

A OBRIGATORIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE APRESENTAR PROVAS DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PARA A APLICAÇÃO DA PENA.

Tatiane Colombo

I – Introdução

Antes de adentrar especificamente no tema, necessário se faz tratar da origem da perda da liberdade, uma vez que o direito a liberdade aparece insculpido nos tratados internacionais que refletem nas legislações dos países e a sua perda somente se dá com a caracterização de fatos objetivos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem trouxe o compromisso dos governos signatários juntamente com seus povos ao efetivo cumprimento dos direitos humanos, tendo desta forma influenciado muitas constituições nacionais desde 1948, também serviu de fundamentos para serem firmados outros tratados e leis internacionais, enfim tudo que se relacione com a promoção e proteção dos direitos humanos.

Um dos pactos originados foi o Pacto de San Jose da Costa Rica, também recepcionado pela atual Carta Magna Brasileira, que consagra diversos direitos civis e políticos, entre outros: o direito à liberdade pessoal e garantias judiciais.

A Constituição Federal em seu preâmbulo assim dispõe:

“a Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

O direito à liberdade é a regra, assegurado pela Carta Magna, assim como, pelos

tratados e convenções dos quais somos signatários.

Desta forma, utilizando-se do que a própria Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, no item que trata do Crime, terá que:

“o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de participar do ato ou abster-se de fazê-lo”.

Então com um ato típico, antijurídico e culpável, deverá, por meio do procedimento penal, observando os princípios processuais penal, tem-se gerado uma condenação da qual implicará, nas circunstâncias normais, a aplicação da pena.

Em 07 de dezembro de 1940, por meio de Decreto, foi criada a Lei 2.848 – Código Penal e em 11 de julho de 1984, teve sua maior reforma, quando foi publicada a Lei 7.209. Dentre as formas, veio o instituto da aplicação da pena, tornando possível e obrigatória a individualização da pena sobre critérios mais abrangentes e precisos, levando em consideração os limites estabelecidos pela norma penal, oferecendo ao *arbitrium iudices*, variada gama de opções para que, em determinadas circunstâncias, poderá envolver o tipo de sanção a ser aplicada.

II – O ônus do Ministério Público na produção de provas na ação penal.

O tema a ser discutido, nesta oportunidade, é o dever de constituição de prova pelo titular da ação penal, o que possibilitaria adequada individualização da pena, através de sua dosimetria, com a análise circunstâncias judiciais e legais, observando as peculiaridades de cada crime.

Nesta esteira, a participação do Ministério Público é de fundamental importância, já que no procedimento penal, ele opera como titular da ação penal e ainda, como fiscal da Lei.

No período pré-colonial, o Brasil não tinha o Ministério Público como uma instituição. As primeiras aparições da figura do Ministério Público no Brasil se deu em 1521, quando as Ordenações Manuelinas, que fiscalizavam o cumprimento e execução da lei

juntamente com os Procuradores dos Feitos do Rei, faz menção à figura do promotor de justiça, que, segundo documentos, deveria ser alguém letrado e bem entendido para saber espertar e alegar as causas e razões para clareza da justiça e inteira conservação da mesma.

Mas somente em 1988, a Constituição Federal do Brasil, fez menção expressa do Ministério Público no capítulo “Das funções essenciais à justiça”, definindo as funções institucionais, as garantias e as vedações de seus membros.

Além da Constituição Federal de 1988, a lei 8.625/93 e a Lei complementar 75/1993, dispõem sobre a organização e as atribuições da instituição ministerial.

Na seara penal, a figura do Ministério Público é essencial para a aplicação da lei penal, vez que ele, além de ser titular da ação penal, nos casos previstos em lei, também atua como fiscal da lei.

Para que se alcance a finalidade da ação penal, faz necessário que o Ministério Público, como titular da ação penal, forneça ao juiz, todos os elementos necessários para aplicação da pena na medida justa e, neste caso, ela deverá ser individualizada, cumprindo com o que determina o artigo 5º, XLVI da Constituição Federal de 1988.

