a configurar maus ou bons antecedentes. E não para neste ponto, além de sua delimitação, há uma extensa discussão acerca da possibilidade de valorá-los, e de como isto deve ser feito.

O primeiro ponto de divergência diz respeito aos inquéritos e ações penais em curso ou baixados. Para a doutrina majoritária, é inaceitável que estes sejam usados como caracterizadores de maus antecedentes. Considerá-los para valorar negativamente a circunstância judicial seria uma manifesta violação ao direito constitucional de presunção de inocência. Sob este entendimento, é também inadmissível que sentenças absolutórias, quaisquer que sejam as suas razões, constituam maus antecedentes.

Em consonância com este pensamento, o STJ pacificou seu entendimento acerca do tema editando a Súmula 444, em que expressamente veda a utilização de inquéritos policiais ou ações penais em curso para elevar a pena base.

Neste sentido, Cezar Roberto Bitencourt (2012) afirma:

Com efeito, sob o império de uma nova ordem constitucional⁵, e “constitucionalizando o Direito Penal”, somente podem ser valoradas como “maus antecedentes” decisões condenatórias irrecorríveis. Assim, quaisquer outras investigações preliminares, processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal, não podem ser valorados como maus antecedentes. (BITENCOURT, 2012 p. 1687)

Há por outro lado, correntes doutrinárias que criticam tal posicionamento e defendem que inquéritos e ações penais sejam elementos aptos a configurar os maus antecedentes. Como exemplo deste posicionamento menciona-se Fernando Capez (2015) cuja doutrina afirma que após a reforma feita em 1984 no Código Penal, ao serem separadas conduta social, e personalidade dos antecedentes, este instituto foi esvaziado. Restando assim, como única opção considerar para sua aferição o envolvimento passado do acusado em inquéritos e ações penais. Ainda, seguindo esta linha, Capez considera que as sentenças absolutórias por ausência de provas podem configurar maus antecedentes. Vejamos:

Assim, consideram-se para fins de maus antecedentes os delitos que o condenado praticou antes do que gerou a sua condenação. (...) A despeito desse posicionamento, a expressão "antecedentes" comporta interpretação restritiva, do contrário o art. 59 não falaria também em personalidade e conduta social do agente. Por derradeiro, abrange anteriores envolvimento em inquéritos policiais e processos-crime, mesmo que não tenha havido condenação, na medida em que o art. 5º, LVII, da CF, não impede tal consideração para fins do disposto no 59 do CP. (CAPEZ, 2015 p. 475).

Não menos controversa é questão acerca da possibilidade utilizar as condenações transitadas em julgado há mais de 05 (cinco) anos como maus antecedentes. Sob um entendimento mais garantista, tem-se que não é possível. Haja vista a previsão constitucional que veda qualquer tipo de sanção perpétua. Ou seja, da mesma forma que sentença penal prescreve como reincidência, deve prescrever como elemento configurador de maus antecedentes, pois é preciso respeitar a limitação temporal estabelecida para os efeitos da condenação penal. Sendo assim, entende-se pela aplicação analógica do art. 64 do Código Penal ao instituto em questão.

Como afirma Cesar Eduardo Lavoura Moura (2008):

O fundamento para a aplicação desse prazo baseia-se na interpretação da garantia constitucional da vedação de sanções de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, b, da CF/88 (LGL\1988\3)) estendendo esse entendimento aos efeitos da condenação, que, também, não podem ser perpétuos. (MOURA, 2008, p. 6).

Em contrapartida, há quem considere que as sentenças condenatórias transitadas em julgados, mesmo após transcorridos cinco anos, podem ser usadas para compor os maus antecedentes.

Perante o exposto, conforme pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, e em conformidade com a doutrina majoritária, entende este trabalho que inquéritos e ações penais em curso ou baixados não são podem ser usados para valorar negativamente a circunstância judicial. Deste mesmo modo, observa-se que a sentença penal condenatória só pode configurar maus antecedentes em algumas restritas hipóteses: se for de crime militar próprio ou político, de contravenção penal, ou de fato anterior cujo trânsito em julgado ocorreu após a prática do novo delito (MOURA, 2008)

Entretanto, as divergências não aparecem apenas quando se refere ao possível uso de elementos como maus antecedentes. Questiona-se também se a simples ausência de maus antecedentes é suficiente para que os antecedentes sejam sopesados positivamente.

Há entendimentos favoráveis, e posicionamentos que por sua vez, consideram que a ausência de fatores que tornem negativos os antecedentes não é o bastante para valorá-los

positivamente. Haja vista que, valorando a ausência de maus antecedentes como bons antecedentes, estar-se-ia premiando o nada, e este nada não passa do comportamento que é esperado de todo cidadão.

Neste seguimento, para que se configurassem os bons antecedentes, seria necessário mais do que a ausência de cometimento de infrações penais. Para configurá-los seria preciso que fossem devidamente demonstrados fatos ou circunstâncias, sociais, cívicos, entre outros, que comprovassem os feitos do acusado que beneficiaram a sociedade de alguma forma.

Por fim, importante ressaltar que há até mesmo dúvida quanto à sua valoração. Indaga-se sobre a viabilidade de valorar os antecedentes tanto de forma negativa quanto positiva. Este questionamento se sustenta na crítica de que a sua valoração “reforça a culpabilidade do autor, em detrimento da culpabilidade do fato”.

Contudo, o apontamento crítico de maior relevância sobre o tema é que o simples fato de ter o autor cometido outros delitos não é garantia de que virá a cometê-los novamente. Dessa forma, como não é autorizado ao magistrado aumentar a pena alicerçando-se em mera suposição, veda-se a valoração negativa dos antecedentes.

2.2.1.3 Conduta Social

A conduta social foi incluída como circunstância judicial na reforma de 1984, quando foi desmembrada dos antecedes. A partir de então, a análise de ambos deve ser feita de forma cuidadosa pois o que integra um, não pode ser elemento que também configure o outro.

Após a separação dos referidos, os antecedentes ficaram mais restritos à ligação do agente a atos criminais, e a conduta social por sua vez manteve um sentido mais amplo, abarcando seus envolvimento dentro da sociedade, relações profissionais, familiares, e os demais vínculos sociais (CAPEZ, 2015).

Atualmente entende-se que para valor a conduta social, deve ser considerado o comportamento do acusado dentro da sociedade em que convive. Ou seja, não basta a análise da conduta do indivíduo utilizando como parâmetro o que costuma ser chamado de “homem médio”.

Conforme André de Abreu Costa (2018): “é interessante refletir que juízes e Tribunais devem levar em conta o ambiente social em que vive o réu, não o espaço social ideal – ou ideado pelo magistrado” (COSTA, 2018, p. 273).

