

A MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA NA APLICAÇÃO DA PENA (*)

Heleno Cláudio Fragoso

1. À aplicação da pena vem dedicando a Ciência Penal de nosso tempo crescente interesse, tanto na perspectiva do mais eficaz tratamento dos delinquentes, como no aspecto propriamente jurídico e dogmático, com a análise detida de inumerável quantidade de questões técnicas relacionadas com o exercício do poder discricionário que a lei confere ao magistrado.

Objeto destas notas não será o exame da aplicação da pena tendo em vista o que concerne ao tratamento do condenado¹. Vamos nos deter apenas na motivação da sentença ao aplicar a pena, tendo em vista a nossa recente experiência judiciária.

2. O sistema do livre convencimento, por um lado, e, por outro, a tendência do Direito Penal de nosso tempo no sentido da ampliação dos poderes discricionários do juiz, tornam mais grave e importante o dever de fundamentar a pena imposta, para excluir, tanto quanto seja possível, o arbítrio e o capricho do julgador, assegurando-se a aplicação da pena justa.

Orienta-se o Direito Penal de nosso tempo no sentido da realização da justiça material, ampliando-se, por isso mesmo, os poderes discricionários do juiz na verificação do merecimento concreto de pena². Em contrapartida, maior rigor deve haver na motivação da pena imposta.

¹ O assunto é importante e será examinado no próximo Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, que se realizará em Roma, em setembro próximo. Cf., a respeito, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 17, pág. 171 (“O Papel do tribunal na aplicação das penas”).

² Cf. HELMUTH v. WEBER, *Die richterliche Strafzumessung*, 1955, pág. 38.

3. Como ensina BETTIOL³, a sentença é fruto e resultado de uma delicada operação lógica que o juiz deve manifestar por escrito, a fim de que o raciocínio por ele seguido possa ser controlado sob o aspecto de sua impecalibilidade. A jurisdição é inteiramente ligada à motivação. A motivação, no que se refere ao fato, exige que o juiz, *referindo-se às provas recolhidas e valoradas*, deva exprimir as razões pelas quais um fato, nos seus elementos objetivos e subjetivos, essenciais ou acidentais, constitutivos ou impeditivos deva ou não considerar-se presente. A motivação, quanto ao direito, exige que o juiz deva exprimir o porquê de uma determinada escolha normativa e interpretativa.

Conclui o mestre italiano: *“Solo così l'imputato è posto in grado di conoscere e giudicare l'attività mentale del magistrato nella scelta e nella valutazione di ogni momento rilevante alla decisione; e solo così potranno essere individuati e indicati gli errori logici nei quali è caduto il giudice. Anche questa possibilità e che oggi l'ordinamento giuridico riconosce all'imputato è una delle garanzie predisposte dallo stato di diritto per la tutela della libertà individuali”*.

A motivação da sentença surge como conquista liberal e garantia do cidadão no Estado de Direito, a qual remonta à Revolução Francesa. Apareceu, por primeira vez, na lei de 8-9 de outubro de 1789, que impediu o juiz de usar a fórmula *“pour le cas résultant du procès”*.

A motivação da sentença é exigência de todas as legislações modernas, onde exerce, como diz FRANCO CORDEIRO, função de defesa do cidadão contra o arbítrio do juiz. De outra parte, a motivação constitui também garantia para o Estado, pois interessa a este que sua vontade superior seja exatamente aplicada e se administre corretamente a justiça. O juiz mesmo, protege-se, mediante o cumprimento da obrigação de motivar a sentença, contra a suspeita de arbitrariedade, de parcialidade ou de outra injustiça⁴.

³ BETTIOL, *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*, 1966, página 220.

⁴ FRANCO CORDERO, *Procedura Penale*, 1966, pág. 615; MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad., vol. IV, pág. 490.

A falta ou a contraditoriedade da motivação implica na nulidade da sentença, segundo a lição comum.

O art. 381, inciso III, do Cód. Proc. Penal, estabelece como requisito da sentença “*a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão*”, o que constitui formalidade essencial, cuja falta induz em nulidade (art. 564, inciso IV, do Código de Processo Penal).