No Brasil, aplica-se o sistema trifásico, metodologia jurídica em que as circunstâncias judiciais são utilizadas para aferir a pena base, de modo que são sopesados os dados subjetivos e/ou objetivos que compreendem o fato delituoso em julgamento, podendo ser agravada ou atenuada a penalidade, observando sua tipificação, bem como causas gerais de aumento e diminuição da pena, localizadas na Parte Geral do Código Penal e causas especiais de aumento e diminuição localizadas nas Partes Especiais do Código Penal.

Não se devem confundir as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, que são extraídas de dados fáticos produzidos nos autos para fixação da pena base, com as circunstancia judiciais legais.

A fixação da pena tem seu início, nos limites preestabelecidos pelo legislador, no Artigo 59 do Código Penal.

“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).”

A intenção do legislador foi permitir ao magistrado, dentro das peculiaridades do caso concreto, aplicar a lei penal, para que surta os efeitos desejados pela Lei Penal. Neste seara, as circunstâncias judiciais se mostra uma ferramenta para que o julgador, embasado nas provas colhidas nos autos, aplique a lei penal, no caso, a pena. A jurisprudência exemplifica a importância deste artigo e desta fase da aplicação da sanção:

“APELAÇÃO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ESTUPRO. REFAZIMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA QUE FOI ANULADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCURSO MATERIAL ENTRE OS CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME ÚNICO. JUÍZO DE REPROVABILIDADE MAIOR. GRADAÇÃO NA DOSIMETRIA DA PENA. PRECEDENTES. REGIME FECHADO. PROGRESSÃO DE REGIME EM 1/6, UMA VEZ QUE OS FATOS FORAM PRATICADOS ANTES DO ADVENTO DA LEI N. 11.464/07. PRESCRIÇÃO. 1. A dosimetria da pena do v. Acórdão, que julgou o recurso de apelação do réu, foi anulado por decisão do Superior Tribunal de Justiça, sob o entendimento de que a prática de crimes de estupro e atentado violento ao pudor, dentro de um mesmo contexto fático, é crime único, impossibilitando a aplicação da regra do concurso material de crimes. Determinação para realização de nova dosimetria da pena. 2. Após a infeliz alteração legislativa promovida pela Lei n. 12.015/09, apenas houve a mudança do nome do crime praticado pelo réu e da respectiva tipificação legal, a conduta ativa "constranger alguém, mediante

violência ou grave ameaça, a praticar e permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal" encontra-se subsumida no conceito jurídico de "outro ato libidinoso", previsto no atual art. 213, "caput", do Código Penal, o que para nada interessa, porque ele se defendeu dos fatos narrados na denúncia, que continuaram típicos e antijurídicos após a mudança penal, apenas com nova roupagem, inalterada a pena. Em verdade, com a nova redação do art. 213, "caput", do Código Penal, o legislador optou por um preceito penal misto, que a doutrina classificou como crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, cuja consumação se dá pela prática alternativa de qualquer um dos atos descritos em seu núcleo. Deste modo, independentemente do número de atos praticados pelo agente, ele responderá apenas pela prática de um único crime, impedindo o reconhecimento do concurso material. Nesse caso, ao proceder à dosimetria da pena, caberá ao julgador distinguir uma situação da outra, punindo mais severamente aquele que pratique mais de uma ação integrante do tipo penal. É dizer: a celeuma será resolvida nos termos do art. 59, "caput", do Código Penal, à luz das circunstâncias judiciais. Assim, haverá maior reprovabilidade da conduta (juízo da culpabilidade) quando o agente constranger a vítima à conjunção carnal e, também, a outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Precedentes do TJSP e do STJ. 3. Refazimento da dosimetria da pena. 4. Manutenção do regime fechado, mercê da pena final do réu e do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Inteligência do art. 33, § 2º, a e do art. 33, § 3º, ambos do Código Penal. Inolvidável, por outro lado, a natureza hedionda do crime de estupro, também a justificar o regime prisional inicial fechado, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. 5. Para os fatos cometidos antes da promulgação da Lei n. 11.464/07, tal como ocorre com o caso em análise, uma vez que o crime praticado pelo réu ocorreu no dia 22 de agosto de 2002, a progressão de regime será a de 1/6, interpretação essa em benefício do réu. 6. Prescrição. Aplicabilidade do art. 107, IV, combinado com o art. 109, II, art. 110, § 1º e art. 115, todos do Código Penal. Extinção da punibilidade. 7. Ocorre a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva em sua modalidade superveniente, na hipótese em que, tendo sido a pena imposta, agora em 2ª Instância, em razão da dosimetria da pena do v. Acórdão que julgou o recurso de apelação do réu ter sido anulada, de 09 (nove) anos de reclusão, regime fechado, réu menor de 21 anos à época do crime, transcorreram mais de 08 (oito) anos entre a publicação da sentença condenatória (último marco interruptivo) até a data do presente julgamento. 8. Refazimento da dosimetria da pena e, de ofício, declaração da extinção da punibilidade do réu, por força da prescrição da pretensão punitiva.