Ou seja, para que a pena seja de fato individualizada é necessário conhecer e entender o contexto social em que o agente se situa para que então possa ser averiguado se sua conduta se enquadra nos padrões esperados dentro daquele.

Apesar de não haver muitas disparidades sobre sua conceituação, a conduta social sofre críticas semelhantes às feitas aos antecedentes como circunstância judicial, pois seu juízo “afasta-se da análise do fato e incide sobre o autor do fato” (MOURA, 2008, p. 8). É com base nesse pensamento que Moura Telles ([2006?]) faz a seguinte crítica:

Essa é outra circunstância que nada tem a ver com o fato criminoso praticado pelo agente e que diz respeito exclusivamente a seu passado anterior ao crime e à sentença. Tanto quanto os antecedentes, essa circunstância colide com o princípio da culpabilidade, e só pode ser examinada do ponto de vista positivo. Se o condenado tiver conduta social harmônica, ajustada a seu meio, será beneficiado por isso, mas, do contrário, a circunstância não deve ser levada em consideração no momento da fixação da pena, pois que representaria o julgamento do homem pelo que ele é, e não do homem pelo que ele fez. (TELES, [2006?], p. 10).

Não obstante as coerentes críticas à Conduta Social enquanto circunstância social, fato é, que antes de lhe atribuir valor negativo ou positivo, é de suma importância que seja feita uma complexa análise do contexto social do autor, caso contrário, neutralizam-se as diferenças pessoais e amplia-se a intervenção punitiva (COSTA, 2018). De tal forma, acarretando prejuízo direto à efetiva individualização da pena.

Por fim, há que se considerar que tal exame só pode ser feito se houver elementos para serem analisados, o que normalmente não é propiciado pelas provas produzidas até a sentença condenatória. Logo, observa-se a importância da aplicação do contraditório dinâmico na avaliação das circunstâncias judiciais, vez que, através deste é que seria possível trazer aos autos informações que gerassem um lastro probatório suficiente para sua aferição.

2.2.1.4 Personalidade do agente

Ao fazer a análise da personalidade o magistrado traça um retrato psíquico do agente, de modo que deve analisar diversos fatores, por exemplo: a índole, o grau de irritabilidade, a indiferença afetiva, o censo moral, a frieza, o arrependimento ou a ausência deste, entre outros que possam demonstrar ou descaracterizar uma tendência criminosa do acusado.

Para ser aferida, é necessário um laudo criminológico, expedido por profissionais da área. Por tanto, não pode o juiz simplesmente justificar a sua valoração através de elementos vagos e ambíguos, vez que:

Sem o conhecimento das ciências citadas ou sem a elaboração de um laudo criminológico a análise da personalidade é inócua e só causa injustiças, sendo comum a utilização de expressões lacônicas e sem significado, como, por exemplo, personalidade desajustada, agressiva, impulsiva etc. (MOURA, 2008, p.8).

De outro modo, Cezar Roberto Bitencourt (2012) expõe seu entendimento sobre a valoração da personalidade do agente. Para o autor, tanto as infrações penais cometidas quando o acusado ainda era menor de idade, quanto as cometidas após o crime cuja pena está sendo discutida, embora não possam configurar maus antecedentes, são aptas a levarem a personalidade a ser valorada de forma negativa, causando o aumento da pena-base.

Ora, primeiramente, é inconcebível a consideração das infrações cometidas durante a menor idade do agente para aumentar sua pena, pelas mesmas razões de a condenação transitada em julgado não poder configurar maus antecedentes. É nitidamente contra o que prevê a constituição ao vedar sanções de caráter perpetuo, e ultrapassa o limite dos efeitos da sanção penal.

Quanto às infrações cometida após o crime cuja pena está em pauta, também por razões já explicadas neste trabalho, é inaceitável e inconstitucional que sejam artifícios para o aumento de pena. Tal ato diametralmente contra a garantia fundamental de presunção de inocência.

No que concerne ao posicionamento doutrinário acerca de sua valoração, observa-se que este é criticado nos mesmos termos dos Antecedentes e da conduta social, haja vista que também incide sobre o autor do fato e não sobre o fato em si.

Nesta senda, é aplicável à valoração da Personalidade do agente a mesma crítica feita à Conduta Social. Uma vez que, não havendo no processo, até a sentença condenatória, o laudo criminológico necessário à verificação de sua medida, seria por meio da aplicação do contraditório dinâmico que se tornaria possível apresentar o referido laudo para que o magistrado valore a circunstância fundamentando-se em elementos aptos a configura-la, e não em meras especulações sobre a agente do fato.

2.2.1.5 Motivos

Os motivos são definidos pela doutrina como a “fonte propulsora da vontade criminosa” (BITENCOURT, 2012, p. 1689), ou seja, são o “precedente psicológico da conduta” (CAPEZ, 2015, p. 477)

Estes se consubstanciam em razões mais ou menos censuráveis, podem ser consideradas aqui, a frieza, futilidade, torpeza, a nobreza, a relevância social ou moral, bem como o egoísmo ou altruísmo que precede o ato.

Quanto mais reprovável as razões que levaram o acusado a praticar o delito, maior deve ser a pena. Por conseguinte, sob esta mesma lógica, quanto mais socialmente aceitável sua motivação, menor deve ser sua pena. Vejamos:

A força da pena tem relação diretamente proporcional com a força moral do crime. Se o criminoso agiu por motivos que encontram violenta reprovação da sociedade, a pena surtirá bons efeitos. O mesmo não se dá, no entanto, quando houve razões, ou pelo menos motivos justificáveis. (ROSA, 1995, p. 442 apud MOURA, 2008, p. 9).

Entretanto, a análise dos motivos deve ser feita de modo que estes só serão considerados como aptos a valorar positiva ou negativamente a circunstância judicial residualmente. Ou seja, como os motivos podem configurar também atenuantes, agravantes, causas de aumento ou diminuição e até mesmo podem ser qualificadoras do delito, deve ser feito um raciocínio de exclusão. Se o motivo se enquadrar em algum destes institutos, não poderá de forma alguma ser considerado como circunstância judicial sob pena incorrer em *bis in idem* (COSTA, 2018).

2.2.1.6 Circunstâncias

Estas circunstâncias se referem a particularidades que não integram o tipo, mas acompanham o fato, e de acordo com referidas pode ocorrer o agravamento ou abrandamento da pena.

De acordo com André de Abreu Costa (2018), as circunstâncias:

São fatos que, sem tocar a definição típica da infração penal, gravitam ao seu redor. Enquanto circunstância judicial, as “circunstâncias” são tomadas também em termos genéricos: dizem respeito a todos os fatores que, sem influenciar na existência do crime, estão em seu redor, determinando-o. (COSTA, 2018, p. 285).

