

ABEL CARDOSO MORAIS

METODOLOGIA DE FIXAÇÃO DAS PENAS

Universidade Federal de Goiás
Faculdade de Direito
Goiânia
2002

ABEL CARDOSO MORAIS

METODOLOGIA DE FIXAÇÃO DAS PENAS

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito - Área de Concentração em Ciências Penais - da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, orientada pelo Professor Doutor Nivaldo dos Santos, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Goiânia
2002

ABEL CARDOSO MORAIS

METODOLOGIA DE FIXAÇÃO DAS PENAS

Dissertação defendida e aprovada em _____ de _____ de 2002,
pela Banca Examinadora constituída pelos professores

SUMÁRIO

Resumo	7
Abstract	8
Introdução	9
Capítulo I	
Da pena: origem, evolução e princípios	
1 Origem e evolução	13
2 Finalidade da pena	17
3 Princípios que regem a aplicação da pena	19
3.1 Princípio de humanidade	19
3.2 Princípio da legalidade	20
3.3 Princípio da personalidade	22
3.4 Princípio da intervenção mínima do Direito Penal	23
3.5 Princípio da culpabilidade	25
3.6 Princípio da individualização	27
3.7 Princípio da proporcionalidade	27
Capítulo II	
Da aplicação da pena no Direito brasileiro	
1 Primeira fase: aplicação da pena-base	33
1.1 Das circunstâncias judiciais	35
1.1.1 Culpabilidade	35
1.1.2 Antecedentes	37
1.1.3 Conduta Social	39
1.1.4 Personalidade	40
1.1.5 Motivos do crime	41
1.1.6 Circunstâncias do crime	42
1.1.7 Conseqüências do crime	43
1.1.8 Comportamento da vítima	44
1.2 Critérios para fixação da pena base	45
2 Segunda fase: aplicação da pena provisória	51
2.1 Das circunstâncias agravantes	53
2.1.1 A reincidência	53
2.1.2 Motivo fútil ou torpe	55
2.1.3 Conexão teleológica ou conseqüencial: crime cometido para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro	57
2.1.4 Traição, emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido	58
2.1.5 Emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum	59
2.1.6 Contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge	61

2.1.7	Abuso de autoridade ou prevalecimento de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade	61
2.1.8	Abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão	62
2.1.9	Contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida ..	63
2.1.10	Quando o ofendido estava sob imediata proteção da autoridade	64
2.1.11	Ocasão de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça partícula do ofendido	65
2.1.12	Em estado de embriaguez preordenada	66
2.1.13	Agravantes no concurso de pessoas	66
2.2	Das circunstâncias atenuantes	67
2.2.1	Menoridade de 21 anos, na data do fato, ou maioridade de 70 anos, na data da sentença	67
2.2.2	Desconhecimento da lei	69
2.2.3	Motivo de relevante valor social ou moral	70
2.2.4	Reparação do dano antes do julgamento, ou busca espontânea e eficiente do agente para evitar ou minorar as conseqüências do crime	71
2.2.5	Crime cometido sob coação resistível, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima	72
2.2.6	Confissão espontânea da autoria do crime perante a autoridade	73
2.2.7	Crime cometido sob a influência de multidão em tumulto não provocado pelo agente	75
2.2.8	Atenuantes inominadas	76
2.3	Aplicação das circunstâncias agravantes e atenuantes	77
3	Terceira Fase: Pena definitiva. Causas de aumento e de diminuição da pena.....	86
3.1	Pluralidade de causas de aumento e diminuição	89
3.2	Cálculo das penas na tentativa	94
3.3	Causas de aumento de pena no <i>concurso de crimes</i>	96
3.4	Concurso formal	96
3.5	Crime continuado	99
4	Da fixação da pena de multa	107

Capítulo III

Da não aplicação da pena privativa de liberdade

1	Das penas restritivas de direitos	113
2	Da aplicação das penas restritivas de direitos	114
3	Crítérios de escolha	117
4	Das Penas Restritivas de Direitos em espécie.....	118
4.1	Prestação Pecuniária	118
4.2	Perda de bens e valores	119
4.3	Prestação de Serviços à Comunidade ou à Entidades Públicas	120
4.4	Interdição temporária de direitos	121
4.5	Limitação do fim de semana	124

5 Da suspensão condicional da pena. <i>Sursis</i>	125
6 Efeitos extrapenais da condenação	128
6.1 Obrigação de Reparar o Dano	128
6. 2 Confisco	129
6.3 Perda do Cargo, Função Pública ou Mandato Eletivo	131
6.4 Interdição do exercício do Pátrio Poder, Tutela ou Curatela	133
6.5 Inabilitação para dirigir veículo	134
6 Disposições finais	134
Conclusão	136
Bibliografia	141

RESUMO

Neste trabalho são estabelecidos critérios objetivos de fixação da pena privativa de liberdade e de multa, segundo orientação doutrinária, jurisprudencial e o direito positivo brasileiro. Destina-se o primeiro capítulo à análise panorâmica, ao estudo da origem, evolução histórica e princípios que regem a pena. O segundo capítulo cuida dos critérios técnico-jurídico de fixação das penas privativas de liberdade e de multa, abordando-se vários aspectos referentes à dosimetria da sanção penal, tais como: a fixação da pena-base, com estrita observância dos critérios judiciais; o estabelecimento da pena provisória, considerando as agravantes, atenuantes e o concurso entre elas; a determinação da pena definitiva, tendo em vista as causas especiais de aumento ou diminuição de pena, o concurso entre elas e a lógica do cálculo nas causas sucessivas, aí incluídas aquelas decorrentes do crime tentado, concurso formal e crime continuado, onde nem sempre a jurisprudência apresenta uma boa solução dentro da técnica jurídica. A pena de multa é tratada sob duas variantes: *valor do dia-multa* e *quantidade de dias-multa*. O último capítulo trata das providências judiciais que sucedem à fixação da pena privativa de liberdade e ou multa, tais como a substituição da pena de prisão ou concessão do *sursis*. Cada um desses benefícios é estudado de parte a parte, levando-se em conta os requisitos legais que autorizam o cabimento de um ou de outro, observando-se a jurisprudência atual sobre o assunto. São examinados os efeitos extrapenais da condenação, automáticos e específicos, como forma de sanção decorrente da condenação penal. Na fase conclusiva, são *pinçadas* as respostas que se afluíram no contexto da obra e apresentadas sugestões.

ABSTRACT

In this work are established objective criteria of fixation of the exclusive punishment of freedom and of fine, according to doctrinaire jurisprudential orientation, and the Brazilian positive right. Target itself the first chapter to the panoramic analysis, to the study of the source, historical evolution and principles that govern the punishment. The second chapter cares for of the technical criteria of fixation of the exclusive feathers of freedom and of fine, boarding itself several referring aspects to dosage e of the penal sanction, such as: the fixation of the punishment-base, with strict observance of the judicial criteria; the establishment of the temporary punishment, considering the importance, extenuating and the contest among them; the determination of the definitive punishment, having in mind the punishment increase or decrease special causes, the contest among them and the logic of the calculation in the successive, there included causes those current of the tried crime, formal contest and continued crime, where not always the jurisprudence introduces a good solution inside the juridical technique. The fine punishment is treated under two variant: value of the days-fine's day fine and quantity. The last chapter care for the judicial providences that happen to the fixation of the exclusive punishment of freedom and or fine, such as the substitution of prison or concession punishment of benefits. Each on of these benefits is studied of part the part, carryng itself in account the legal requisites that authorize the pertinence of one or of another, observing itself the current jurisprudence about the subject. They are examined the extrapenal effects of the condemnation, automatic and specific, like sanction form due to the penal condemnation. In the conclusive phase, they are selected the answers that were flushed in the context of the work and introduced suggestions.

Introdução

A convivência pacífica entre os seres humanos sempre foi e sempre será o objetivo almejado por todas as sociedades, mesmo porque a ausência desse propósito levaria a aniquilação, total ou parcial, dos grupos sociais e o inevitável prevalecimento da lei do mais forte, situação incompatível com os fins buscados pela sociedade moderna.

Essa perene preocupação dos povos levou à adoção de regras disciplinadoras de condutas, criando limites na atuação de cada um, como forma de preservação da espécie e de uma convivência harmoniosa entre os seres racionais. Criou-se então o Direito, o qual, atuando de forma multidisciplinar (penal, civil, administrativo, tributário etc) na vida de cada um, faz garantir o equilíbrio da decantada harmonia social, dando a cada indivíduo o que lhe pertence, protegendo a sociedade como um todo, ainda que para isto tenha que impor sanções a membro do corpo social.

Obviamente que as sanções decorrentes da aplicação desse Direito podem apresentar-se com as mais variadas matizes, dependendo da ofensa ou dano praticado pelo homem. Nos estreitos limites do presente trabalho, será estudada apenas aquela sanção designada de *pena*, ainda, assim, somente quando aplicável pelo Estado a alguém que tenha praticado um fato definido como ilícito penal.

O objetivo do presente trabalho, intitulado *Metodologia de fixação das penas*, é fazer um acurado exame sobre os critérios de aplicação das penas (aí entendidas as privativas de liberdade, restritiva de direitos e multa), segundo o ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Esta obra será compartimentada em três capítulos. No primeiro será feito um breve histórico da sanção penal, buscando suas origens e evolução, delineando também sobre a finalidade das penas, com enfoque sobre as principais teorias que se desenvolveram sobre o tema, até os dias atuais no direito positivo

brasileiro. Embora de forma bastante objetiva, os mais importantes princípios que regem a aplicação da pena também serão examinados, com especial destaque sobre a influência de cada um na fixação de uma pena justa e adequada pelo magistrado.

No capítulo segundo será desenvolvida uma análise dos critérios de fixação da pena no direito brasileiro, não sem antes fazer-se uma breve incursão sobre a evolução legislativa desses métodos no ordenamento jurídico nacional.

Em um primeiro plano, após análise da adoção do critério trifásico para fixação da pena privativa de liberdade, também denominado método Nelson Hungria, cada uma das três fases será minuciosamente estudada, levando-se em conta as circunstâncias que compõem cada uma delas. Será também estabelecida uma nítida diferença entre uma fase e outra, realçando a independência de cada uma (1ª, 2ª e 3ª fases), e elaborada uma comparação entre os elementos semelhantes ou comuns a duas ou a todas as fases, ocasião em que será indicado qual deve preponderar, para o fim de evitar o abominável *bis in idem*, que, não poucas vezes, por erro de técnica, prejudica o réu.