Por isso, NUVOLONE assinala que “o controle da motivação por parte do juiz da impugnação torna-se um problema de garantias e, pois, *lato sensu*, de legalidade; de modo que se compreende como em alguns ordenamentos (entre eles o italiano), a Corte de Cassação se arroga o dever de controlar não só a existência, mas também a *logicidade da motivação*”.

Trata-se de controlar não apenas as fontes do convencimento, mas a *coerência* do estado psíquico do juiz no corpo da sentença⁵.

Falta de motivação significa ausência de motivação, que deve ser entendida também, como afirma o excelente LEONE⁶, no aspecto lógico. Ensina o grande mestre da Universidade de Roma, que “*Qualunque momento della indagine suscettibile di valutazione propria assume una sua individualità ai fini dell’obbligo della motivazione. In sostanza, la motivazione deve toccare tutti i punti della decisione e, nell’ambito di ciascun punto, tutti i profili che abbiano dato o avrebbero dovuto dar luogo ad accertamento*”.

A lição é clara: todos os momentos da investigação, suscetíveis de valoração própria assumem individualidade própria para os fins da obrigação de motivar. *A motivação deve referir-se a todos os pontos da decisão, e no âmbito de cada ponto, a todos os aspectos que deram ou poderiam ter dado lugar à verificação.*

⁵ SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, 1940, pág. 12.

⁶ LEONE, *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*, 1965, vol. II, pág. 349.

Resumindo o entendimento comum, BELLAVISTA⁷ ensina que a falta de motivação que legitima a anulação da sentença, ocorre em três situações: 1. quando o juiz omite as razões de seu convencimento; 2. quando as tenha indicado incorrendo em evidente erro lógico-jurídico, de modo a que as premissas em que a decisão se funda possam considerar-se *tanquam non esset* (falta de motivação intrínseca); 3. quando, apresentando-se em seu contexto motivada, tenha omitido exame de um fato decisivo para o juízo, de tal modo que leve a crer que, se o juiz o tivesse examinado, teria chegado a diversa decisão (falta de motivação extrínseca).

Convém ressaltar que *não há motivação sem referência aos elementos de prova relativos aos pontos fundamentais da causa*. É perfeita a observação de RICARDO C. NÚÑEZ⁸: “*Em relación a las conclusiones de hecho de la sentencia, para llenar su obligación de motivarlas (fundarlas), el juez debe comenzar por enunciar los elementos probatorios que justifican cada una de esas conclusiones de hecho. No le bastaría decir: está probado que Juan murió. Es preciso que sustente esa afirmación em elementos probatorios. La motivación debe ser sobre todos y cada uno de los presupuestos de la decisión; debe ser, em una palabra, completa*”.

É nula também a sentença cuja motivação se apresenta *contraditória*.

A motivação é causal com respeito ao dispositivo da sentença, expressando o processo lógico em que se exterioriza o raciocínio do magistrado⁹.

Diz bem CARNELUTTI¹⁰ que “a resolução representa o *epílogo* da decisão, e se denomina dispositivo, enquanto que o pensamento do julgador anterior representa o seu *prólogo*, denominando-se motivação”. Constitui, assim, a sentença, um desenvolvimento lógico, que conduz à resolução, e isso porque “a sentença não pode ser um ato de fé, mas um documento de convicção raciocinada”¹¹. A existência da

⁷ BELLAVISTA, *Lezioni di Diritto Processuale Penale*, 1965, página 308.

⁸ RICARDO C. NÚÑEZ, *El contralor de las sentencias de los tribunales de juicio por via de la casación*, no volume *Temas de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal*, 1958, pág. 85.

⁹ A motivação contraditória é nula, porque, como afirma CAVALLO (*La sentenza penale*, 1936, pág. 372), “*toglie valore al requisito perchè contine in sè la sua propria negazione*”).

¹⁰ CARNELUTTI, *Principi del Processo Penale*, 1960, pág. 253.

¹¹ FLORIAN, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad., 1934, pág. 400.

motivação visa a tornar possível o controle sobre o processo lógico mediante o qual o juiz chegou à conclusão.

São contraditórias, em suma, as declarações inconciliáveis, lógica ou juridicamente.