Ainda, neste seguimento, segundo Ney Moura Teles ([2006?]):

As circunstâncias de que trata o art. 59 são elementos acidentais outros que não integram os tipos, nem influem na agravação, atenuação, aumento ou diminuição expressamente previstos no Código Penal, mas que, nem por isso, deixam de importar para a busca da pena justa, necessária e suficiente, para reprová-lo e prevenir o crime. (TELES, [2006?], p. 14).

Como elementos aptos a configurar a presente circunstância judicial temos as condições e a duração do delito, o local em que foi cometido, o *modus operandi* do agente, o relacionamento entre autor e vítima, entre outros (COSTA, 2018).

Cabe quanto às circunstâncias a mesma crítica feita às circunstâncias judiciais anteriores. Para que seja valorada, é necessário mais do que os elementos e provas produzidos durante a instrução processual, é preciso um espaço para que se exponham fatos e informações aptos a servir de fundamento para a valoração negativa ou positiva da presente circunstância judicial.

2.2.1.7 Consequências

Aqui refere-se a extensão do dano causado pelo crime. Trata-se dos efeitos do delito para vítima, para seus familiares, ou para a sociedade.

Contudo, esses não podem se confundir com os efeitos já esperados pelo tipo, as consequências aqui consideradas “[...] envolvem aquilo que se seguiu do crime, para além do resultado típico[...]

A gradação das consequências é de grande valia para a dosimetria da pena, vez que, quanto maior o dano, maior deve ser a pena.

Acerca do tema, Ney Moura Teles ([2006?]) traz o seguinte exemplo:

O homicídio que tem como vítima o chefe de uma família de dez integrantes, quase todos menores de idade, que dependem do trabalho daquele, importa em consequências muito mais graves e danosas do que o homicídio perpetrado contra um andarilho na rodovia, que não tem ascendentes, nem descendentes. A morte de um cientista que trabalha na descoberta de uma importante vacina contra uma doença incurável, apesar de ser tão ilícita e injusta quanto a morte de qualquer recém-nascido, traz prejuízos indiscutivelmente maiores para a sociedade. As consequências de todo e qualquer crime são, por isso, graduáveis, e quando causadoras de grandes prejuízos aos homens ou à sociedade, importarão em reprimenda maior ao condenado. (TELES, [2006?], p. 15)

Ora, como demonstrado acima, é evidente que uma mesma conduta típica pode ter diversas consequências, algumas mais reprováveis do que outras.

Caberá ao juiz, utilizando-se dos elementos e provas trazidos ao processo até este momento, medir a extensão do dano causado pela conduta criminosa e a partir de sua constatação definir o quanto esta influenciará para o aumento da pena-base.

Entretanto, em momento algum durante o decorrer do processo é oportunizado às partes produzir prova que demonstre a gravidade das consequências do delito, ou mesmo a ausência dessas.

O juízo proferido pelo magistrado é fundamentado em fatores que foram apresentados nos autos com o intento de contribuir para a formação de culpa. O que na maioria das partes não permite que seja feita uma aferição real das consequências do fato para depois valorá-lo, vez que não há nada no processo que as comprove.

2.2.1.8 Comportamento da vítima

A doutrina majoritária entende que apesar do comportamento da vítima não isentar o agente da pena, sua contribuição para o delito pode reduzir a reprovabilidade da conduta criminosa.

Ou seja, quanto maior a participação da vítima, menor a culpabilidade do agente e por consequência menor será sua pena-base. Neste sentido:

Cabe, pois, ao juiz avaliar em que hipótese se enquadra o comportamento da vítima e, a partir daí, dosar a culpabilidade, levando em consideração que quanto maior for a participação da vítima na eclosão dos acontecimentos menor será o grau de reprovabilidade da conduta do réu.(MOURA, 2008, p. 12).

Como exemplo de tais comportamentos da vítima que em tese podem ser usados para reduzir a censurabilidade da conduta do agente os doutrinadores trazem os seguintes exemplos:

Algumas pessoas, por seu modo de vida, agem, cotidianamente, de modo a colocar-se em situação de receber ataques a alguns de seus bens jurídicos. Certos indivíduos costumam freqüentar bares de muito movimento, e ali se colocam nas mais diferentes situações de colidência com outros freqüentadores, discutindo com eles, posicionando-se de modo diametralmente oposto ao do outro, de tal modo que, invariavelmente, instala-se situação de conflito que acaba, inevitavelmente, em desforço físico. É, por exemplo, o caso do torcedor de certo time de futebol que, derrotado no último jogo, não se conforma e parte para a discussão e a “briga”. (TELLES, [2006?], p. 16).

Há ainda o exemplo da circunstância descrita por Capez (2015) como justificadora da redução de reprovabilidade de pena do acusado:

A jovem de menor pudor pode induzir o agente de estupro pelas suas palavras, roupas e atitudes imprudentes; as prostitutas, marginais, também são vítimas em potencial. Tais comportamentos, embora não justifiquem a prática da conduta criminosa, diminuem a censurabilidade da conduta do autor do delito. (CAPEZ, 2015, p. 479).

Ante os exemplos expostos, é notório que a referida circunstância judicial, assim como toda as demais, não ficaria isenta de críticas. André de Abreu Costa em sua obra, traz o arrazoado argumento de que é necessário distinguir oportunidade de provocação, e corroborando-o, apresenta o posicionamento de Fernando Galvão Rocha:

As situações que, usualmente, são vislumbradas pela doutrina referem-se às vítimas que, descuidadamente, ostentam joias ou vestem-se de maneira impudica, facilitando assim, a prática de crimes patrimoniais ou contra os costumes. Nota-se que, nestas hipóteses, a facilitação do crime deve apresentar-se quase como uma “provocação” e não como oferecimento de uma simples “oportunidade” para a prática do delito. Assim, não se poderia reconhecer contribuição da vítima pelo simples fato de que chegou tarde em casa. Tal situação forneceu mera oportunidade, mas não constitui um “atrativo” para a prática do delito” (Rocha, 2004, p. 708 apud COSTA, 2018, p. 289).

Ademais, entende acertadamente o Autor que os comportamentos acima elencados, bem como demais exemplos comumente utilizados pela doutrina, sob uma perspectiva constitucional, não poderiam ser objeto de valoração para a redução da culpabilidade do agente, haja vista que todos aqueles não passam de atuações normais das liberdades individuais constitucionais (COSTA, 2018).

2.3 Valoração das circunstâncias judiciais sob o prisma constitucional

De modo geral, o que se busca na primeira fase da dosimetria de pena é efetivar o direito constitucional de individualização da pena. Seu intuito é permitir que a reprimenda não fique presa aos limites estabelecidos em lei, mas que se adeque ao caso fático e ao agente do delito em análise, para que assim se aproxime o máximo possível de uma pena justa.