Não poderia refugir deste estudo os critérios de fixação da pena-base, em que a liberdade do réu não pode ficar à mercê de uma pura lógica matemática, mas sim do exame de sua culpabilidade, de tal modo que serão respondidas algumas perguntas, como: pode o juiz iniciar a dosimetria da pena-base, antes da avaliação das circunstâncias do art. 59, pela pena média, sub-média ou sub-máxima? Antes da análise das circunstâncias judiciais, pode a pena-base ser iniciada acima do mínimo legal?

Na abordagem da segunda fase da dosimetria da pena será analisado o tema da preponderância das circunstâncias agravantes ou atenuantes, a possibilidade de compensação entre as causas que agravam ou atenuam a pena, dependendo da natureza de cada uma. Será ainda aferida a possibilidade de, em decorrência da aplicação de cada uma delas, a pena ficar aquém do mínimo ou além do máximo daquela cominada ao crime, à luz da jurisprudência dominante.

Em relação à terceira e última fase do procedimento trifásico, aplicação das causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, serão respondidas questões como: é possível a compensação entre as causas de aumento e de diminuição? Quando é possível, no concurso delas, aplicar todas? Quando somente uma é aplicável no caso de concurso? Havendo mais de uma causa de aumento e/ou diminuição, qual deve ser aplicada primeiro? Qual é a quantidade de pena que serve de paradigma para o cálculo das subseqüentes? Qual é o critério de cálculo da quantidade de pena a diminuir, no caso de tentativa? Como se aplica a causa de aumento no caso de concurso de crimes (formal e continuado)? As respostas serão oferecidas dentro de uma ótica legal, doutrinária e jurisprudencial.

A fixação da pena de multa será analisada com o enfrentamento da controvérsia sobre o método de cálculo do número de dias-multa, o qual, conforme a postura jurisprudencial ou doutrinária adotada, tem como paradigma apenas as circunstâncias judiciais, ora estas e as causas de aumento de pena, ora todas as fases do procedimento trifásico.

No terceiro capítulo o estudo é dedicado àquelas providências imediatamente subseqüentes ao término da pena definitiva, tais como o regime inicial de cumprimento da pena, a substituição destas por penas restritivas de direito ou suspensão pelo *sursis*. Ali serão examinadas questões como a obrigatoriedade ou não de fixação do regime inicial de cumprimento de pena, em caso de substituição ou suspensão. Haverá ainda uma análise dos critérios objetivos e subjetivos autorizadores dos benefícios do *sursis* e das penas restritivas de direito, levando-se em conta a interpretação finalística das normas de regência, sobretudo no que diz respeito à aplicação dos institutos nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes bem como naqueles praticados mediante violência ou grave ameaça, mas considerados de pequeno potencial ofensivo.

Além do cabimento desses benefícios, será feita uma abordagem minuciosa de cada uma das penas restritivas de direito previstas no Código Penal, com as alterações trazidas pela Lei n. 9.714/98, considerando a natureza e finalidade de cada uma, com sugestões de aplicação de determinadas restrições a certos tipos de crimes.

Por fim, serão avaliados os efeitos extrapenais da condenação, tanto os genéricos quanto os específicos, com especial enfoque para a natureza jurídica de cada um, registrando as diferenças entre o confisco e pena restritiva de perda de bens e valores. Será também identificada a hipótese de cabimento de decretação, silenciosa ou motivada, de cada um desses efeitos, tendo em mira a legislação de regência.

Este trabalho tem por finalidade delimitar critérios bastante objetivos, com base em princípios jurídicos, legislação, doutrina e jurisprudência moderna, para fins de estabelecimento de uma pena desejada pelo direito. Serão apresentadas algumas sugestões com o propósito de reavaliar construções elaboradas com base em legislações pretéritas ou mesmo aquelas que venham a comprometer o direito do acusado a uma pena justa e adequada.

Capítulo I

Da pena: origem, evolução e princípios

1 Origem e evolução

Se fosse possível formular um processo seguro de regressão e chegar à primeira pena sofrida pelo ser humano, certamente ultrapassaria a de Caim, pelo assassinato de seu irmão Abel, e chegaria a Adão e Eva, quando foram banidos do paraíso por terem se alimentado do fruto proibido.

O senso de justiça, e também de vingança, que habita no ser humano faz crer, com certa margem de segurança, que a sanção pelo erro, ou o castigo pelo pecado, nasceram juntamente com o homem, de tal modo que não há equívoco na afirmação de que pena, ainda que em termos rudimentares, tenha surgido com a existência do ser humano.

Evidentemente que os conceitos de proibido/permitido, os métodos grotescos de aplicação da pena, a finalidade do castigo, as razões da divindade etc, daquela época, não coincidem com os fundamentos modernos do instituto, mas revelam a existência de uma resposta a uma conduta considerada injusta pelo grupo social, clã, sociedade ou rei.

Em períodos que precederam a formação de Estados e ou grupos civilizados, o homem não tinha a mínima noção de direito ou pena e, em virtude de sua ignorância categorizada, considerava que todo infortúnio provocado pela natureza era resposta dos deuses a seus pecados.

O homem primitivo considerava tudo aquilo que ultrapassava o seu limitadíssimo conhecimento, quase sempre como resultado de uma forma incipiente de observação e que alterava a sua vida normal, como furto de influências malignas, sobrenaturais, emanadas de seres fantásticos, habitualmente

antropomásticos, dotados de poderes, os quais somente poderiam ser compreendidos através da magia ¹.

O flagelo ou o sacrifício de um membro do grupo ou da tribo era concebido como forma de redenção do grupo inteiro, isto é, se um integrante do clã fosse entregue ao abate, imolação ou lançado ao fogo, o perdão alcançaria toda a comunidade.

Com o crescimento dos grupos, em número e em quantidade de membros, e em decorrência dos distúrbios internos, começou a surgir, dentro do próprio seio grupal, a idéia de vingança por atos praticados por indivíduos ou facções. A consequência óbvia foi a destruição ou fracionamento do próprio grupo. O certo é que daí surgiu a primeira manifestação de pena, embora a vingança se apresentasse como um *ato de guerra*, no dizer de Aníbal Bruno:

É assim que se vê o filho órfão guardar a bala, de que pereceu seu pai, para devolvê-la em ocasião oportuna, ao peito do assassino. É assim que o homem do povo, a quem a calúnia feriu no mais fundo de sua dignidade, não tem outra idéia senão a de cortar a língua de seu caluniador. É ainda assim que, nos atentados contra a honra feminina, não raras vezes a desafronta só se dá por justa e completa, castrando-se o delinqüente.²

Essa noção de pena, embora primitiva, violava o mais comum senso de justiça, pois alcançava grupos inteiros inocentes sem a preocupação de atingir o autor da conduta então proibida. Era a chamada vingança de sangue. A certeza de ineficiência desse método conduziu à adoção de uma pena mais *personalizada*, a expulsão do criminoso do seio da comunidade, caso em que o castigo era endereçado diretamente ao infrator.

Posteriormente surgiram novas formas de punição. A primeira decorreu do método *olho por olho, dente por dente*, conforme regia o Código de Hamurabi. Entretanto, registra a história, esse critério não se limitava a ser aplicado apenas ao indivíduo, sendo que, na maioria das vezes era aplicado a todo grupo social em

¹ PIERANGELLI, J. H. Das Penas: tempos primitivos e legislações antigas. *Fascículos de Ciências Penais*. v. 5. Fabris, p. 4.

² BRUNO, A. *Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 55.

que ele vivia. Além de desprezar o caráter humanitário da pena, relegou a virtude personalíssima do castigo.

O segundo, o sistema talional, embora primitivo pelo seu exclusivo propósito de vingança³, constituiu um grande avanço no método de aplicação da pena, pois se endereçava exclusivamente ao agente do crime, constituindo-se em núcleo inspirador do princípio da personalidade da pena. Por outro lado, descurou-se de outro salutar princípio, o da proporcionalidade da pena.

Com o surgimento das sociedades organizadas foi abolida a vingança privada e o Estado assumiu o controle e o disciplinamento das penas, dando a elas um novo matiz, sobretudo no âmbito da finalidade. Isto não quer dizer que o novo titular do direito de punir tenha banido as deploráveis injustiças decorrentes da aplicação das penas, máxime no período absolutista.

A presença da igreja na vida civil do cidadão e a promiscuidade entre ela e o Estado representou um marco incomparável de injustiça na aplicação oficial das penas. A santa inquisição, desencadeada pelo Imperador Frederico II, em 1232, traduziu na mais violenta forma de arbitrariedade praticada pela Igreja em nome do Estado, a pretexto de perseguição aos hereges.

Travestidos de investigadores oficiais, os inquisidores perseguiram, acusavam, desenvolviam processos secretos, obtinham a confissão através da tortura, impediam o exercício da defesa pela ocultação da acusação, enfim, utilizavam todos os métodos para obtenção da *verdade* (a confissão era verdade absoluta, ainda que extorquida) e cometiam as maiores atrocidades em nome de uma ordem legítima. As penas de morte, cruéis e infamantes alcançaram não só os culpados, mas também incontáveis inocentes que ousavam discordar dos dogmas impostos unilateralmente pela cúria. Sabe-se que o cunho dessa expedição era impedir o dissenso religioso entre os súditos e o poder absoluto dos reis e da Igreja.

³ BARRETO, T. Fundamentos do Direito de Punir. *Revista dos Tribunais*, n. 727, p. 648.

Com o declínio da força da Igreja em decorrência da própria intolerância dos povos, aliado às idéias antropocentristas alimentadas pelas experiências de Galileu Galilei e Descartes, surgiu a concepção de que as leis de Deus (aspecto espiritual) não havia, necessariamente, de confundir com as leis dos homens (aspecto racional). Surgiu, então, o jusnaturalismo (Hugo Grotius e Hobbes), onde se pregava a aplicação da lógica existente na natureza ao ser humano, levando-se ao confronto a ciência e a religião.

A partir daí, tornaram-se bastante discutíveis e repudiados os métodos até então utilizados nos julgamentos e as formas de aplicação das penas aos seres humanos, já que o homem era considerado o centro do universo. Os julgamentos deveriam ser justos e claros, baseados em critérios objetivos e as penas, adequadas.

Inspirado por idéias iluministas, Marquês de Beccaria, em 1764, após experimentar o cárcere determinado pelo seu próprio pai, editou o livro *Dos Delitos e das Penas*, que veio inspirar toda a legislação penal moderna, pelas virtudes humanitárias que defendeu.