São numerosas as decisões de nossos tribunais declarando a nulidade de sentenças condenatórias, por falta de fundamentação. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal em diversos julgados, tem anulado sentenças, por falta de nexos ou contradição entre os fundamentos e a conclusão. Veja-se, por exemplo, a decisão proferida no h.c. 44.070, relator o eminente Min. ADAUTO CARDOSO, em que se afirmou a nulidade, por falta de nexos, entre as premissas e a conclusão¹². No h.c. 42.998, relator o ilustre Min. EVANDRO LINS E SILVA, a 1ª Turma anulou sentença condenatória por contradição entre seus fundamentos e a conclusão¹³. A sentença deve apresentar, iniludivelmente, uma estrutura lógica, devendo haver correspondência entre a significação jurídica das provas que o juiz articula como elementos de convicção e as conclusões.

4. Por outro lado, é nula a sentença omissa ou contraditória na fundamentação da pena imposta, não bastando, de forma alguma, a simples referência genérica ao art. 42 do Cód. Penal. Como diz, com muita propriedade SCHRÖDER,¹⁴ não apenas o *se* mas o *como* da pena devem ser constitucionalmente fixados. LOTHAR SCHMIDT¹⁵ desenvolve a mesma idéia ao afirmar que “o acusado tem não apenas o direito de saber porque é punido, como também o direito de saber porque recebe *esta* pena”.

Confere a lei ao juiz poder discricionário para que ele possa atender às exigências da adequação da pena que defluem dos valores estabelecidos pelo

¹² *Rev. Trim. Jurispr.*, 41/545.

¹³ *Rev. Trim. Jurispr.*, 36/302.

¹⁴ SCHRÖDER, *Gesetzliche und richterliche Strafzumessung*, Mezger Festschrift, 1954, pág. 419.

¹⁵ LOTHAR SCHMIDT, *Die Strafzumessung*, in *Materialen zur Strafrechtsreform*, 1954, pág. 104: “*Der Angeklagte hat nicht nur ein Recht zu erfahren, warum er bestraft wurde, sondern auch ein Recht zu wissen warum er diese strafe erhielt*”.

ordenamento jurídico. De um modo geral, a discricionariedade, significa sempre, como ensina FRANCO BRÍCOLA “*il rinvio del legislatore al caso concreto come única fonte idonea ad esprimere quella significatività di valore che è piú consona al raggiungimento delle finalità normative*”.

Não há aqui um poder arbitrário e o juiz não pode fixar a pena a seu capricho. E é o mesmo BRÍCOLA que assinala que “*il dovere di motivazione*” constitui “*la piú efficace garanzia per un regolare esercizio del potere discrezionale*”, de tal modo que uma simples referência genérica aos critérios do art. 133 do Cód. Italiano (correspondente ao art. 42 do Cód. Brasileiro), terminaria por reduzir a discricionariedade a um *merum arbitrium*. A motivação é o diafragma que separa o poder discricionário do arbítrio¹⁶.

Evoluiu, nesse aspecto, o Direito Penal de forma notável, a partir da concepção mecanicista da atividade judicial, de que era exemplo o Código Penal francês, de 1791, com o sistema de tarifas, que significava a aplicação automática das únicas sanções previstas na Lei. Por largo tempo desenvolveu-a a doutrina no sentido da individualização da pena, com vigoroso impulso da Escola Positiva, retomando, aliás, antigas lições. E, nas leis penais, com a cominação das penas com maior amplitude, surgiram as fórmulas gerais sobre a aplicação da pena, como a do art. 133 do Código Penal italiano, a que corresponde o art. 42 de nosso Código. Pela sua importância e significação, BETTIOL chama a estas últimas de “*polmone della legislazione penale*”.

Busca-se assim subtrair sempre mais a cominação da pena, como ensina FOSCHINI¹⁷ “*ad um insindacabile impulso emozionale*”, para que a consideração do fato concreto e da personalidade do agente, corrigindo a amplitude da cominação legal, impeçam que a pena imposta seja substancialmente injusta, embora dentro dos limites previstos em lei.

¹⁶ FRANCO BRÍCOLA, *La discrezionalità nel Diritto Penale*, 1965, pág. 5, 7 e 143.