Diante desta perspectiva, é incontroversa a importância e eficácia do método trifásico, e especialmente da separação das circunstâncias judiciais para a devida individualização da pena e por conseguinte para a democratização do processo.

No entanto, o procedimento estabelecido nos artigos 59 e 68 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40) possui ainda inúmeras lacunas, espaços nos quais os direitos e garantias fundamentais versados na Constituição Federal de 1988 não conseguiram adentrar.

Assim, como observado nos tópicos acima, inúmeras são as questões levantadas acerca das circunstâncias judiciais. Além das problemáticas gerais às circunstâncias, ao analisá-las separadamente emergem as diversas peculiaridades sobre como devem ser valoradas e quais os elementos aptos a configurá-las. Ainda assim, a despeito de todas as controvérsias e

possibilidades referentes a valoração existentes na primeira fase, os juízos de valor necessários nesta etapa são delegados em sua totalidade ao magistrado.

Busca-se a individualização da pena, contudo, esta é feita a partir de elementos que, em sua maioria, não foram trazidos ao processo pelo acusado, haja vista que não se proporciona ao réu a oportunidade de apresentar seus argumentos para que a pena se adeque ao referido.

Ou seja, é realizada uma suposta individualização da pena para adaptar a sanção ao indivíduo, sem que, sequer, tenha sido garantida a este a oportunidade de se manifestar sobre as questões que tratam especificamente de sua própria vida, personalidade e história e ademais, possuem o condão influenciar e modificar *quantum* de sua pena.

Dessa forma, considerando-se que o processo consiste também em um instrumento do Estado democrático para efetivar seus princípios, resta evidente que a ausência do contraditório no procedimento de dosimetria de pena não está de acordo com os preceitos constitucionais brasileiros. Bem como, é notório que sua ausência implica na impossibilidade de efetivar outros direitos fundamentais como a aludida individualização da pena e a ampla defesa

Ante os supracitados fatos e argumentos, no próximo capítulo será demonstrado como a valoração das circunstâncias judiciais acaba se tornando um mecanismo que veda a aplicação das garantias constitucionais ao processo, bem como, serão apresentadas as críticas e consequências da plena discricionariedade conferida ao juiz na tratada fase da dosimetria.

3 AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E A DISCRICIONARIEDADE JURISDICIONAL NA VALORAÇÃO DA PENA-BASE

Em face de todo o demonstrado até o momento, tem-se que a partir de uma perspectiva constitucional, o contraditório é o que legitima o processo, mas não só isso, é também uma garantia fundamental das partes.

Em um espaço discricionário tão vasto como a dosimetria de pena, é incompreensível o fato de não haver um momento específico para o exercício do princípio elementar do processo.

Importante destacar que a discricionariedade trata da liberdade que o magistrado possui para atuar dentro dos limites impostos por lei. Já a arbitrariedade surge quando não observados tais limites, quando o juiz utiliza de sua autonomia para, sem respeitar as imposições legais, proferir decisões como bem entender.

Neste sentido, Hely Lopes Meirelles aponta:

Convém esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente a lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido, ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido (MEIRELLES apud MOURA, 2008, p. 14).

Feita a aludida consideração, nota-se que são tantos os procedimentos a serem seguidos pelo magistrado ao valorar as circunstâncias judiciais, e tamanha a liberdade deste para decidi-los como melhor entender, que a discricionariedade acaba por se distanciar de seu real objetivo, a devida individualização da pena, e se aproxima de um espaço em que é dado ao juiz autonomia para utilizar a dosimetria de pena muitas vezes como instrumento da política penal a que é alinhado, bem como, para aplicar valores e ideologias pessoais ao caso em apreço. Ou seja, em decorrência da ausência do contraditório, a valoração das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.884/40), está mais próxima da arbitrariedade do que da discricionariedade.

Ora, é fato que não é possível impedir por completo que a decisão final seja contaminada por algum valor, ideal ou crença pessoal do juiz. O contexto social e histórico no qual o magistrado está inserido sempre refletirá de alguma forma em seus juízos. Nesse sentido, conforme Theodoro Junior (2015a):

[...] a apresentação do juiz como protagonista do sistema que com imparcialidade julga corretamente traz algo a ser contestado. O mito da imparcialidade (neutralidade) como blindagem ao elemento anímico do juiz faz crer no seu desinteresse no julgamento, de modo absoluto, conduzindo ao desprezo de suas pré-compreensões e propensões cognitivas solitárias no ato de julgar. (THEODORO JUNIOR, 2015 a, p. 65).

Ainda, apontando como esta contaminação do juízo de valor proferido pelo magistrado ocorre na prática, aponta o autor ser falaciosa a ideia da imparcialidade total do juiz em face da existência de “verdadeiros ancoramentos cognitivos promovidos antes do próprio processo (...) e propensões cognitivas produzidas durante o processo” (THEODORO JUNIOR, 2015a, p. 66). Como exemplo desta última hipótese, o autor cita o juiz que tenha tido contato com prova ilícita produzida nos autos, fato que certamente irá propulsionar seu pensamento sobre o fato para alguma direção específica, ainda que as provas tenham sido desentranhadas do processo. (THEODORO JUNIOR, 2015a).

Ocorre que, após condenado o réu, as decisões quanto a pena-base são aferidas a partir das provas e informações constantes nos autos, sob as quais é feito um juízo de valor unilateralmente influenciado pelo conjunto de condições que existem por trás do juiz, por mais imparcial que este seja, enquanto ao réu cabe apenas esperar pela decisão final.

Em todo o processo, ao menos em teoria, o réu tem a possibilidade de manifestar-se e influir sobre todas as decisões proferidas. Passada a condenação, essa possibilidade não mais existe.

Proferida a sentença condenatória, fica a cargo do juiz cominar a pena utilizando apenas os elementos já colacionados aos autos. Estes que, por sua vez, em geral, não foram apresentados com este fim, não sendo por si só suficientes para a valoração de todas as circunstâncias judiciais da forma correta. São desses elementos, observados sob a ótica pessoal do magistrado, que emerge a pena.

Garante-se ao réu durante o correr do processo o acesso aos direitos fundamentais basilares do Estado Democrático de Direito, contudo, uma vez proferida a sentença condenatória, ao réu não é permitida qualquer participação prévia à cominação da pena, a partir deste ponto, o condenado se torna mero expectador do processo. O agora sentenciado tem então seus direitos constitucionais cerceados, vez que é posto em uma posição não alcançada por estes.

Coerentemente, sob este mesmo entendimento, Didier Junior (2015) faz o seguinte levantamento:

Como poderia o órgão jurisdicionado punir alguém, sem que lhe tenha dado a chance de manifestar-se sobre os fundamentos da punição? Por exemplo, demonstrado que os fatos em que baseia sua decisão ou não ocorreram, ou ao menos não permitem a aplicação daquela sanção. Se não fosse assim, teríamos punição sem contraditório. Não é lícita a aplicação de qualquer punição processual sem que se dê oportunidade de o “possível punido” manifestar-se previamente, de modo a que seja possível, de alguma forma, influenciar no resultado da decisão. (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 79).