Entre outros atributos da pena, prescreveu o iluminado mestre de Milão, fica evidente que o fim delas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. Em meio à própria irresignação, lança sua candente indagação:

É concebível que um corpo político que, bem longe de agir por paixões, é o tranqüilo moderador das paixões particulares, possa albergar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam talvez os gritos de um infeliz trazer de volta, do tempo, que não retorna, as ações já consumadas? ⁴

Em seguida, responde:

O fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo. É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem

⁴ BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 52.

impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu.⁵

Ao reportar sobre a proporcionalidade da pena, enfatizou:

Se o prazer e dor são a força motriz dos seres sensíveis, se entre os motivos que impelem os homens para ações mais sublimes foram colocados, pelo invisível legislador, o prêmio e o castigo, a distribuição inexata destes produzirá a contradição, tanto menos observada, quanto mais comum, de que as penas castigam os delitos a que deram origem. Se pena igual for cominada a dois delitos que desigualmente ofendem a sociedade, os homens não encontrarão nenhum obstáculo mais forte para cometer o delito maior, se disso resultar maior vantagem.⁶

É inegável, entre outras preocupações do autor, o propósito de fazer valer os princípios da humanidade e da proporcionalidade da pena como realidade indeclinável orientadora do Estado-legislador-juiz, titular do direito de punir.

Após a Revolução Francesa, marco disseminador das idéias iluministas no mundo moderno, a maioria dos países que se livraram do absolutismo fez adequar gradualmente a legislação penal às ideologias liberais, adotando critérios mais humanos e proporcionais na aplicação das penas.

No Brasil, o Código Criminal de 1890 acompanhou com certa timidez as mudanças que o mundo exigia, abolindo a prisão perpétua, as galés, reconhecendo o instituto da prescrição e detração penal, mas manteve a pena de morte em suas disposições. Hoje, apesar de algumas exceções, a Constituição Federal, a legislação penal e processual penal consagram formalmente, em seus dispositivos, os princípios da humanidade, da proporcionalidade, da personalidade, do Direito Penal mínimo, do devido processo legal, como dogmas garantidores da aplicação de uma pena justa e adequada.

2 Finalidade da pena

Na posição de titular do direito de punir, não pode o Estado esquivar-se da aplicação da sanção. Mas esta não pode ser aplicada cegamente pelo simples

⁵ BECCARIA, C., *op. cit.* 52.

dever de cumprir a lei. A pena tem um fim, uma razão de ser, intimamente vinculada à sua necessidade. Qual, então, é a finalidade da pena?

Algumas teorias apresentam uma resposta satisfatória.

Segundo a teoria *retribucionista* (ou *absolutista*) a pena tem o fim único de castigar o delinqüente. Ao mal do crime contrapõe-se o mal da pena. Essa destinação exclusiva da reprimenda, defendida por Kant, nada mais representava do que pura vingança do Estado, em defesa da sociedade, com absoluto desprezo ao delinqüente. Para Hegel, que comungava do mesmo entendimento, a imposição da pena seria necessária para o restabelecimento da ordem jurídica. Já para Luigi Ferrajoli, a pena deveria ser orientada por dupla finalidade: *prevenção especial* (do condenado) e *prevenção integradora* (prevenção geral contra a criminalidade)⁷.

Enquanto a teoria *retribucionista* volta para o passado como forma de vingança, a teoria *prevencionista* projeta-se para o futuro, atribuindo à pena um fim primordial de prevenir delitos: *prevenção especial*, em relação ao delinqüente; *prevenção geral*, em relação à sociedade. Naquela espécie de prevenção, o próprio autor do delito, em virtude da pena aplicada, sofre a inibição para que não pratique novo crime. Nesta última, o sentimento de confiança que se estabelece entre os homens não delinqüentes, em decorrência da pena sofrida pelo delinqüente, cria uma espécie de freio psicológico e evita a prática de novos crimes.

Mas dentro do caráter preventivo da pena, não se pode ignorar que o criminoso é o centro das atenções. Se a *prevenção especial* a ele dedicada é um dos fins, em si mesmo, da pena, não se pode olvidar que o Estado tem o dever de zelar para que o sentenciado, depois de cumprida a pena, regresse ao seio social inteiramente reeducado, ressocializado. Surge daí a indeclinável *finalidade ressocializadora* da pena. Não teria nenhum sentido o Estado alijar o indivíduo da

⁶ Idem, p. 39.

⁷ FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p. 93.

sociedade e não prepará-lo para o retorno. Assim, a pena há de possuir tríplice finalidade: retribuição, prevenção e ressocialização.

Com essas características foi a pena concebida pelo Código Penal brasileiro (art. 59) e a Lei de Execução Penal (art. 1º). É sabido que a nossa realidade é bem outra, pois o cárcere constitui nada mais do que a escola do crime, apesar de uma legislação de execução penal bastante avançada. É a assimetria entre o que é legal e o que é real, divergência que não cabe nos estreitos limites do presente estudo, porém não pode ser esquecido por ocasião da aplicação da pena privativa de liberdade.

3 Princípios que regem a aplicação da pena

Os princípios jurídicos constituem premissas éticas extraídas ou orientadoras do ordenamento jurídico positivo, cuja função é estruturar, constituir e indicar idéias diretivas básicas.

No âmbito do Direito Penal, onde quase sempre um desvalor jurídico coincide com um desvalor ético, é praticamente impossível dissociar o princípio da norma. Ora esta dele decorre, ora nele se inspira. O certo é que, sem o princípio, a norma se esvaziaria de conteúdo e se projetaria num plano puramente convencional, e, sem ela (a norma), a segurança jurídica seria comprometida por ausência de limitadores objetivos na aplicação dos princípios.

Não se poderia iniciar o estudo sobre a aplicação das penas, sem antes, ainda que de forma superficial, examinar alguns princípios (os mais importantes) que exercem grande influência no Direito Penal, sobretudo no que toca à imposição de uma resposta penal.

3.1 Princípio de humanidade

De acordo com o princípio da humanidade, o ser humano deve se constituir o centro das atenções no estudo das ciências penais. Não somente a

vítima deve merecer a proteção do Estado, mas também o réu, de modo que o tratamento a ele dispensado pelo poder público nunca poderá perder de vista os fins almejados pela pena.

Dentro dessa ótica, orientado por idéias iluministas, acidamente defendidas por Marquês Beccaria, conforme já visto, o direito objetivo brasileiro cuidou de preservar e garantir ao agente do crime um processo justo e uma pena adequada, buscando afastar quaisquer violências contra o homem, pois o que deve ser execrado é o crime e não o criminoso.

Por tais razões, a Constituição Federal afasta, expressamente, qualquer pena ou método que possa infligir padecimento físico ou moral ao ser humano, tais como as galés, banimento, fogueira, tortura, esquartejamento etc. Apesar da realidade um pouco divorciada, a Carta Magna garante aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), condições para que as presidiárias possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (L), além de proibir as penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, cruéis, e de morte, salvo, nesta última, em caso de guerra declarada (XLVII). Afora essas garantias, instituiu tipos penais com penas graves aos autores de crime de tortura (Lei nº 9455/97).

Com efeito, por ocasião da aplicação da pena o juiz não pode desprezar tais garantias, sob pena de violar o princípio expresso e desvirtuar a finalidade da pena, traduzindo-a em mera vingança.

3.2 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade representa um esteio de garantia para o acusado. Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena, sem prévia cominação legal. Esse axioma, apesar de constar com algumas nuances na Magna Carta da Inglaterra, somente foi difundido e aplicado após o avanço das idéias iluministas, a partir de 1764. Consta ele da legislação penal do mundo moderno. Por esse princípio o homem é livre e não pode sofrer qualquer pena se quando praticou o fato inexistia norma penal tipificando a conduta.

O princípio da *reserva legal* está plantado, tanto na Constituição Federal (art. 5º, inc. XXXIX) quanto no Código Penal (art. 1º). Dele decorre a proibição de analogia *in malam partem* e o *princípio da irretroatividade da lei penal*, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL). Assim, toda vez que uma lei nova mitigar a situação do réu ou descriminalizar a conduta, deve retroagir para beneficiá-lo.

Quando se fala em legalidade no Direito Penal, significa que os tipos penais somente podem ser instituídos por lei em sentido formal e material. Isto é, lei regularmente votada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, dentro dos procedimentos previstos na Constituição Federal. A medida provisória não pode veicular matéria que venha instituir ou modificar os tipos penais, ainda que contenha força de lei (art. 62, CF), porquanto depende de futura aprovação pelo Congresso Nacional. É um ato monocrático sob condição resolutiva. É, na feliz expressão de Leomar Amorim, impossível admitir a “existência de crimes provisórios ou de crimes sob condição resolutiva”⁸. Essa foi a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 254818.

O princípio da legalidade, embora absoluto, sofre alguma restrição em determinadas categorias de tipos penais. Os denominados *tipos penais abertos* e as *chamadas normas penais em branco*, por dependerem de complementos exteriores ao tipo penal descrito na lei, sujeitam-se a uma interpretação mais flexível, o que pode comprometer a integridade da garantia da *reserva legal*.

Quando se trata de *norma penal em branco*, onde o complemento é um ato do poder público, de regra ato administrativo genérico, a norma complementar refoge ao controle do legislador, o que pode dar margem à usurpação das funções legislativas. Entende parte da doutrina que, neste caso, o princípio permanece indene, pois, os limites da pena devem constar da norma legal. Essa visão parece estrábica, pois, a conduta deve constar, por inteiro, da reserva de lei, sob pena de causar insegurança jurídica. Recentemente, em dezembro de 2000, foi retirada da norma complementadora do tipo penal de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12,

⁸ SOUSA, L. A. *A Produção Normativa do Poder Executivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 110.

Lei 6.368/76) – por ato administrativo – a substância do cloreto de etila (lança perfume) e, alguns dias depois, voltou a constar da lista, situação que descriminalizou todas as condutas anteriores, em decorrência da aplicação da retroatividade da lei mais benéfica. Será que tenha sido esta a pretensão do legislador?

No que diz respeito aos tipos abertos, em que não há definição estreme de dúvidas sobre os contornos da conduta do agente, deve haver muita prudência do magistrado para não violar o princípio da *reserva legal*. Nos crimes contra o sistema financeiro, existem tipos legais como *praticar gestão fraudulenta* ou *gestão temerária*. O que é gestão fraudulenta? O que é gestão temerária? Até onde o administrador da instituição financeira age de forma não temerária? Onde começa a gestão fraudulenta? A busca de resposta na ciência extrapenal é tarefa difícil, assim como é encontrar o justo limite objetivado pelo legislador. Essa linha sombria, sem dúvida, autoriza as severas críticas endereçadas ao caráter absoluto do princípio em estudo.

3.3 Princípio da personalidade

“Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. Esta é a dicção constitucional (art. 5º, XLV) garantindo, com uma única ressalva, que a pena não pode passar da pessoa do delinqüente.

É o princípio da personalidade da pena, limitando o castigo apenas ao autor do pecado. E não poderia ser diferente, pois, retornaria às penas medievais em que todo ou grupo ou tribo respondia por ato de seu membro.