¹⁷ FOSCHINI, *Misura della pena*, no volume *Reati e pene*, 1960, pág. 186.

A liberdade do juiz na fixação da pena é, assim, aparente, pois ele não tem o direito, mas o *dever* de escolher a decisão que melhor se adapte ao caso¹⁸.

5. É unânime na doutrina o repúdio à simples referência genérica ao art. 42 do Código Penal, que os juízes geralmente fazem, ao fixar a pena. A fórmula geralmente usada (“atendendo ao disposto no art. 42...”) demonstra em regra a displicência dos magistrados e o desconhecimento de seus delicados deveres na aplicação da pena. A sentença em que a pena é fixada com tal fórmula é nula por ausência de motivação¹⁹

Diz o nosso JOSÉ FREDERICO MARQUES²⁰: “Para que sua atuação possa ser apreciada e se tenha assim uma demonstração de como usou do *arbitrium* que a lei lhe outorgou na aplicação da pena, cumpre ao magistrado, em sua sentença, fundamentar e motivar a orientação que seguiu. Ao graduar a sanção penal tem o juiz de dar conta, na sentença condenatória, dos motivos que o levaram a fixá-la no *quantum* expresso na parte dispositiva do julgado, *sob pena de ser nulo o seu pronunciamento*”.

LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELO²¹ é de rara precisão ao afirmar: “A defesa e a acusação têm o direito de saber por que caminhos e com que fundamentos de fato e de direito o juiz chegou à fixação da pena concreta ou definitiva. Esconder esses caminhos é cercear a defesa ou desarmar a acusação. É dificultar ou impossibilitar a fundamentação dos recursos das partes e o ataque lógico e jurídico às injustiças da sentença. *As sentenças penais devem ser de motivação transparente*, para incutirem no povo respeito e admiração pela justiça e confiança na retidão e segurança de seus juízes”.

¹⁸ GÜNTER WANDA, *Die richterliche Strafzumessung*, 1955, página 38. Na doutrina alemã, muitos reconhecem, no entanto, certa esfera de livre apreciação em que a atividade do juiz é dirigida essencialmente por sua sensibilidade jurídica e seu espírito de Justiça. É a *freie Raum*, de que fala KARL PETERS, *Strafprozess, ein Lehrbuch*, 1966, pág. 569, e, basicamente, a famosa *Spielraumtheorie*. Veja-se sobre o assunto o excelente tratado de HANS-JURGEN BURNS, *Strafzumessungsrecht*, 1967, págs. 567 e seguintes.

¹⁹ BELLAVISTA, ob. cit., pág. 36, pronunciando-se nesse sentido, alude a “*formulete pigre*”.

²⁰ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado*, vol. III, pág. 253.

²¹ LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELLO, *Da Capitulação dos Crimes e da Fixação das Penas*, 1963, pág. 121.

ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS²² afirma, igualmente, a nulidade da sentença, *se o juiz desatende à necessidade de fundamentar as razões de escolha da pena ou sanção aplicada*, bem como a quantidade, ou seja, o tempo de duração.

O art. 132 do Cód. Penal italiano expressamente estabelece que o juiz deve aplicar a pena discricionariamente, nos limites fixados pela lei, acrescentando: “*esso deve indicare i motivi che giustificano l’uso di tal potere discrezionale*”. A ausência ou a contraditoriedade da motivação conduzem à nulidade da sentença, o que ocorre também quando o juiz se serve de parâmetros diversos daqueles fixados pela lei para a escolha da pena. O *quantum* da pena não pode atender a critérios estranhos, sob pena de verificar-se *erros in iudicando*²³.

O dever de motivar a medida da pena é expressamente consignado no art. 79, inciso 4 do Código grego. O projeto português de EDUARDO CORREIA, no art. 86 parágrafo único, igualmente dispõe: “Na sentença devem ser expressamente referidos os fundamentos da medida da pena”²⁴.

A expressa referência na lei evitaria a benevolência indevida de alguns tribunais.