Resta assim, evidente que é na dosimetria de pena que a constitucionalização do processo penal encontra um dos ambientes mais inóspitos. A arbitrariedade quando da decisão sobre o *quantum* da pena, ante a ausência de contraditório prévio, obsta a sua democratização, colocando a valoração da pena em “local” à margem dos princípios constitucionais.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, elevou o contraditório a garantia fundamental do jurisdicionado. Logo, tanto o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40) quanto o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41), ainda que sejam legislações prévias a promulgação da Carta Magna, devem ser interpretados de forma a observar os preceitos instituídos por esta.

Não obstante, não é isto o que acontece na dosimetria de pena. Após o juízo condenatório, o réu resta impossibilitado de exercer o contraditório, não podendo participar e influir na dosagem da pena que lhe será atribuída. Situação que, conseqüentemente, impede seu acesso a outros direitos constitucionais que lhe são, em tese, garantidos, como a individualização da pena e ampla defesa.

É deste fato que surge a necessidade da aplicação do contraditório material à quantificação da pena, haja vista que como exposto, a simples ciência não é suficiente para garantir um processo justo. Sem a prévia manifestação das partes acerca da decisão, não há mérito sobre o qual o magistrado deva julgar.

3.1 Contraditório como garantia constitucional

Em seu texto, a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LV, inclui o direito ao contraditório aos direitos fundamentais do Estado brasileiro. Ainda no artigo 5º da Constituição, no §1º, a Carta Magna determina que as normas que definem os direitos ali elencados são de aplicação imediata (BRASIL, 1998).

Sob o regime democrático estabelecido pela Constituição Federal de 1988, o processo assume a função de instrumento pelo qual se efetiva a democracia. Para isto, este deve se dar de acordo com o devido processo legal, não apenas observando as normas processuais

infraconstitucionais, mas aplicando-o através de seu viés constitucional (THEODORO JR., 2010).

Apesar das mudanças e adaptações realizadas nos dispositivos legais penais brasileiros, haja vista o contexto histórico em que foram gerados, estes ainda possuem caráter totalitário e inquisitivo.

Sendo assim, ante as discrepantes diferenças entre os preceitos democráticos trazidos pela Constituição Federal de 1988 e os traços autoritários e inquisitivos das leis penais brasileiras editadas previamente, é preciso que o juiz interprete e ministre as leis sob uma ótica constitucional, assegurando que sejam efetivadas as garantias fundamentais em todas as fases processuais.

Diante dessa necessidade de constitucionalizar o processo, muito se discute sobre a importância da fundamentação da pena e seu papel como meio de garantir às partes o contraditório formal, ou seja, a ciência do porquê do quantum exato de sua pena. O tema é abordado por diversos doutrinadores, destacando a relevância desta para que as partes possam posteriormente se manifestar e se defender das razões ali expostas, ou atacá-las. Vejamos:

O juiz tem obrigação de motivar o exercício do poder discricionário que lhe foi conferido. É de mister que o julgador deixe dito como e porque chegou à fixação ou dosagem das penas que impôs na sentença; como e porque reduziu certa quantidade de pena e não outra; como e porque segue este caminho ou o outro distinto. (MOURA, 2008, p. 14).

Há nesta importância atribuída à fundamentação da pena uma notória e arrazoada preocupação com a efetivação do contraditório no processo. No entanto, esta se limita ao aspecto formal do princípio do contraditório. Ou seja, atenta-se quanto a ciência dos jurisdicionados acerca dos motivos que levaram a pena ao seu *quantum* final.

O que sem dúvidas é de muita relevância, haja vista que sem o respeito ao contraditório formal, restaria prejudicada a sua dimensão material. Todavia, pouco se debate sobre a origem e validade dos elementos que o juiz utiliza para fundamentar sua decisão. A mera exposição dos motivos que levaram a pena a ser cominada como fora, bem como, o fato de os critérios usados para aferi-la constarem todos nos autos, não são garantias da efetivação do contraditório.

É elementar ao processo que as decisões sejam proferidas a partir dos elementos constantes nos autos. Desta forma, não poderia o magistrado proferir juízo de valor acerca das circunstâncias judiciais, ou, mesmo optar por não o proferir alegando que não constam nos

autos elementos suficientes para sua valoração, sendo que sequer houve produção probatória para tal.

Em respeito ao devido processo legal e ao princípio do contraditório, sem a dilação probatória prévia, não há elementos aptos a fundamentar a cominação da pena, vez que para que seja proferida decisão, é preciso que antes o mérito desta tenha sido debatido entre as partes.

Nota-se que na maioria das discussões e estudos sobre o tema, é esquecido que para que seja efetivo o contraditório como garantia fundamental, é necessário que haja preocupação com sua aplicação não só em sua dimensão formal, mas também material, permitindo que as partes tragam ao processo provas e argumentos destinados a influir na dosagem da pena. E que sejam estes elementos realmente fatores aptos, válidos e capazes de modificar a valoração das circunstâncias judiciais.

Portanto, observa-se que para que seja garantido ao jurisdicionado o direito constitucional ao contraditório, é preciso interpretá-lo, e conseqüentemente aplicá-lo, de forma ampla, abrangendo todas as suas dimensões.

3.2 Contraditório material no Código de Processo Civil de 2015 e sua aplicação na dosimetria de pena

A reforma ocorrida em 1984 no código penal que estabeleceu o método trifásico de aplicação da pena, e posteriormente a Constituição Federal de 1988 ao instituir o contraditório como garantia fundamental, simbolizam um grande passo rumo a democratização do processo.

Entretanto, apesar do avanço consistente na previsão do direito ao contraditório como garantia fundamental, o contraditório continuava sendo interpretado apenas em sua dimensão formal. No entanto, alguns doutrinadores e estudiosos, a partir da previsão constitucional do princípio, já se posicionavam sobre a necessidade da aplicação também do contraditório dinâmico como forma de constitucionalizar o processo.

Humberto Theodoro (2010), antes mesmo de entrar em vigência o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), já previa o contraditório não mais como somente ciência e participação. O autor afirma, em seu artigo publicado ainda em 2010, que o contraditório moderno deve ser interpretado de forma ampla, sendo também concebido como garantia de influência sobre o provimento final, de forma a evitar assim decisões surpresa. Para ele, nesta concepção existe o dever de o juiz fomentar o debate prévio a qualquer decisão, ainda que se trate de questão em que é permitido ao magistrado decidir de ofício, não podendo este fundamentar suas decisões em elementos alheios aos previamente abordados (THEODORO

JR., 2010). No entanto, foi somente com o Código de Processo Civil de 2015 que esta dimensão do contraditório foi positivada.