Sabe-se que toda pena privativa de liberdade não deixa de produzir efeitos reflexos na vida dos familiares do condenado, pois ficarão privados da presença do sentenciado, muitas vezes desprovidos da manutenção, levando-se, às vezes, a uma desagregação familiar. Evidentemente que esses efeitos naturais da condenação não são e não podem ser alcançados pelo princípio. Este garante

apenas a não transferência dos efeitos principais da condenação a terceira pessoa, que deverá ser direcionado apenas ao autor do crime.

A exceção constitucional ao princípio da personalidade, apesar de divergências doutrinárias, alcança tão somente àquelas hipóteses em que houver decretação de perdimento de bens como pena, ainda assim há de ser respeitado o limite do patrimônio transferido aos sucessores do condenado. A controvérsia sobre essa exceção reside na seguinte interpretação: para os mais conservadores, a transferência da pena somente pode ocorrer no caso de confisco de produtos ou instrumentos do crime, como efeito extrapenal da condenação (art. 91, II, *a e b*, CP); para outros, a ressalva constitucional alcança também a *pena substitutiva de perda de bens e valores* (§ 3º, art. 45, CP).

Parece que os últimos estão com a razão. Primeiro, porque a própria Constituição Federal prevê a *perda de bens* como uma forma de pena (art. 5º, XLVI, *b*), tendo-a disciplinado com a Lei nº 9714/98, que alterou os arts. 43 e seguintes do Código Penal. Em segundo lugar, porque a disposição constitucional estabelece *até o limite do patrimônio transferido*. Ora, tendo em vista que o confisco recai sempre sobre o patrimônio *ilícito* e a pena restritiva de direitos sobre o patrimônio *lícito*, e aquele, sob a óptica legal, jamais pode ser *legalmente* transferido aos sucessores (a perda é efeito automático da condenação), logo, a expressão *patrimônio transferido* diz respeito a patrimônio lícito, isto é, aquele sobre o qual recaiu a pena de perda de bens e valores.

3.4 Princípio da intervenção mínima do Direito Penal

O Direito Penal da Idade Média, do período absolutista, funcionava precipuamente como mecanismo de controle social ou instrumento de dominação, de modo que não selecionava somente as condutas mais relevantes para serem objetos da tutela penal. Tudo funcionava ao sabor das conveniências da classe dominante, sem observância do aspecto material da conduta humana, isto é, a danosidade social do comportamento não era o ponto de referência do legislador. Os resultados foram pífios, pois as demandas sociais não se resolviam com a tipificação indiscriminada das condutas do homem.

Surgiram então os defensores do minimalismo. Segundo eles, o Direito Penal deve possuir um caráter fragmentário. Também denominado *Direito Penal mínimo*, a idéia central desse princípio é justamente utilizar-se dos tipos penais somente para reger condutas graves, que possam comprometer a convivência social ou a própria sociedade. Deve sempre ter em vista o bem protegido, já que a violação a várias modalidades de direitos ou o ataque a outro tanto de bens não necessita da proteção penal, mas tão-somente de uma proteção jurídica (extrapenal).

Quando a contenda social puder ser resolvida ou evitada por uma tutela jurídica extrapenal, dispensa-se a presença do Direito Penal. É o caso das infrações fiscais, administrativas, violações de contrato na órbita civil etc, em que as sanções de caráter pecuniário, as interdições, respondem aos objetivos dos interessados e da sociedade, sem necessidade de criminalizar tais condutas. Todavia, quando a tutela extrapenal se mostrar insuficiente, aí descortina-se a necessidade de presença do Direito Penal com instrumento de paz social. Este é o caráter subsidiário do Direito Penal, decorrência lógica do *Direito Penal mínimo*.

Dois outros princípios decorrem do *Direito Penal mínimo*: o da *insignificância penal* e o da *adequação social da conduta*.

O princípio da *insignificância penal*, endereçado tanto ao legislador quanto ao juiz, determina que o Direito Penal não deve ocupar-se de bagatelas. Assim, não há conveniência nos tipos penais destinados a proteção de bens jurídicos de valores ínfimos, desprezíveis, insignificantes. Mas como nem sempre é possível a técnica legislativa excluir dos tipos penais determinados bens, pela impossibilidade de graduação dentro do próprio tipo, cabe ao juiz, dentro de uma acurada técnica de hermenêutica, afastar do alcance do Direito Penal as condutas que violem bens dessa natureza.

Essa exclusão é feita dentro do exame da própria tipicidade. O Direito Penal moderno não mais se compraz com uma tipicidade cega, aquela que se contenta com a simples adequação do fato da vida real com os aspectos formais da lei incriminadora, tarefa que poderia ser desempenhada por um simples burocrata e que dispensaria a atuação do estudioso do direito. A tipicidade penal desafia uma

tarefa valorativa do juiz, isto é, não basta uma tipicidade formal da conduta, mas também, e necessariamente, uma tipicidade material.

O princípio da insignificância penal tem o fim de excluir a tipicidade material do fato, o que o torna penalmente atípico, ainda que formalmente venha se ajustar à descrição legal. Por exemplo: quando alguém subtrai coisa alheia estará praticando o crime de furto, previsto no artigo 155 do Código Penal; mas se subtrai um copo descartável, de valor econômico irrisório, será que ofendeu o patrimônio que a lei penal pretendeu tutelar? Obviamente, não. Constituiu um fato formalmente típico (subtrair coisa alheia para si ou para outrem), todavia foi materialmente atípico, por ausência de ofensa ao bem jurídico protegido pela norma: o patrimônio. É um indiferente penal.

Enquanto o princípio da insignificância penal preocupa-se com o resultado pouco ofensivo ou ausência de danosidade, o *princípio da adequação social da conduta*, que também fulmina a tipicidade material, é voltado para o comportamento do agente. Toda vez que este vier a praticar um fato legalmente típico, mas se a conduta se amolda aos anseios da sociedade, fica também afastada a tipicidade do fato. Entretanto o reconhecimento do princípio depende de aceitação ampla e irrestrita pela sociedade, além do que há de ser adequada, dentro do âmbito da normalidade social. Na luta de boxe, por exemplo, o pugilista que age dentro das regras do jogo, pode até causar graves lesões no adversário, com dolo direto, que sua conduta não se enquadra no tipo penal de lesões corporais. O princípio em estudo não é confundível com as causas de justificação, porque a ação está, desde o início, excluída do tipo penal, enquanto aquelas causas excluem a ilicitude do fato.

3.5 Princípio da culpabilidade

Em alguns ramos do direito, como o tributário e o administrativo, é perfeitamente palatável o reconhecimento da responsabilidade do agente mediante uma simples presunção. A administração responde pelos seus atos, independentemente da existência de dolo ou culpa de seu preposto quando causa dano a outrem. O contribuinte, por igual, sem qualquer investigação de sua

vontade ou negligência responde pelo pagamento do tributo. E assim por diante. Trata-se de responsabilidade objetiva.

No Direito Penal, inspirado pelo princípio da culpabilidade, a responsabilidade objetiva do agente não tem lugar. Isto quer dizer que para que o agente seja penalmente responsável é necessário que tenha agido com dolo ou culpa, sem o que sua conduta é irrelevante para o Direito Penal. Ainda que tenha dado causa a um fato definido como crime, mas se não estiverem presentes um desses elementos (dolo, para crime doloso; culpa, para o crime culposo; dolo e culpa, para o crime preterdoloso), inviável se torna a sanção. É a proibição de responsabilidade penal objetiva, ancorada no princípio da culpabilidade *nullum crimen, nulla poena sine culpa*.

Tal princípio vai mais longe. Ainda que a conduta esteja carregada com elementos subjetivos ou normativos (dolo ou culpa), mas não sendo possível ao agente ter agido de outro modo, também fica afastada a imposição penal. O princípio da culpabilidade assegura, então, ao agente que pratica um fato definido como crime, a possibilidade de sofrer pena somente quando tiver agido com dolo ou culpa e, nas circunstâncias, pudesse ter evitado o fato com um comportamento diverso.

A culpabilidade não tem por fundamento apenas essa *filtragem* da responsabilidade penal. Funciona também como elemento de limitação e graduação da pena. Mesmo sendo reconhecida a responsabilidade penal do agente, o princípio da culpabilidade continua operando seus efeitos na quantidade da pena, onde, em uma tarefa conjunta, o legislador, através da pena cominada ao crime e o juiz, por meio da dosimetria da pena, procedem a uma aferição meticulosa da quantidade de pena, justa e adequada ao autor do crime. É o que se depreende do art. 59 do Código Penal, o qual será detidamente estudado no capítulo referente aos critérios judiciais de fixação da pena.

3.6 Princípio da individualização

Consiste o princípio da individualização da pena, como o nome já indica, em particularizar a avaliação do próprio *indivíduo*, levando-se em conta suas características pessoais, o crime, e a relação entre um e outro. Isto significa que duas pessoas, embora tenham concorrido para o mesmo crime, não deverão, necessariamente, receber a mesma *nota* reprovatória. É muito comum ocorrer disparidades de penas nessas hipóteses.

Pelo princípio da individualização, duas operações deverão ser feitas: a) identificar qual é o crime e os limites das penas cominadas e o vincular ao autor – escolha do dispositivo legal; b) dosar a pena do crime, já identificado, atribuindo ao autor a quantidade de reprimenda que assim o determinar o conjunto de circunstâncias pessoais, do fato, da vítima, e da interconexão entre eles. É importante registrar que esses critérios são previamente estabelecidos por lei (art. 59, 61, 62, 65, 66, 67, 68, etc, do Código Penal).

Por esse princípio, o que se busca é a aplicação da lei voltada para o princípio da isonomia. Não uma igualdade formal, caso em que seria desnecessária a dosagem pelo juiz, mas uma isonomia material. Nesta, as diferenças não podem ser ignoradas, já que inexitem duas pessoas perfeitamente iguais. As penas abstratamente cominadas aos crimes são iguais para todos (igualdade formal), mas como os indivíduos são diferentes entre si, a quantidade e natureza das penas não podem ignorar essa desigualdade (igualdade material). É por isto que não existem penas fixas, salvo raríssimas exceções, porque a lei deve propiciar ao juiz uma considerável margem de escolha entre o mínimo e o máximo, para fins de uma justa individualização, observado o grau de culpabilidade de cada agente.

3.7 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade das penas tem suas raízes no iluminismo, principalmente na obra de Marquês de Beccaria, conforme já estudado neste capítulo. Constitui ele verdadeiro limitador de excessos.

A pena não pode ser mais nem menos do que o suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Aliás, este é o desejo de nossa legislação penal, ao dispor no art. 59 do Código Penal que:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime** ... (original sem grifos).