São numerosas as decisões do Supremo Tribunal Federal concessivas de *habeas corpus* para anular sentenças que não fundamentam a fixação da pena, quando aplicada acima do mínimo legal. Podemos invocar as decisões proferidas nos h.c. 39.903 (*D.J.* 22-8-64, pág. 2699); 42.081 (*D.J.* 23-6-65, pág. 1515) e 42.741 (*Rev. Trim. Jurispr.*, 36/27). Nessa última decisão (Tribunal Pleno, unânime) afirmou o Min. VICTOR NUNES: “Concedo a ordem para anular o acórdão impugnado, por falta de fundamentação da pena. A pena *in abstracto* é de um a cinco anos, e foi fixada em dois anos. Portanto, o Tribunal há de ter levado em conta circunstâncias que não mencionou e que deveria ter indicado, nos termos do art. 42 do C. Penal”.

²² ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, *Lineamentos do Direito Processual Penal Brasileiro*, 1967, vol. II, pág. 582.

²³ Cf. BRÍCOLA, ob. cit., págs. 105, 108 e 144.

²⁴ O art. 48 do anteprojeto HUNGRI, em sua redação definitiva, deveria incluir disposição semelhante.

No mesmo sentido, o STF decidiu no h.c. 42.470 (*Rev. Trim. Jurispr.*, 36/126), relativo o eminente Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, anulando a sentença em caso de sedução, porque “não diz porque a pena deve ser de dois anos e meio. Então o juiz passa a apreciar as provas e não dá os motivos pelos quais a pena é de dois anos e meio”.

É antiga a jurisprudência no sentido da anulação da sentença que não justifica a graduação da pena²⁵.

O T.J. do antigo Distrito Federal, por sua 2ª Câmara Criminal, de que então fazia parte mestre NELSON HUNGRIA, assentou, de forma lapidar: “Consoante vários e reiterados julgados das egrégias Câmaras deste Tribunal, não basta que o juiz, entendendo provados o crime e a responsabilidade dos acusados, a estes aplique, arbitrariamente, certas doses de pena, entre os limites estatuídos nos dispositivos do Cód. Penal em que ditos acusados hajam incorrido; *é de mister que o julgador deixe dito como e por que chegou à fixação ou dosagem das penas que impôs na sentença.*

Não tendo ele arbítrio absoluto na escolha da pena, quando a lei estabelece duas alternadamente, não o tem, ainda, relativamente à fixação do *quantum* de uma ou de ambas, *cumprindo-lhe ao contrário deixar clara e discriminadamente expressos quais os motivos que o levaram ao resultado final nela consignado*, pois isto é o que constitui a individualização da pena, com o emprego dos meios e critérios indicados nos artigos 42, 43 a 48 e 50 do Cód. Penal” (*Arq. Jud.*, 73/444).

O eminente Min. OROSIMBO NONATO, no no julgamento do h.c. 28.427, afirmou: “A graduação da pena, no antigo regime, fazia-se mediante critério predeterminado; no atual sistema o mesmo não ocorre Mas dentro da liberdade do juiz, deve ele denunciar os motivos da graduação da pena, *sem o que não há sentença*; há, apenas, a parte dispositiva da sentença, sem a fundamentação, no caso indispensável,

²⁵ Cf. *Arq. Jud.*, 63/440; 63/360; 64/211; 65/327; 65/254.

Veja-se também HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, nº 22.

pois a parte dispositiva há de guardar com ela estreita ligação... *Se o juiz não mostrou as razões por que graduou a pena, é nula a sentença, ao que me parece*”²⁶.

Caso mais recente tivemos no h.c. 44.207, julgado pela 1ª Turma do STF, relator o ilustre Min. DJACI FALCÃO.

Fora o paciente condenado por sentença cuja motivação era a seguinte: “Isso posto: a verelia deixou a acusação sem contestação. Julgo procedente a denúncia e condeno o réu como incurso no dispositivo já mencionado, às penas de dois anos de reclusão e multa de 500 cruzeiros”. Trata-se de apropriação indébita qualificada (art. 168, parágrafo único, III, do Código Penal).

A pena cominada para o fato descrito na denúncia era de 1 a 4 anos de reclusão, aumentada de um terço. O mínimo seria, para a forma qualificada, um ano e quatro meses.