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) inova ao, além de apresentar o contraditório em seu aspecto material, o impor como norma. O disposto legal, no capítulo 1, em seus artigos 9º e 10º, estabelece o contraditório como norma fundamental do processo civil. O que Código de Processo Civil faz, em síntese, é ultrapassar a concepção de princípio como meio de resolver conflitos e preencher lacunas legais, tornando-o também norma positivada, e conseqüentemente, de aplicação obrigatória. (OLIVEIRA, 1998).

O artigo 10º da Lei 13.105/15, ao impor que não pode o magistrado proferir decisão sem manifestação prévia das partes acerca desta, ainda que se trate de matéria que deva decidir de ofício, abrange o contraditório em todas as suas dimensões, conferindo ao processo um viés verdadeiramente constitucional e conseqüentemente democrático.

Subentende-se ao analisar o referido artigo que a validade da decisão não está amparada apenas na sua fundamentação, mas também no fato de terem sido os elementos usados nesta, produzidos em contraditório.

Sendo assim, haja vista ser o contraditório uma garantia fundamental constitucional, e diante da possibilidade de aplicação analógica do processo civil ao processo penal no que lhe couber, tem-se que é de suma importância que a percepção de contraditório apresentada no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) seja incorporada ao processo penal.

Desta maneira, se torna possível que a dosimetria da pena (aqui tratando-se especificamente da primeira fase), procedimento que até então não fora integralmente alcançado pelas garantias constitucionais, seja finalmente contemplado com o viés democrático que tanto se tenta incorporar ao processo.

Isto pois, é através do contraditório material que a valoração das circunstâncias judiciais se legitima. Em sua ausência, o procedimento previsto na primeira fase da dosimetria de pena resta prejudicado, vez que precisa usar de fatos e argumentos emprestados da fase de instrução do processo, cuja verdadeira destinação era a constatação da materialidade e autoria, ou da ausência destas.

Ou seja, os fatores considerados na primeira fase da dosimetria para quantificá-la foram produzidos na verdade com o intuito de influir na formação ou isenção da culpa quanto ao delito imputado ao réu, sequer se destinam ao fim nos quais são utilizados. O que evidentemente os torna insuficientes, ineficazes e não habilitados para valorar de forma devida

e justa as circunstâncias judiciais, uma vez que não foram gerados em prévio contraditório destinado a produzir elementos sob os quais se possa fundamentar o *quantum* da reprimenda.

Neste cenário, observa-se que o Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) inova ao positivar o contraditório sob esta nova ótica dinâmica, que embora já prevista por juristas e estudiosos, não possuía expressa previsão legal. Deste modo, reforçando a “necessidade de abandono das leituras paradigmaticamente incompatíveis com um horizonte democrático” (THEODORO JUNIOR, 2015a, p. 66).

Esta colocação do contraditório para além do princípio, agora como norma fundamental do processo, tem um grande e necessário impacto na esfera processual penal. Posto que, é assente nesta que se viabiliza a aplicação do contraditório dinâmico à dosimetria de pena, garantindo seu cunho democrático, e reduzindo a chance de o espaço discricionário destinado a dosagem da pena se tornar um hiato processual utilizado pelo magistrado para que arbitrariamente defina a medida das sanções que determinará, através, majoritariamente, de suas perspectivas e experiências pessoais.

3.3 Da necessidade e possibilidade de um espaço destinado ao contraditório prévio à dosimetria de pena

Em razão da ausência de momento específico para que as partes tragam aos autos argumentos destinados a influir na dosimetria da pena, é comum que as partes ao apresentarem suas alegações finais, tragam nesta pedidos já relativos à definição do *quantum* da pena.

Tal prática, apesar de usual, não se mostra correta. Ao realizar pedidos acerca da pena no instrumento legal cuja destinação é a de defender-se da acusação, viola-se a presunção de inocência. Para que seja discutida uma possível pena, é necessário deslocar o réu da posição de presumidamente inocente, para presumidamente culpado. O que por óbvio, é inconstitucional.

Há ainda os recursos, outro meio através do qual as partes fazem pedidos e questionamentos sobre a pena cominada ao réu, além de apresentar informações que podem alterá-la. A princípio, não há erro nesta prática, há previsão legal, isenta de violações à Constituição, quanto a interposição dos recursos. Todavia, não é este o meio mais correto e eficiente para arguir questões sobre a dosimetria da pena.

O contraditório, como expresso pelo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), deve ser prévio à decisão. É papel do juiz garantir que haja manifestação das partes acerca da decisão antes que ela seja prolatada, ainda que se trate de questão que deva decidir de ofício.

Isto pois, mesmo que lhe seja permitido agir de ofício, a decisão que proferirá deve estar fundamentada em elementos constantes no processo em obediência ao princípio de vedação da decisão-surpresa. Se não houve prévio contraditório, não há mérito a ser analisado, vez que não há fatos, elementos, provas ou alegações que possam fundamentar a decisão. Ou seja, é vedado ao magistrado realizar juízo de valor sobre o “nada”.

Desta forma “ao julgador incumbe o dever de primeiro consultar as partes para depois formar seu convencimento e, finalmente, decidir sobre qualquer ponto controvertido importante para a solução da causa, ou para o encaminhamento adequado do processo a seu fim” (THEODORO JÚNIOR, 2015b, p. 110).

Neste mesmo seguimento, Theodoro Júnior (2015a) afirma:

O direito de manifestação, que induz às partes a assunção de seu efetivo papel ativo durante o processo, se liga à garantia de fundamentação, ao exigir do juiz a análise de fatos e fundamentos discutidos previamente no processo. A manifestação deve se dar, em regra, antes da decisão. (THEODORO JÚNIOR, 2015a, p. 69).

Nesta senda, tanto as questões arguidas sobre as penas durante o processo, antes mesmo da sentença condenatória, quanto as arguidas já em grau de recurso, utilizam-se de instrumentos inadequados com o intuito de adentrar na parte do processo penal que os princípios constitucionais alcançam.

A primeira mostra-se inadequada em razão da clara violação ao princípio da presunção de inocência, já a segunda, em decorrência da previsão legislativa de que o contraditório deve ser prévio à decisão, bem como, por não ser o meio mais eficiente para alcançar os objetivos almejados. Como coerentemente aponta Theodoro Júnior (2015a):

Caso ocorra um debate profícuo para a formação das decisões, contraditório dinâmico, diminui-se o tempo do processo, eis que se diminuem os recursos, ou se reduz consideravelmente a chance de seu acatamento, viabilizando-se a utilização de decisões com executividade imediata. (THEODORO JÚNIOR, 2015a, p. 74)

Todavia, atualmente, estes são os únicos mecanismos encontrados pelas partes para apresentar argumentos e provas que poderão influenciar a quantidade de pena fixada.