A própria lei já faz referência expressa sobre o princípio da necessidade e da suficiência da pena. Quer dizer, a pena deve ser fixada apenas o suficientemente necessário para prevenir e reprovar o crime. Fora daí o princípio encontra-se violado. É correto afirmar que a escolha da quantidade de pena, conferida ao juiz (dentro de um livre e prudente arbítrio), nada mais é do que o exercício pleno do princípio da proporcionalidade, sem prejuízo de outros como o da culpabilidade e o da individualização.

O princípio da proporcionalidade não é dirigido apenas ao juiz. Antes o é ao legislador. Ao criar tipos penais e cominar penas, deve o legislador ter a preocupação de que a sanção sempre deva guardar correspondência com o fato. Não é a lei que dá gravidade a um fato da vida social, mas sim o dano que ele, por si mesmo, provoca à sociedade ou ao bem jurídico tutelado. Quando a lei desviar desse princípio limitador, cabe ao juiz fazer a devida reparação.

Sabe-se que o crime de estupro e o de atentado violento ao pudor constituem crimes hediondos, mesmo na modalidade simples, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal, no mês de dezembro transato. O primeiro constitui-se na obtenção da conjunção carnal pela violência ou grave ameaça. O segundo consuma-se com a prática de atos de libidinagem pela violência ou grave ameaça. A ambos, as penas cominadas, em abstrato, são de seis a dez anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por serem hediondos. A doutrina considera um simples beijo lascivo como ato de libidinagem. Então, se obtido por violência ou grave ameaça, traduz-se em atentado violento ao pudor. Seria proporcional a imposição de uma pena de seis a dez anos de reclusão, em regime integralmente fechado, a alguém que, num surto de languidez, lançasse um beijo lascivo contra a

vontade da vítima (homem ou mulher)? A jurisprudência, atenta ao princípio, tem desclassificado condutas desse jaez para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61, LCP), cuja única pena é a de multa.

De acordo com as Leis nºs 9.677 e 9.695, ambas de 1998, a falsificação de produtos medicinais ou terapêuticos passou a constituir crime hediondo, cuja pena cominada é de dez a quinze anos de reclusão. Fez inserir, porém, o cosmético uma espécie desses produtos. Logo, quem falsifica um cosmético, é autor de um crime hediondo e está sujeito às graves penas ali previstas. Será que essa pena (hedionda) poderá ser aplicada a quem falsifica um cosmético, como alguns frascos de batom? O princípio da proporcionalidade não estaria sendo frontalmente violado? O erro do legislador não pode ser abonado pelo aplicador da lei, o juiz.

Registrados esses ligeiros comentários sobre a pena e seus princípios orientadores, serão agora analisados os critérios de sua fixação, tema central a ser desenvolvido neste trabalho.

Capítulo II

Da aplicação da pena no Direito brasileiro

Os inúmeros abusos cometidos em decorrência do sistema das penas arbitrárias, vigente até o fim da Idade Média, influenciaram sobretudo na mudança da legislação penal elaborada após a Revolução Francesa, de tal sorte que o Código Francês de 1791 veio abolir toda espécie de discricionariedade na apreciação, pelos juízes, da maior ou menor gravidade do fato, além de estabelecer penas fixas. No sistema precedente o poder do magistrado era tão ilimitado que lhe cabia alterar os limites legais das penas previstas na lei, ou mesmo impor outras penas distintas.

A nova concepção trazida por aquele estatuto repressivo pecou pelo excesso de segurança jurídica que então visava proporcionar com o novo sistema. Com o fim de evitar arbitrariedades dos magistrados, estabeleceu penas fixas para cada crime, de modo que obviava uma graduação justa por parte do julgador, diante das particularidades do caso concreto e, principalmente, da culpabilidade do agente. Assim, situações de extrema desigualdade, eram, pelo fórceps da lei, levadas a um mesmo tratamento jurídico. Somente com o novo Código Penal, em 1810, o povo francês experimentou uma legislação mais flexível, no que dizia respeito à liberdade (limitada) do juiz na fixação da pena, o que já consagrava o princípio da proporcionalidade.

No Brasil, o Código Criminal do Império, de 1830, não seguiu o último modelo francês. Concebeu penas fixas, em graus máximo, mínimo e médio, de modo que a cada nível correspondia uma quantidade determinada de privação da liberdade. Ao homicídio, por exemplo, eram cominadas penas na seguinte escala: *grau máximo* (quinze anos), *grau médio* (dez anos) e *grau mínimo* (cinco anos). Essa modalidade de penas tarifadas impedia, à evidência, uma justa resposta penal, tendo em vista que as particularidades do caso concreto e culpabilidade do agente eram praticamente desprezadas.

Embora com algumas mudanças, o Código Penal Republicano, de 1890, pouco inovou. Tudo permaneceu igual, conforme relata José Antônio Paganella Boschi:

Relativamente às penas privativas de liberdade, os tipos penais, por exemplo, eram acompanhados de sanções mínimas e máximas e de qualificadoras – como acontece na atualidade –, mas, de acordo com o art. 62, nas hipóteses em que não fossem imposta pena determinada e fixa, o máximo e mínimo seriam considerados em ‘três graus na pena’, sendo o grau médio compreendido entre os extremos com atenção às circunstâncias agravantes e atenuantes, aplicáveis na conformidade do disposto no art. 38.⁹

A dosagem da pena era feita dentro de uma verdadeira operação matemática, de modo que o juiz sujeitava-se à seguinte tabela de cálculos: o *grau médio* resultava da metade da soma da pena mínima (*grau mínimo*) e máxima (*grau máximo*), previamente estabelecidas na lei; poderia ainda ser encontrados os *graus submáximo* (metade da soma entre os graus *máximo e médio*) e *submédio* (metade da soma entre os graus *mínimo e médio*). Essa fragmentação contábil da pena, sem nenhum critério lógico de avaliação do criminoso, levou Pedro Vergara a denominá-la de *aritmética penal*, salientando que:

Não era o juiz que graduava a pena; também não era o criminoso que servia de objeto a essa graduação; a bem dizer, nem era o crime, *in concreto*, que oferecia as condições dessa dosagem; a soberania do direito penal, na sua adequação prática, que é a arte da aplicação da pena, era exercida, firme e hieraticamente, por esta deusa da medida: a aritmética.¹⁰

Somente com o advento do Código Penal de 1940 (Decreto-lei nº 2848, de 07.12.1940) foram alterados aqueles critérios rígidos de determinação da pena. A imposição da sanção penal, então, deixou de orientar-se apenas por operações matemáticas e passou a ser individualizada, qualitativa e quantitativamente, de forma mais adequada. Isto porque ao juiz foi franqueada a liberdade, mediante permissão legal, de coadunar a resposta penal, abstratamente prevista pelo legislador, a cada caso concreto, levando-se em conta as particularidades de cada um, e, sobretudo, a consideração do indivíduo como centro axiológico e destinatário primordial das experiências do Direito Penal.

⁹ BOSCHI, J. A. P. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 174.

¹⁰ VERGARA, Pedro. *Das penas principais e sua aplicação*. p. 249. *apud* BOSCHI, J. A. P., *op. cit.* p. 174.

O Código de 1940 deu ao juiz novos parâmetros para cálculo da pena, disponibilizando ao julgador um grau maior de liberdade na apreciação do fato-crime e, de forma mais didática, seccionou o cálculo do total da pena em fases distintas. Essa providência legal prestigiou não só o princípio da proporcionalidade da pena, como também permitiu às partes (acusador e acusado) conferirem as razões que levaram o magistrado a fixar determinada pena, dando assim maior transparência às decisões judiciais.

Ao propor uma metodologia de cálculo da pena, com base no *Codex* de 1940, Roberto Lyra sustentava que o juiz deveria, em uma *primeira fase*, apreciar as circunstâncias judiciais (hoje art. 59) ao tempo em que deveria valorar também as circunstâncias agravantes e atenuantes (hoje arts. 61/62 e 65/66); em um segundo momento aplicaria as denominadas majorantes ou minorantes, isto é, causas de aumento ou de diminuição de pena.

Em oposição a esse critério, denominado bifásico, insurgiu Nelson Hungria, com a autoridade de ter, ao lado de Roberto Lyra, integrado a Comissão Revisora do anteprojeto Alcântara Machado, o qual resultou no Código de 1940. Para ele, a fixação da pena deve observar três fases distintas: a) em um primeiro momento, o juiz, mediante livre e prudente arbítrio, deveria apreciar as circunstâncias judiciais do art. 42 (hoje art. 59), fixando a pena-base; b) numa segunda etapa, seria examinada a existência de circunstâncias agravantes ou atenuantes; c) e, em uma terceira e definitiva operação, a averiguação da existência de causas especiais de aumento ou diminuição de pena. Este critério foi batizado pela doutrina como trifásico.

Embora o procedimento de fixação da pena esquadrihado por Nelson Hungria se revelasse bastante superior ao método bifásico, tanto por evitar a promiscuidade das circunstâncias (judiciais/agravantes/atenuantes), quanto por impedir dupla valoração do mesmo fato, não foi suficiente para silenciar a polêmica que reinou até o advento da Lei nº 7.209/84 (nova Parte Geral), que expressamente adotou o sistema trifásico: “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 (art. 68)”.

Com essa clara compartimentação legal em três fases distintas, para o cálculo da pena, o juiz, em um primeiro momento, observando os limites mínimo e máximo da pena cominada ao crime, fixará a pena base, levando-se em conta as circunstâncias judiciais (1ª fase). Após, mediante nova operação, fará o exame das circunstâncias atenuantes e ou agravantes, estabelecendo a denominada pena provisória (2ª fase). E, por último, fixará a pena definitiva, fazendo incidir as causas especiais de aumento e/ou diminuição (3ª fase).

Evidentemente que a função jurisdicional não se exaure com o estabelecimento da pena definitiva. Aliás, é a partir daí que o título judicial (sentença) começa adquirir forma para fins de exeqüibilidade em momento próprio. Entretanto, não se pode afirmar que a condenação à pena privativa de liberdade, embora adequada em virtude dos critérios utilizados, seja a resposta penal imediata, tendo em vista a possibilidade legal de adoção de medidas despenalizadoras, tais como a substituição da pena e o *sursis*.

Cumprido, a partir de agora, analisar cada uma das fases do procedimento trifásico, bem como providências ulteriores destinadas à efetiva aplicação da pena.

1 Primeira fase: aplicação da pena-base

A rigor, a lei penal não trata da expressão *pena-base*, mas assim foi consagrado pela doutrina e jurisprudência por constituir a referência inicial para o cálculo da pena. O estabelecimento da pena-base é a única operação inevitável no procedimento de fixação da pena, tanto que é possível tornar-se definitiva ante a inexistência de agravantes/atenuantes ou de causas especiais de aumento/diminuição de pena, nos procedimentos subseqüentes.