Contra o voto do ilustre Des. CRISTOVAM BREINER, a 3ª Câmara Criminal do T.J. da Guanabara havia denegado o h.c., entendendo que “a sentença de maneira muito resumida, mas expressa e clara, deu a razão de decidir”. O Des. BREINER, concedendo a ordem, salientou ser “flagrante a insuficiência, pelo menos, da motivação. Acusado, devia ver as razões da procedência da acusação e não condenado por um motivo negativo, qual o de se não ter apresentado para defender-se”.

O STF deu provimento unanimemente ao recurso interposto. Em seu voto, afirmou o eminente relator: “Não há no caso uma sentença com fundamentação lacônica, ou de deficiente, mas uma decisão que se ressent de motivação. Há falta absoluta de motivação, requisito substancial à sua validade (inc. III, do art. 381 Cód. Proc. Penal). Por outro lado, nem de modo sucinto, o juiz indicou as circunstâncias em que se baseou para fixar a pena. Posto à margem foi o mandamento, da

²⁶ *Arq. Jud.*, 69/308.

individualização (art. 42 Cód. Penal). Nula é a sentença, pela absoluta falta de fundamentação inclusive no fixar a pena (artigo 564, inc. IV Cód. Proc. Penal)”²⁷.

A correção do julgado é evidente. Estávamos diante de autêntica sentença suicida.

O TRF não discrepa de tal orientação constante, como se pode ver pela decisão proferida no h.c. 1281, relator o eminente Min. ANTONIO NEDER. Em tal julgado, o tribunal anulou a sentença, entre outros motivos, porque não fundamentou a aplicação da pena. Em seu voto, afirmou o ilustre relator: “Na sentença o juiz deve considerar concretamente cada um dos elementos referidos nos arts. 42 e 43 do Cód. Penal, e apreciar cada um deles para o efeito de fixar a pena-base. É princípio esse que constitui conquista do Direito Penal moderno. Todos sabemos que a pena deve ser individualizada, isto é, fixada de maneira objetiva, concreta, e não abstrata, como se fazia ao tempo dos clássicos. As indicações para fixar a quantidade justa, proporcional, estão no art. 42 do Cod. Penal. *A sentença deve ser fundamentada, inclusive no tocante à fixação individualizadora da pena.* No caso, o M.M. Dr. Juiz não atendeu ao que expressa o art. 387, II, do Cód. Proc. Penal, e fixou a quantidade da pena segundo um critério subjetivo, sem considerar, como lhe cumpria, os antecedentes e a personalidade do acusado, a intensidade do dolo, os motivos e conseqüências do crime”²⁸.

7. A nulidade da sentença por falta de fixação da pena-base, quando ocorrem causas de aumento de pena, é uma das orientações mais constantes de nossos tribunais²⁹.

Nem sempre é, no entanto, muito claro o que se deve entender por *pena-base*, que se afirma ser indispensável fixar quando a pena deve ser acrescida de *quantum* determinado.

²⁷ *Rev. Trim. Jurispr.*, 43/305.

²⁸ *TFR Jurispr.*, 9/81.

²⁹ Cf. HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, números 18 a 20.

No h.c. 43.693, da 1ª Turma, consta do voto do eminente relator, o Min. EVANDRO LINS E SILVA, o entendimento prevalente: “Só há necessidade de uma expressa referência à pena base quando essa há de sofrer acréscimo ou diminuição pela interferência de atenuantes ou agravantes legais. Quando não haja, como no caso, agravantes ou atenuantes obrigatórias a considerar, não há que falar em pena-base, pois esta é a que deveria resultar do complexo das chamadas circunstâncias judiciais arroladas no art. 42 e se identificaria assim com a pena fixada”³⁰.

Todavia, no h.c. 43.857, da mesma turma, funcionando o mesmo ilustre relator, seguiu-se entendimento diverso. No caso, o juiz deixara de fixar a pena-base, tratando-se de lesão corporal grave, ocorrendo a agravante do art. 44, II, *f*. Considerou o juiz todas as circunstâncias judiciais e os demais elementos do art. 42, e, ainda, a agravante legal, chamando de pena-base o *quantum* que não determinou. Nessa decisão, entendeu a Turma que a pena-base deve ser fixada compreendendo já as circunstâncias legais, de tal forma que só restariam a considerar as causas especiais de aumento ou diminuição, previstas na Parte Geral ou na Parte Especial³¹.