(TJ-SP - APL: 91411232820038260000 SP 9141123-28.2003.8.26.0000, Relator: Airton Vieira, Data de Julgamento: 15/09/2014, 1ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 18/09/2014)”.

“CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – CULPABILIDADE – ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL – INCONSTITUCIONALIDADE INEXISTENTE. A tomada da culpabilidade como circunstância judicial atende ao critério constitucional da individualização da pena, chegando à definição da maior ou menor participação do agente. **HABEAS CORPUS – DOSIMETRIA DA PENA – JUSTIÇA VERSUS ILEGALIDADE.** De regra, a pena é fixada sob o ângulo do justo ou do injusto, não cabendo generalizar o instituto da ilegalidade. Surgindo das premissas da decisão proferida o atendimento ao princípio da razoabilidade, considerada a espécie proporcionalidade, há a improcedência da impetração.

(STF - HC: 105674 RS , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 17/10/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE-035 DIVULG 19-02-2014 PUBLIC 20-02-2014)”.

“HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONALMAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. 1. A existência de circunstâncias judiciais negativas autoriza afixação de regime prisional mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal. 2. Habeas corpus denegado.

(STJ - HC: 175167 SP 2010/0101547-5, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 17/11/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJE 14/12/2011)”.

“HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. 2. Na espécie, a sentença condenatória salientou que o réu possui circunstâncias judiciais desfavoráveis, em razão de ser portador de "péssimos antecedentes criminais em seu nome", o que justifica a fixação de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes. 3. Ordem de habeas corpus denegada.

(STJ - HC: 244642 SP 2012/0115169-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 21/05/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJE 28/05/2013)”.

Embora a lei processual penal permita que o juiz utilize todos os meios de provas legais para buscar a verdade real, estas prerrogativas não elimina e nem substitui o direito e atribuição do Ministério Público, já que cabe a ele trazer para os autos todos os elementos que constituem o ato típico, antijurídico e culpável.

Deve-se salientar que a individualização da pena é importante, sendo esta primeira fase a que serve de norte para outras questões relativas ao apenamento, sua substituição e também para a escolha de regime inicial a ser cumprido, como disposto no artigo supracitado, observando a continuidade delitiva e suspensão condicional do processo, se previsto em lei.

III – O Ministério Público e as circunstâncias do art. 59 do Código Penal para a aplicação da pena.

Ao adentrarmos no complexo probatório, de forma geral, passamos a observar que o Ministério Público, como titular da ação penal, tem o ônus de provar as alegações trazidas na denúncia (artigo 129, Constituição Federal, artigo 100 Código Penal e arts. 24 e seguintes do Código de Processo penal).

O artigo 156 do CPP, dispõe:

*“a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício,... II- determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para **dirimir dúvida sobre ponto relevante.**” (grifo nosso)*

A atribuição do Ministério Público, esta estabelecida no artigo 127 da Constituição Federal, em que dispõe:

“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

É aqui que se delimita a atuação do magistrado dentro do processo penal e evidencia-se o dever de provar para aquele que acusa, no caso, o Ministério Público.

Sendo o Ministério Público titular da ação penal, deverá trazer aos autos da ação penal todos os elementos objetivos e subjetivos que constituíram o crime. Oferecendo ao julgador matéria suficiente para alcançar a culpabilidade, personalidade, conduta social e se o agente apresenta antecedentes criminais, bem, as circunstâncias e consequências do delito. Tais circunstâncias serão elaboradas em um conjunto probatório, observando os meios de provas legais, ao passo, que as circunstâncias vinculadas ao meio social e o psíquico do criminoso, deverão ser elaboradas por profissional com atribuição e formação adequada.