A individualização da pena-base segue roteiro determinado pelo art. 68, o qual dispõe que será ela fixada atendendo-se ao critério do art. 59. Este dispositivo congrega oito cláusulas que devem ser levadas em conta para determinação inicial da pena, denominadas *circunstâncias judiciais*. São assim conhecidas porque compete ao juiz dar a elas o relevo que merecerem, ou, na

expressão de José Antônio Paganella Boschi, porque quem confere a cada uma delas a positiva ou negativa carga axiológica é o juiz, no caso concreto ¹¹.

Assim, para a determinação da pena-base, diante de um fato, devem ser examinados a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do acusado, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime, e ainda o comportamento da vítima. Considerando como referência a pena abstratamente cominada ao crime, e respeitando seus limites mínimo e máximo, o juiz estabelecerá a pena conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Essa tarefa de imposição da pena revela-se extremamente delicada, levando-se em conta que não se pode perder de mira os princípios da proporcionalidade, da necessidade e suficiência da pena, até porque é vedado ao magistrado fazer tão-somente referências àquelas proposições abstratas da lei. Ao contrário, deve identificar e sopesar uma a uma no fato concreto, observar os princípios referidos, e depois dosar a pena na medida do justo.

Tal situação é bem ilustrada no seguinte julgado:

A individualização da pena é princípio de estatura constitucional. Em face da Reforma Penal, de 1984, prepondera, na aplicação da pena, o que seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. As circunstâncias judiciais, do art. 59, do CP, como de trivial sabença, são balizadoras da tarefa que o juiz deve desempenhar de modo discricionário, mas não arbitrário, para encontrar a pena-base. A decisão do juiz deve ser fundamentada na apreciação de cada uma das circunstâncias judiciais, sendo-lhe defeso, consoante entendimento tranqüilo da doutrina e da jurisprudência, aplicar pena-base arbitrariamente ou com remissões genéricas ou abstratas. Também não pode, escreve Delmanto, sem o devido esclarecimento de suas razões de decidir, fixar a pena acima do mínimo legal. Merecem reduzidas aos mínimos da cominação legal, critério que se harmoniza com o princípio individualizador da pena, de estatura constitucional, a aplicação da afluiva e da pecuniária, no dobro do mínimo da cominação legal e de elevação considerável, respectivamente, quando as circunstâncias judiciais, apreciadas abstratamente, não se mostram desfavoráveis ao imputado, ausentes circunstâncias legais atenuantes e agravantes, bem como causas de diminuição ou de aumento.¹²

¹¹ BOSCHI, J. A. P., *op. cit.* p. 189.

¹² TJRJ, 2ª C. Crim., Rel. Des. Eneas Cotta, ACr 753/96, Reg. 260.597, Cód. 96.050.00753, RJ – DJ, 08 abr. 1997.

Dessa forma, é direito de ambas as partes do processo saber os motivos que levaram o juiz a fixar a pena-base em determinada quantidade, de forma que, caso o juiz não analise e valorize cada circunstância judicial individualmente, mas sim de forma genérica, encontra-se maculada a decisão, sob pena de ferir o princípio da individualização da pena.

1.1 Das circunstâncias judiciais

1.1.1 Culpabilidade

A culpabilidade, eleita primeira e primordial circunstância do art. 59, indica censurabilidade, reprovabilidade da conduta do agente. Nesta sede, não tem ela o sentido de indagar se o agente é ou não culpável, isto é, se está ou não sujeito à pena. Como circunstância judicial, a culpabilidade tem o encargo funcional de graduar e limitar a pena, pressupondo, é lógico, que o agente já tenha sido considerado culpável pela prática de um fato típico e ilícito. Neste caso, a culpabilidade funciona como fundamento da condenação.

Cezar Roberto Bitencourt assim define, e de forma escorreita, as funções da circunstância em estudo:

A culpabilidade, aqui, funciona como elemento de determinação ou medição da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância dos bens jurídicos, fins preventivos etc. Por isto, constitui rematado equívoco, freqüentemente cometido no cotidiano forense, quando, na dosagem da pena, afirma-se que 'o agente agiu com culpabilidade, pois tinha a consciência da ilicitude do que fazia'. Ora, essa acepção de culpabilidade funciona como fundamento da pena, isto é, como característica negativa da conduta proibida, e já deve é ter sido objeto de análise juntamente com a tipicidade e a antijuridicidade, concluindo-se pela condenação. Presume-se que esse juízo tenha sido positivo, caso contrário nem se teria chegado à condenação.¹³

Segundo a *teoria normativa pura*, adotada pelo nosso sistema penal, a culpabilidade é essencialmente normativa, compondo-se de elementos que representam puro juízo de valor sobre o agente que tenha praticado um fato penal.

É, na feliz expressão de Welzel, uma *qualidade negativa* da própria ação do autor¹⁴. Dolo e culpa não constituem elementos da culpabilidade, mas da conduta. Por isto, são objetos de valoração dela. Sobre esses elementos, psicológicos e normativos, podem incidir um juízo de censura, daí porque o dolo direto e com premeditação mostra-se mais reprovável que o dolo eventual, a culpa extraordinariamente grave ser mais condenável do que a culpa leve. Isto bem demonstra que a culpabilidade pode ser dosada, graduada, conforme as características do agente em relação ao fato.

Entretanto não se esgota aí, no mero exame dos elementos subjetivos que moveram o agente ou ausência do dever de cuidado (elementos normativos – crime culposos), a função da culpabilidade. Em relação a esta, em sede de dosimetria da pena, deve-se proceder ainda às seguintes indagações: a) o agente poderia agir de outro modo, mas tinha ele plena convicção dessa opção ou essa consciência estaria parcialmente viciada ou suprimida por algum fato da vida? b) o autor tinha plena ou potencial consciência da ilicitude do ato praticado? A partir da resposta a tais questionamentos é possível estabelecer, de forma aproximada, o grau de culpabilidade do agente em relação ao fato.

Ora, ao optar pela violação da lei com uma consciência plena, levando-se em conta o grau de cultura, sociabilidade, aptidões pessoais etc, o agente, com essa maior liberdade para afastar-se do injusto, mostra-se mais pernicioso e rígido aos padrões sociais estabelecidos. Merece maior censura, tanto para fins de prevenção especial quanto para prevenção geral. Todavia, quando algum fato da vida reduzir o espectro de liberdade de escolha do agente, que apesar dela opta pela prática do injusto penal, a reprovação da conduta será menor e, de conseqüência, orientará neste mesmo sentido a pena. De igual modo, a efetiva consciência do injusto pelo agente revela culpabilidade mais elevada, enquanto que se essa consciência é apenas potencial a culpabilidade denota-se mais amena.

¹³ BITENCOURT, C. R. *Manual de Direito Penal: parte geral*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 515.

¹⁴ BITENCOURT, C. R., *op. cit.* p. 274.

É importante salientar, contudo, que o fator culpabilidade, embora norteador de todo o percurso de aplicação da pena, não é exclusivo, de modo que deverão ser consideradas também as demais circunstâncias orientadoras da dosagem da pena, previstas na norma penal.

1.1.2 Antecedentes

Os antecedentes que possuem relevância na aferição da vida do acusado são fatos desabonadores e perfeitamente identificados, por ele praticados antes da infração penal. Ainda que graves, mas se realizados após o ilícito penal, não exercem qualquer influência na determinação da pena-base. A vida social, boa ou desregrada, também não pode ser valorada na conta dos antecedentes, pois é reservada para o exame da circunstância *conduta social*.

Quais seriam, então, os comportamentos que poderiam ser debitados na conta dos *maus* antecedentes do acusado? Ora, as infrações penais cometidas anteriormente ao fato. Mas, ainda assim, com algumas restrições.

O inquérito policial, quando já arquivado, não pode traduzir em maus antecedentes. É que nessa hipótese, os trabalhos de investigação já obtiveram formal manifestação do Ministério Público e solene decisão judicial sobre a inviabilidade de uma futura ação penal.

Neste sentido, se revelou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme a seguinte ementa:

Inquérito policial arquivado significa não haver sido coligidos elementos mínimos para justificar oferecimento de denúncia. Acrescente-se, tal arquivamento decorre de decisão judicial, ouvido o Ministério Público. Inquérito policial em andamento, por si só, não indica infração penal. É mera proposta de trabalho. Precipitado, por isso, tomá-lo como antecedente criminal negativo.¹⁵

Já a possibilidade de o inquérito policial em andamento alimentar o conceito de maus antecedentes do acusado, é objeto de acesa polêmica

jurisprudencial. Aqueles que recusam tal possibilidade defendem que as investigações policiais constituem mera proposta de trabalho e o curso delas traduz em mera captação de indícios de infração penal.¹⁶ Invocam inclusive o princípio da presunção de inocência, que significa que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, isto é, nenhuma sanção criminal poderá ser imposta ou dela extrair efeito jurídico próprio da condenação. Assim, o indiciamento ou denúncia do réu em outro processo não pode conduzir à conclusão de maus antecedentes, o que constituiria, sem dúvida, condenação hipotética e antecipada.¹⁷

Em outra vertente, os que admitem aquela possibilidade sustentam que é elemento caracterizador de maus antecedentes o fato de o réu responder a diversos inquéritos policiais e ações penais sem trânsito em julgado, justificando-se, assim, a exacerbação da pena-base (CP, art. 59).¹⁸ A presunção de inocência não impede que a existência de inquérito policial e de condenação criminal que não possa ser considerada para a caracterização da reincidência não possa ser levada em conta de maus antecedentes.¹⁹ A existência de inquéritos e processos em curso indica maus antecedentes, aptos a determinar a exacerbação de pena, não existindo, por isso mesmo, nenhuma violação ao princípio da presunção de inocência.²⁰

Apesar das controvérsias, desponta-se mais consentâneo com o atual sistema constitucional a desconsideração de inquéritos policiais ou ações penais em curso, como maus antecedentes do acusado. É que, como bem anotou o Ministro Vicente Cernicchiaro em seu voto condutor, o princípio da inocência impede extrair qualquer efeito jurídico de uma ação penal sem condenação definitiva. Elevada a dogma constitucional, a presunção de inocência impede que a ação penal em andamento seja suficiente para exaurir efeitos jurídicos negativos, de forma definitiva, na vida do acusado. Isto porque, caso venha ser absolvido da imputação anterior, a pena agravada em virtude daquela situação provisória (fato

¹⁵ STJ, 6ª Turma, RESP. 167713, Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro, 23 nov. 1998, DJ, p. 00171, 17 fev. 1999.