No que concerne à aplicação do contraditório efetivo, Theodoro Júnior (2015a), defende que:

Torna-se imperativo, ao se pensar o sistema processual, a criação de mecanismos de fiscalidade ao exercício dos micropoderes exercidos ao longo do iter processual, além da criação de espaços de interação (participação) que viabilizem consensos procedimentais aptos a tornar viável, no ambiente real do debate processual, a

prolação de provimentos que representem o exercício de poder participativo, com atuação e influência de todos os envolvidos (THEODORO JÚNIOR, 2015^a, p. 67).

Consoante à assertiva supra e observando os fatos e argumentos neste trabalho já expostos, entende-se que a ausência deste espaço destinado ao contraditório é uma adversidade que assola também o processo penal.

Para que haja o direito à produção de provas, argumentos, e fatos que possam influenciar a dosimetria da pena, respeitando e aplicando os princípios constitucionais, é preciso que exista um espaço posterior a condenação e prévio à valoração das circunstâncias judiciais, garantindo o direito ao contraditório dinâmico e prévio à decisão.

Não existe previsão legal quanto a criação deste espaço, mas, considerando ser o contraditório direito constitucional fundamental, possuidor de lei que o defina (Código de Processo Civil), e, portanto, de eficácia imediata, infere-se, através da aplicação subsidiária do processo civil ao processo penal, que seria possível delegar tal encargo ao magistrado, atuando este como garantidor dos princípios constitucionais.

Afinado a este pensamento, Didier Júnior (2015) desenvolve:

O órgão julgador, com base nessa regra, pode intervir no processo promovendo o efetivo contraditório e, por consequência, a igualdade processual na sugestiva lição de Rafael Abreu, o juiz deve atuar para “neutralizar desigualdades” que possam afetar a atuação das partes e promover uma “equivalência de oportunidades” a todos os sujeitos processuais (...) O dever de zelar pelo efetivo contraditório pode servir como fundamento normativo de adequações atípicas do processo feitas pelo juiz sobre o princípio da adequação jurisdicional do processo. (DIDIER JR., 2015, p. 64).

Logo, vez que justificada a aplicabilidade do direito processual civil ao processo penal em razão de ser a concepção de contraditório positivada no Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), o instituto capaz de possibilitar a inserção dos direitos fundamentais constitucionais a uma fase do processo penal que até então restava marginalizada, a parte do processo de democratização sofrido pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da instauração do Estado Democrático de Direito.

Caberia então ao juiz, zelando pelo dever de garantir a aplicação dos princípios constitucionais ao processo penal, atuar para garantir o prévio contraditório a dosimetria de pena. De tal forma, geraria argumentos e provas idoneamente aptos a configurar a fundamentação da valoração das circunstâncias judiciais.

O que por sua vez, delimitaria as razões que o magistrado poderia utilizar para aferir o valor que dará a cada circunstância judicial, diminuindo assim a abrangência de elementos,

ou falta deles, sobre os quais a influência de opiniões e juízos pessoais eram utilizadas para valorar a pena.

Certo é que, a completa imparcialidade do julgador é utópica, ainda que dentro de um delimitado e reduzido espaço discricionário, o contexto por trás do juiz não deixa de existir e de influir em como ele irá analisar as provas e informações trazidas ao processo antes da cominação da pena, e com este fim.

Entretanto, tal medida, ainda preservando a discricionariiedade necessária à própria individualização da pena, teria potencial para reduzir a margem da discricionariiedade que é utilizada arbitrariamente pelos magistrados, que usualmente proferem decisões carregadas de juízos pessoais acerca do fato e do próprio agente do delito, sem que sequer as partes tenham se manifestado previamente. O que, conseqüentemente, evidencia que o juiz as fundamentou a partir de elementos emprestados da constatação de autoria e materialidade.

4 CONCLUSÃO

Para que haja real discricionariedade na primeira fase da dosimetria de pena, é necessário o contraditório antes de valorar as circunstâncias judiciais, utilizando como critério para configurá-las e sopesá-las elementos trazidos aos autos especificamente com esse fim, analisados propriamente para aferir a dosagem da pena.

É a partir da aplicação do contraditório dinâmico à valoração das circunstâncias judiciais que é possível vislumbrar a correta e efetiva individualização da pena, bem como, que é garantida a ampla defesa aos jurisdicionados.

Ocorre que, está ausência do contraditório dinâmico na valoração das circunstâncias judiciais, acaba por ocasionar, em certos momentos, a conversão da discricionariedade em arbitrariedade, permitindo que os magistrados fixem a quantidade de pena a partir de critérios pessoais e subjetivos, juízos de valor acerca do fato e do agente que não lhes cabe realizar, bem como, cria espaço para os julgadores utilizarem a própria individualização da pena como meio de aplicar políticas penais que acreditam ser corretas, desta forma conferindo aos juízes um poder que não lhe pertence. O que por conseguinte, leva a uma pena injusta.

A ausência do contraditório na primeira fase da dosimetria a perpassa, atingindo e infectando todo o restante do procedimento com sua inconstitucionalidade. A pena base é o ponto de partida para que sejam feitas as demais análises acerca da pena. Se esta não observa e aplica os preceitos constitucionais democráticos, todo o restante, por conseguinte, também não o fará.

Desta maneira, é notório o impacto da ausência do contraditório material na valoração das circunstâncias judiciais, uma vez que esta lacuna processual, que ainda não fora abarcada pelo direito constitucional e seus princípios, reflete em todo o restante da dosagem da reprimenda, chegando até a sua aplicação, fixação de regime e decisão pela substituição ou suspensão da pena.

Ante o exposto, entende-se que para que o direito penal se adeque aos princípios democráticos da Constituição Federal de 1988, é imprescindível a aplicação do contraditório, em todas as suas dimensões, previamente a valoração das circunstâncias judiciais, dando as partes a oportunidade de se manifestar sobre os critérios e elementos utilizados para valorá-las.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Ricardo Machado. **O Princípio do Contraditório na Aplicação do Precedente Judicial**: Um texto a ser interpretado. Pouso Alegre: FDSM, 2015.