Demonstrados todos estes elementos, e como fiscal da lei, deverá observar se foram sopesados dos os elementos comprovados nos autos da ação penal, o que então permitirá o completo conhecimento da operação realizado pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria.

Ao Ministério Público, sendo instituição essencial à distribuição da justiça, cabendo a defesa dos interesses individuais indisponíveis, tais como a liberdade, assim sendo, aos deixar de cumprir com o seu dever, quando além de comprovar a configuração do crime, não produz provas subjetivas, está permitindo que a lei penal deixe de ser aplicada na forma adequadas para a realização da Justiça Social.

Segundo Hugo Nigro Mazzili, na denúncia ou queixa, devem estar descritos com clareza as seguintes questões relativas ao crime: “quem o fez, por que o fez e como o fez, nos termos do que dispõe o artigo 41 do Código de Processo Penal.” (revista síntese de direito penal e processual penal – 35/42, janeiro 2006).

O que ocorre na prática é que, na grande maioria das vezes, a peça inaugural, descreve os fatos criminosos de forma sucinta, sem indicar, com pormenores, cada um dos passos do “caminho do crime”, e tais omissões acabam por influenciar diretamente toda a instrução criminal, e por fim, a questão da aplicação da penal.

Assim, a atribuição do Ministério Público não está restrita apenas a apresentação da denúncia ou queixa, mas sim, na atuação processual de forma a utilizar e proporcionar ao magistrado todos os dados colhidos no curso do processo para que a sentença condenatória seja um ato justo e eficaz.

V – Conclusão.

Conclui-se que a intenção do legislador, ao outorgar a lei penal brasileiro, preocupou-se em permitir que na aplicação da penal, a vida social do réu interfira de forma significativa para a individualização da pena.

Por isso, sendo o Ministério Público titular da ação penal, e, ao mesmo tempo, fiscal da lei, tem o dever de comprovar as circunstâncias judiciais e legais dispostas no art. 59 e demais artigos do Código Penal nas ações penais.

Desta forma, tem por obrigação de utilizar de todos os meios admitidos em direito, para trazer aos autos elementos suficientes para convencer o magistrado que, além da materialidade e autoria delitiva, deverá pesar contra o réu as circunstâncias descritas no mencionado texto de lei, para então, a lei penal seja aplicada e dosada na medida exata e justa para penalizá-lo, bem como, reprimenda a novos delitos.

O intuito é coibir que, muitas vezes na prática, as ações penais com denúncias incompletas, narrativas desconexas e sem as provas necessárias, restringindo apenas à constituição da materialidade e a autoria do delito, o que por sua vez, não são suficientes para aferir a aplicabilidade das circunstâncias judiciais e legais, tornando, caso o Ministério Público não cumpra seu mister, em ato que na maioria das vezes culmina com falta de elementos para a adequada individualização da pena.

Referência bibliográfica.

Malatesta, Nicola Framarino Dei,. A lógica das Provas em Matéria Penal Criminal – Vol. I. 3ª Edição. Brookseller Editora e Distribuidora. Ano 1996.

< [http://pt.wikipedia.org/wiki/Declaração Universal dos Direitos Humanos](http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_Universal_dos_Direitos_Humanos)> Acessado em 20/01/2015.

<[http://pt.wikipedia.org/wiki/Convenção Americana de Direitos Humanos](http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_Americana_de_Direitos_Humanos)> Acessado em 21/09/2014.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm> Acessado em 07/03/2015.

<<http://www.cnmp.mp.br/portal/component/content/article/94-institucional/ministerio-publico/128-a-historia-do-ministerio-publico-no-brasil>> Acessado em 07/03/2015.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm> Acessado em 07/03/2015.

<<http://jus.com.br/artigos/5095/a-quantificacao-da-pena-em-face-das-circunstancias>> Acessado em 07/03/2015.

<<http://jus.com.br/artigos/5095/a-quantificacao-da-pena-em-face-das-circunstancias#ixzz3DzZe30WR>> Acessado em 07/03/2015.