¹⁶ STF, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, p. 16323, 17 maio 1996.

¹⁷ STJ, 6ª Turma, RESP. 172.664, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU, p. 00158, 28 jun. 1999.

¹⁸ STF, 2ª Turma, HC 73.297-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 06 fev. 1996.

¹⁹ STF, 1ª Turma, HC 74967-SP, Rel. Min. Moreira Alves, 08 abr. 1997, DJ, 30 maio 1997.

²⁰ TJ, 6ª Turma, HC 13029/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 06 mar. 2001.

anterior objeto da absolvição), pode tornar-se imutável, em verdadeira violação ao direito subjetivo público de liberdade.

Diante dessa concepção liberal, restou pouco a ser imputado ao agente a título de maus antecedentes: somente as infrações penais julgadas em definitivo. Mas, ainda assim, há de se examinar se tal antecedente não venha constituir reincidência, a qual será objeto de aferição na segunda fase o cálculo da pena, por se tratar de uma agravante genérica. Assim, somente poderão constituir maus antecedentes as infrações penais ocorridas antes do fato, mas que somente depois dele tenha se operado o respectivo trânsito em julgado da condenação. É indispensável ainda que o julgamento anterior adquira caráter definitivo antes do julgamento do novo fato. Há, pois, um juízo definitivo sobre um fato anterior, sem que tenha ocorrido a reincidência ou violado o princípio da inocência.

É importante registrar, por fim, que não pode traduzir em maus antecedentes a condenação anterior não apta a gerar reincidência, naquelas hipóteses de transcurso do *período depurativo* de cinco anos. Ora, quando o legislador afasta, para fins de reincidência, condenação anterior definitiva (art. 64, I, CP), implicitamente impede sua valoração negativa em um fato posterior. Isto é, afastou-a dos antecedentes da vida do acusado, sob pena de eternizar as conseqüências jurídicas de um fato que a própria lei limita seus efeitos no tempo.

A prova dos antecedentes é feita através de certidão idônea, não servindo as testemunhais ou a denominada *folha corrida*, expedida pela polícia.

1.1.3 Conduta Social

A conduta social do agente é designada pelo conjunto de hábitos, atitudes e comportamentos perante a sociedade onde vive. Cada indivíduo, na lição de José Antonio Paganella Boschi, possui modo próprio de viver e relacionar-se com os outros. Há os trabalhadores e os vadios, os caridosos, os colaboradores, os

omissos, os bons e os maus vizinhos, os sociáveis e os insociáveis, os educados, os mal-educados, os altruístas e os individualistas etc ²¹.

A partir do exame de cada *modus vivendi* é possível aferir o nível de conduta social do acusado, positivo ou negativo. Ambos podem influenciar na dosagem da pena, ora para recrudescer, ora para abrandar o castigo. Entretanto, é indispensável que o exame da conduta social do indivíduo não venha desprezar sua cultura, suas aptidões pessoais, nível intelectual, financeiro, e, principalmente, a comunidade onde vive. A partir daí, é possível medir o grau de consciência de que o agente é portador, relativamente à ilicitude do fato.

Mas é importante uma advertência. Residir em um cortiço, invasão ou favela, por si só, não representa qualidade negativa da conduta social, se o agente não se tenha mostrado bravo, rebelde, agressivo ou insuportável ao convívio comunitário. Do igual modo, não se mostra positiva a conduta do agente, afeito ao tráfico de drogas, *v.g.*, que se mostra caridoso com vizinhos pobres, presta sempre ajuda financeira às entidades filantrópicas, tudo como o dinheiro do tráfico e com o claro objetivo de obter a cumplicidade ou silêncio dos beneficiários. Tudo há de ser verificado diante da realidade social do acusado, com investigação das verdadeiras razões que o moveram em direção a um ou outro comportamento.

A conduta social pode ser demonstrada através de meros depoimentos testemunhais de pessoas que conhecem a vida antecedente do agente. É importante lembrar que o silêncio sobre essa circunstância judicial, como em relação em qualquer outra, milita a favor do agente, em virtude do benefício da dúvida.

1.1.4 Personalidade

A personalidade deve ser entendida como retrato moral do indivíduo. Na lição de Aníbal Bruno, personalidade é um todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano ²². Nesta sede é que deve ser feito acurado exame da boa

²¹ BOSCHI, J. A. P., *op. cit.* p. 209.

²² BITENCOURT, C. R., *op. cit.*, p. 517.

ou má índole, de suas vocações ou tendências para o crime ou se a infração penal decorreu de um ato isolado. O desvio de comportamento, revelado pelo seu caráter, que funciona como placa de identificação das estruturas psicológicas internas, também deverá ser avaliado em conjunto com as demais circunstâncias judiciais.

Evidentemente que, em determinadas hipóteses, a própria lei antecipou-se e estabeleceu critérios de avaliação de personalidade, já definindo as conseqüências jurídicas dos atos praticados por agente com a personalidade comprometida. Sendo menor de dezoito anos na data da infração penal, o ato do agente é desprezível para o Direito Penal, porquanto a lei desconsidera sua personalidade (inimputável). Caso seja maior de dezoito anos, mas desprovido da consciência do injusto em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não poderá sofrer pena, apenas tratamento por via da medida de segurança. Se imputável, mas menor de vinte e um anos, é considerado de personalidade mal formada, tanto que o juiz deverá atenuar a pena com preponderância.

1.1.5 Motivos do crime

Ao praticar o crime o agente faz todo um percurso, desde a ideação até aos atos executórios e consumação. É o *iter criminis*. Sempre esse itinerário terá sido movido por uma razão ou finalidade: são os motivos. A infração penal pode ter seu móvel fincado nas mais variadas motivações: religiosas, políticas, econômicas, sociais; por vingança, egoísmo, altruísmo, ódio, honradez etc. Podem estar carregadas, pois, de um sentimento nobre ou repugnante.

Os motivos do crime, conforme visto, podem empreender uma carga positiva ou negativa na conduta do agente. Assim, aquele pai de família que abate terrível estuprador que periodicamente ronda sua residência ou seu bairro, embora seja crime, age impulsionado por razões de reconhecida nobreza. Por outro lado, abjeto é o assassinato de alguém por inveja, motivo vil.

A circunstância judicial sob comento, orientador da dosimetria da pena-base, há de ser examinada com cautela. É que, por muitas vezes, os motivos do crime podem funcionar como uma qualificadora, uma agravante, ou uma causa de aumento de pena. Em tais situações não podem ser avaliados na fixação da pena-base, sob pena de violar o princípio proibitivo do *bis in idem*.

Motivo fútil ou torpe do homicídio, *v.g.*, não pode ser levado em conta na fixação da pena base, pois tanto um quanto outro qualificam o crime, isto é, o próprio legislador já cuidou de aumentar os limites abstratos, mínimo e máximo, da pena (de seis a vinte anos para doze a trinta anos de reclusão).

Esses mesmos motivos, quando impulsionarem qualquer outro crime, funcionam na qualidade de agravantes genéricas (art. 61), o que impede que eles sejam examinados por ocasião da determinação da pena-base, porquanto aquelas são avaliadas na segunda fase do procedimento.

À instigação ou induzimento ao suicídio, *v.g.*, quando movida por razões egoísticas, será aplicada a pena em dobro (art. 122, parágrafo único), mas na terceira fase do escalonamento de fixação da pena, pois tal motivo funciona como causa especial de aumento de pena.

Embora muito abrangente o conceito de motivo fútil ou torpe, que pode alcançar quase todas as razões negativas que levaram o agente à prática do crime, escapam alguns que podem ainda ser avaliados na fixação da pena-base, tais como o ciúme, a vingança, a inveja etc, apesar da coloração de torpeza que lhe emprestam parte da doutrina e jurisprudência. Como fator positivo, podem ser declinados a miserabilidade econômica do agente, seu baixo grau de instrução ou cultura, sobretudo quando se tratar de crimes contra o patrimônio ou de abandono material. São esses motivos aptos a justificar pena-base mais branda.

1.1.6 Circunstâncias do crime

A expressão *circunstâncias do crime*, aqui, deve ser empregada em seu sentido específico, traduzindo as peculiaridades do fato concreto. São situações

que margeiam o crime, sem, contudo, comprometer sua essência, tais como o método de execução, o horário, o local etc, utilizados pelo agente. No crime de extorsão mediante seqüestro, *v.g.*, em que a vítima é mantida por mais de um ano em poder dos agentes, em condições sub-humanas ou insalubres, manifesta-se uma circunstância do crime inteiramente desfavorável ao sujeito ativo, a qual recomenda o estabelecimento de uma pena-base mais elevada.

Assim como os motivos, as circunstâncias do crime podem ser definidas pela lei como coeficientes agravantes, atenuantes, qualificadoras, ou funcionarem como causas de aumento ou diminuição de pena. Cometer o crime com o emprego de veneno, fogo ou explosivo, *v.g.*, tanto pode qualificar o homicídio (art. 121, §2º, inc. III) quanto agravar a pena de qualquer outro crime (art. 61, II, letra *d*). Atuando de forma positiva, a violenta emoção, provocada pela vítima, pode funcionar como uma causa especial de diminuição de pena no crime de homicídio (art. 121, §1º) ou como uma atenuante genérica (art. 65, III, letra *c*). Em qualquer caso, tais circunstâncias não podem ser consideradas na fixação da pena-base, porquanto a avaliação de cada uma está reservada para uma fase própria.

1.1.7 Conseqüências do crime

Todo crime produz uma conseqüência jurídica, ora perceptível no mundo exterior, ora se projetando de fora puramente abstrata. A *conseqüência do crime* que influencia na fixação da pena-base é aquela que se repercute fora da definição legal do crime. Assim, desdobramentos normais do delito não podem ser valorados na dosagem da pena, pelo fato de já terem sido planejados pelo legislador. Matar alguém (art. 121) presume-se morte de uma pessoa que jamais retornará ao convívio familiar. Não se mostra lógico, então, invocar a ausência eterna da vítima para fins de recrudescer a pena-base, a título conseqüência danosa do crime. É inteiramente descabido, no crime de dano (art. 163), *v.g.*, aumentar a pena sob a alegação de que a coisa tornou-se imprópria para o uso normal.

Ora, nessas e em várias outras situações, esse desdobramento gravoso constitui elemento do crime, razão pela qual não se inclui naquelas hipóteses de conseqüências que autorizam uma variação da pena-base.