Parece-nos que a primeira orientação é que é a correta. O que se pretende é levar o juiz à exata motivação do *quantum* da pena aplicada, reconhecendo nisso um elemento de garantia para o condenado. O juiz deve demonstrar como chegou à pena finalmente imposta. Ora, se existem elementos de agravação ou atenuação obrigatórios, que são as circunstâncias legais, não há dúvida de que tais elementos devem incidir sobre a pena que o juiz aplicaria à sua falta. Essa é a chamada pena-base.

A verdadeira dosimetria constante da Parte Especial de nosso Código, com as numerosas causas de aumento de pena, em quantidade ora fixa ora determinada entre certos limites, constitui critério anacrônico, que deve ser abandonado em favor de disposições regulativas gerais, que orientem o juiz na fixação da pena justa. A preocupação constante da doutrina moderna com a aplicação da pena em vista da recuperação social do delinqüente por outro lado, compromete o verdadeiro sistema de tabelas que nossa legislação ainda apresenta em muitos delitos.

³⁰ *Rev. Trim. Jurispr.*, 40/324.

³¹ *Rev. Trim. Jurispr.* 40/329.

8. Do que ficou exposto se verifica que a fixação da pena é questão de legalidade e se compreende porque o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, tenha reduzido, através de *habeas corpus*, a pena ilegalmente imposta. No h.c. 38.862, relator o Min. PEDRO CHAVES, afirmou o E. Tribunal que “quando a errônea graduação da pena decorre de evidente má aplicação da lei, a matéria é de direito e pode ser conhecida em processo de *habeas corpus*” (D.J., 11-6-64)³².

9. Lamentável é que os processos geralmente pouco esclareçam sobre a personalidade do acusado. O relatório sobre a vida pregressa, elaborado pela autoridade policial ou é peça absolutamente inútil ou de duvidosa veracidade. Os atestados que a defesa costuma trazer aos autos são prova unilateral e geralmente comprometida.

Daí a preocupação com o exame da personalidade do acusado, introduzido no art. 81 do Código de Processo Penal francês, tendente a proporcionar ao julgador elementos mais seguros para a fixação da pena. No direito inglês e no direito federal americano, o processo em duas fases introduz um hiato entre a condenação e a fixação da pena, precisamente para permitir que, após a condenação, venham ao juiz os elementos de informação sobre a pessoa do acusado de modo a permitir a aplicação da pena mais adequada³³.

Como é óbvio, a informação mais ou menos precisa de que o magistrado disponha não afeta os aspectos de garantia e legalidade que a motivação impõe, como elemento inseparável do exercício da atividade jurisdicional.

³² Veja-se o h.c. 43.613, relator o ilustre Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA (*Rev. Trim. Jurispr.*, 39/529), em que se reduziu a pena ao mínimo. Podemos também invocar a decisão proferida no h.c. 43.801, relator Min. ALIOMAR BALEEIRO, em que se reduziu a pena ao mínimo, num caso de estelionato (*Rev. Trim. Jurispr.*, 42/26), bem como a decisão no h.c. 43.834, relator Min. ADALÍCIO NOGUEIRA, proferida num caso de desacato, em que a pena de prisão foi convertida em multa (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41/615). Cf. também HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, nº 334.

³³ Sobre o exame da personalidade do acusado no processo penal, cf. *Premier Cours International de Criminologie*, Paris, 15 de setembro a 24 de outubro de 1952, *L'examen médico-psychologique et social des délinquants*; VIII Journées de Défense Sociale, Paris, 16-17 de junho de 1960, *Revue de Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1960, págs. 595 e segs. (veja-se a nota do saudoso HERZOG sobre o tema, à pág. 702 do mesmo volume); ALIPIO SILVEIRA, *O exame bio-psico-social na Justiça Penal*, *Revista Bras. Crim. Dir. Penal*, nº 11, pág. 119.

(*) Texto integral e original do artigo publicado na *Revista de Direito do Ministério Público da Guanabara*, n.º 08, 1969.