ARAÚJO, Sergio Luiz Souza; CONEGUNDES, Karina Romualdo; ROSA, Margareth Abreu. A Natureza Jurídica do Processo e sua Essência: O Contraditório. **Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 86, n. 1, p.36-69, jun. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/676/508>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. A Fundamentação Substancial das Decisões Judiciais no Marco do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo - Repro**, [s.i.], v. 256, p.35-64, jun. 2016.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A Atual Crise do Processo Penal Brasileiro, Direitos Fundamentais e Garantias Processuais. **Duc In Altum - Cadernos de Direito**, [s.l.], v. 10, n. 21, p.05-35, 18 set. 2018. Faculdade Damas da Instrução Cristã. <http://dx.doi.org/10.22293/2179-507x.v10i21.716>. Disponível em: <<https://faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/716>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Atibaia: Ridendo Castigat Mores, 1764. Tradução Nelson Jahr Garcia

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

BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: Sua Análise na Dogmática e no Direito Penal Brasileiro. **Ciências Penais**, [s.i.], v. 1, p.171-184, dez. 2004.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23 de abril de 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23 de abril de 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 de novembro de 2019.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 de novembro de 2019.

BRAUN, Raquel Paioli. *A evolução histórica do sistema de aplicação da pena* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 11 nov 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43550/a-evolucao-historica-do-sistema-de-aplicacao-da-pena>. Acesso em: 11 nov 2019.

DIDIER JUNIOR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, vol. 1, parte geral: (arts. 1º a 120)** – 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal** – 21ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Salo da. Critérios para Cálculo da Pena-base: “Ponto de partida”, “Termo médio”, e Regras de Quantificação. **Revista dos Tribunais**, [s.i.], v. 978, p.173-194, abr. 2017.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias** – 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial** – 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, André de Abreu. **Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e individualização** – 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral (Arts. 1º ao 120)** – 3ª ed - Salvador: Juspodivm, 2015.

FRANCO, Marcelo Veiga. A Evolução do Contraditório: A superação da teoria do processo como relação jurídica e a insuficiência da teoria do processo como procedimento em simétrico contraditório. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, v. 22, n. 24, p.165-193, jan. 2012. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/11896/8465>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

GARCIA, Dionísio. As Circunstâncias Atenuantes e Agravantes continuam adstritas aos limites punitivos do tipo. **Doutrinas Essenciais do Direito Penal**, [s.i.], v. 4, p.281-284, out. 2010.

GIUBERTI, Glênio Puziol. O Diálogo entre o processo penal e o novo conceito de contraditório trazida pelo CPC/15 como tentativa de contenção de decisões penais surpresa quando da aplicação da *Emendatio Libelli*. **Revista dos Estudantes Direito Ufes**, Vitória, v. 1, n. 1, p.1-25, 28 jan. 2019. Disponível em: <[http://www.periodicos.ufes.br/?journal=redufes&page=article&op=view&path\[\]=23350](http://www.periodicos.ufes.br/?journal=redufes&page=article&op=view&path[]=23350)>. Acesso em: 11 nov. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal vol.1**-17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; Dias, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ISHIDA, Válter Kenji. A Reforma Processual Penal de 2008 e a modernização da Administração Pública. Uma análise de sua eficácia após mais de três anos de alterações legais do Código de Processo Penal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3267, 11 jun. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21969>. Acesso em: 1 dez. 2019

JACOKBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Org e Trad: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli.

LAMY, Marcelo. **Metodologia De Pesquisa Jurídica: Técnicas de investigação, argumentação e redação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Lima, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal** – 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional** – 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. O direito fundamental à individualização da pena: uma análise crítica a partir do princípio da proporcionalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s.i.], v. 118, p.93-121, fev. 2016.

MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. A reforma processual penal de 2008. Um ponto de avanço e um ponto de recuo, à luz da ampla defesa e do contraditório. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2177, 17 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13009>. Acesso em: 4 dez. 2019

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. Das funções da pena. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 108, jan 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620>. Acesso em abr 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A Garantia do Contraditório. **Revista da Faculdade de Direito Ufrgs**, [s.i.], v. 15, p.7-20, 1998.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de: **Curso de processo penal** - 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. - São Paulo: Atlas, 2014.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientações para elaboração de trabalhos**

científicos: projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias, relatório entre trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). 2. ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2016. Disponível em:<http://portal.pucminas.br/imagedb/documento/DOC_DSC_NOME_ARQUI20160217102425.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Teoria dos fins da pena: breve reflexões**. São Paulo: RT, *Revista Ciências Penais*, v.0, 2004, p.143.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello; LIMA, Rafael da Escóssia. A primeira fase da dosimetria penal: entre os dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade. **Revista Brasileira de Ciências Penais**, [s.i.], v. 136, p.15-33, out. 2017.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; MACHADO, Igor Suzano; SILVA, Klarissa Almeida. A reforma processual penal de 2008 e a efetivação dos direitos humanos do acusado. **Revista Direito Gv**, [s.l.], v. 8, n. 2, p.677-702, dez. 2012. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s1808-24322012000200012>.

ROCHA, Fernando Antonio N. Galvão da. A culpabilidade como fundamento da responsabilidade penal. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, S.I, v. 3, p.387-408, out. 2010.

ROMÃO, César Eduardo Lavoura. Individualização da pena: alguns apontamentos sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do código penal. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, [s.i.], v. 21, p.66-93, jun. 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Cálculo de pena e o dever de motivar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s.i.], v. 6, p.161-170, jun. 1994.

SILVA, Marcos Antônio Duarte. A dosimetria da pena sob a ótica de sua aplicação e a política criminal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 162, jul 2017. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19149&revista_caderno=3>. Acesso em abr 2019.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto; BARROS, Flaviane de Magalhães. A legitimação para agir e a participação da vítima nos processos penais brasileiro e português: uma análise comparativa a partir dos recentes movimentos de reformas. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 17, n. 2, p.539-576, dez. 2012. Fundacao Edson Queiroz. <http://dx.doi.org/10.5020/23172150.2012.p.539-576>. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2316>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a lei 11.900/09. Salvador: JusPodivm, 2014.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, [s.l.], v. 2, n. 1, p.64-71, 29

jun. 2010. UNISINOS - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos.
<http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2010.21.07>.

THEODORO JUNIOR, Humberto et al. **Novo CPC - Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015 a.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – **Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015 b.

THOMPSON, Augusto. A pena-crime arbitrária. **Doutrinas Essenciais do Direito Penal**, S. I., v. 4, p.165-167, out. 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – **Processo Penal vol. 1** – 34^a ed. rev. e de acordo com a Lei 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO. Sistema de Bibliotecas e Informação. **Guia para normalização bibliográfica de trabalhos acadêmicos**. Ouro Preto: UFOP, 2013. Disponível em: <<http://www.sisbin.ufop.br/download/guia.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

WITTE, Gisele. **O princípio do contraditório substancial e o novo código de processo civil**. 2015. 88 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Departamento de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

XAVIER, Pedro Henrique Soares May. Análise do sistema trifásico de aplicação da pena sob a ótica do princípio da individualização penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XXI, n. 170, mar 2018. Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20334&revista_caderno=3>. Acesso em abr 2019.