Conseqüências que podem influir na determinação da pena-base, como circunstância judicial, são aquelas que representam um *plus*, se comparadas a outro fato concreto com idêntica definição legal. Como foi visto, a morte é conseqüência natural do crime de homicídio, mas a perda do *paterfamilias*, que deixa esposa e filhos ao desamparo, é uma conseqüência fora do tipo penal e deve ser considerada na dosagem da pena. No furto, é elemento que a vítima seja privada do uso e gozo da *res furtiva*. Mas se o crime recair sobre uma cadeira de rodas do paraplégico? A conseqüência é, indubitavelmente, negativa. No estupro, o desconforto físico e psicológico sentido pela vítima integram os elementos do crime. Entretanto, se a vítima era virgem, a conseqüência é mais danosa, pois transcende o esperado desdobramento normal do fato. E assim por diante.

1.1.8 Comportamento da vítima

Em determinadas infrações penais, a conduta da vítima não pode ser desprezada, por influenciar de algum modo na eclosão do evento. A partir da reforma penal de 1984, o comportamento da vítima adquiriu relevância não só em determinados delitos, conforme previa e ainda prevê a parte especial, mas em qualquer crime, desde que tenha contribuído para o desencadeamento do fato.

O avanço dos estudos da *vitimologia* tem contribuído de forma bastante eficaz no exame dessa circunstância judicial, revelando que as vítimas, em determinadas situações, mostram-se colaboradoras do ato criminoso. Pesquisas mais dedicadas, como a de Laércio Pelegrino, chegam, inclusive, à expressão *vítimas natas*, como aquelas de personalidades insuportáveis, criadoras de casos, extremamente antipáticas, pessoas sarcásticas, irritantes, homossexuais e prostitutas etc. Digna de registro é a conclusão formulada pelo autor:

A matéria comporta, por isto, um exame acurado das vítimas, principalmente no relacionamento criminoso-vítima, para, daí, partir-se para os tipos de vítimas, isto é, a vítima totalmente inocente, a vítima menos culpada que o criminoso, a vítima tão culpada quanto o criminoso e a vítima totalmente culpada, como as divide Manzanera.²³

O comportamento da vítima, em determinadas situações, pode até extinguir a punibilidade do agente, como ocorre na injúria, quando o ofendido, de forma reprovável, a tenha provocado diretamente (art. 140, §1º). Ou funcionar como causa especial de diminuição de pena, na hipótese do homicídio privilegiado, quando o agente comete o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima (art. 121, §1º). Pode determinar a atenuação da pena, caso tenha o agente se movido sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima (art. 65, III, letra c).

Embora mais corrente, o comportamento da vítima não tem o propósito de funcionar apenas em favor do agente. É possível, em outras ocasiões, projetar efeitos contrários, aumentando a reprovabilidade do fato. Ora, quando a vítima, principalmente nos crimes contra a liberdade sexual e patrimônio, toma excepcionais medidas de proteção pessoal ou dos próprios bens, e, ainda assim, o agente, com esforço extraordinário, pratica o fato, a conduta da vítima (para evitar o crime) denota maior reprovação no comportamento do agente. Logo, além de influência positiva, o comportamento da vítima pode exercer influência negativa na conduta do agente, ou até mesmo ser indiferente, conforme o caso.

1.2 Critérios para fixação da pena base

Diz o art. 59 do Código Penal:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: I) as penas aplicáveis dentre as cominadas; II) a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III) o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV) a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

²³ MIRABETE, J. F. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 289.

Como se pode depreender da regulamentação legal, o juiz possui uma larga margem de discricionariedade na fixação da pena base. Contudo, essa liberdade na dosagem da pena não pode traduzir-se em prepotência judicial ou ser utilizada com base em meros caprichos pessoais do julgador.

O arbítrio deve ser prudente, e o convencimento, livre e motivado. Decorre daí várias indagações. Qual é o peso que cada uma das circunstâncias judiciais exerce na fixação da pena-base? Qual é a exata quantidade de pena que deve ser aumentada ou diminuída quando for reconhecida uma daquelas circunstâncias? O juiz deve partir da qual quantidade de pena para fazer incidir as circunstâncias judiciais? A totalização da pena-base encontra algum limite? Com auxílio da doutrina e jurisprudência é possível oferecer respostas a tais questionamentos, embora persistam numerosas controvérsias sobre os critérios que orientam a apreciação das circunstâncias judiciais.

Leciona Cezar Roberto Bitencourt:

Para se encontrar a pena-base devem-se analisar todos os moduladores relacionados no art. 59 do Código Penal. O Código não estabelece quais devem ser considerados favoráveis ou desfavoráveis ao réu, atribuindo ao juiz o dever de investigá-los durante a dilação probatória e, posteriormente, individualizá-los e valorá-los, na sentença. Na realidade, todos, conjuntamente, e quaisquer deles, isoladamente, podem ser favoráveis ou desfavoráveis ao réu. Por isto, embora formem um conjunto, devem ser analisados individualmente, sendo insuficiente, consoantes reiterada jurisprudência, considerações genéricas e superficiais, ou mesmo conclusões sem embasamento legal.²⁴

A lei não estabeleceu preponderância de nenhuma circunstância sobre a outra, de modo que a apreciação é feita livremente pelo juiz, embora haja entendimento de que se deve reservar maior peso à cláusula da *culpabilidade* do agente.

Sem dúvida, a culpabilidade encerra maior valoração do sujeito em relação ao crime, tendo em vista o maior número de elementos a ser examinados em sua composição. Mas não seria lógico emprestar-lhe preponderação isoladamente, mas associá-la ao conteúdo do injusto típico, posicionando-a no

²⁴ BITENCOURT, C. R., *op. cit.*, p. 522.

centro das preocupações do juiz, como legítimo e exclusivo critério de graduação da censura, projetando-se efeitos nas fases subseqüentes de dosagem da pena ²⁵. O importante é que o conteúdo do injusto típico não venha se divorciar das demais circunstâncias judiciais.

Basicamente são três as regras utilizadas pela jurisprudência para aferição da pena-base, levando-se em conta a favorabilidade ou não das circunstâncias judiciais:

a) quando todas militarem em favor do réu, a fixação da pena-base dar-se-á no *grau* mínimo, isto é, no mínimo legal da pena cominada ao crime ²⁶. O seguinte julgado ilustra com clareza essa assertiva:

Tendo a sentença condenatória, no fixar a inflição penal, admitido serem as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP todas favoráveis ao condenado, pode a reprimenda corporal básica ser fixada no mínimo legal abstratamente prevista para o crime.

b) quando apenas algumas exercerem influência negativa, a pena-base será determinada um pouco acima do mínimo cominado, conforme entendimento do Supremo Tribunal de Justiça:

Acórdão que observou fielmente os critérios previstos no art. 59 do CP, entendendo que a culpabilidade, as conseqüências e os motivos dos crimes (circunstâncias desfavoráveis ao paciente) ensejavam a fixação da pena-base acima do mínimo.²⁷

c) se o conjunto dessas circunstâncias for desfavorável ao acusado, o grau máximo de censura *aproximar-se-á do termo médio* ²⁸.

De acordo com a primeira regra, o juiz, após um *scanner* em todas as circunstâncias do art. 59, ao verificar a inexistência de qualquer uma com avaliação negativa, isto é, contra o réu, fixará a pena base no mínimo legal, a qual servirá de cálculo para a operação subseqüente. É importante registrar que não pode o magistrado, apesar da favorabilidade de todas as circunstâncias, impor

²⁵ BOSCHI, J. A. P. , op. cit., p. 233, nota 1.

²⁶ TJGO, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. João Batista de Faria Filho, DJ, p. 23, 13 nov. 1995.

²⁷ STJ, 5ª Turma, HC 9460, Rel. José Arnaldo da Fonseca, DJ, p. 00178, 29 nov. 1999.

pena acima do mínimo legal a pretexto de que poderá ser reduzida na fase subsequente (apreciação das atenuantes), já que não se pode compensar circunstâncias que operam em fases distintas ou quando uma é inexistente.

O segundo critério recomenda pena-base ligeiramente afastada do mínimo legal da pena prevista para o crime, abstratamente. É aplicável naquelas hipóteses em que uma outra circunstância judicial, ou algumas, militam contra o réu, de modo que a maioria ou metade delas venha permanecer favorável ao agente.

Havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, ainda que em minoria, justifica-se a fixação da reprimenda básica (que se tornou definitiva) em patamar pouco acima do mínimo legal.²⁹

A terceira regra prevê a hipótese em que as circunstâncias judiciais (maioria delas) sejam desfavoráveis ao agente, caso em que a pena-base deverá situar-se no *termo médio*, tendo em vista que a influência negativa do conjunto majoritário das circunstâncias recomenda maior censurabilidade.

Conforme já visto no início deste trabalho, *termo médio*, que ainda hoje parte da jurisprudência adota como parâmetro de fixação da pena-base, não se traduz no limite máximo da pena cominada ao crime. Corresponde, nos termos da legislação revogada pela reforma penal de 1984, à metade da soma dos limites mínimo e máximo da pena cominada ao crime. No roubo, *v.g.*, o *termo médio* corresponderia a sete anos, levando-se em conta a soma do mínimo (quatro anos) com o máximo (dez anos), divididos por dois. Percebe-se que os adeptos desse critério criaram um teto para a pena-base, mas inferior ao limite máximo legal, artifício que parece contrariar o disposto no art. 59, inciso II, onde autoriza a fixação da pena dentro dos limites legais. Essa concepção mais moderna vem, a cada dia, recebendo maior sufrágio da jurisprudência brasileira.

Justifica-se a fixação da pena base acima do termo médio entre a mínima e a máxima cominadas ao crime se as circunstâncias judiciais orientadoras são, na sua maioria, desfavoráveis ao réu.³⁰

²⁸ STJ, 5ª Turma, Rel. José Arnaldo da Fonseca, DJ, p. 229, 29 nov. 1999.

²⁹ TJGO, Segunda Câmara Criminal. Rel. Dr Remo Palazzo, DJ, p. 12, 01 mar. 1996.

³⁰ TJGO, Segunda Câmara Criminal. DJ, p. 10, 26 ago. 1999.

Os princípios da individualização e da proporcionalidade da pena, prestigiados no Estado Democrático de Direito, bem equacionam o problema de fixação da reprimenda, sem necessidade de seccionar a primeira fase do procedimento em três hipóteses distintas, ou mesmo de se criar limitações não previstas na lei penal, como o caso do *termo médio*.

A observância daqueles princípios recomenda que, na fixação da pena-base, o juiz sempre há de partir do mínimo legal da pena cominada ao crime, aí permanecendo se quaisquer das cláusulas do art. 59 não militarem contra o agente. A existência de uma circunstância judicial negativa já impede o estabelecimento da pena-base no mínimo legal. Na medida em que aquelas circunstâncias depuserem contra o agente, a pena-base vai se afastando do mínimo legal, dentro de um critério de proporcionalidade. Assim, se todas as causas recomendarem maior censura, nada impede que a pena, na primeira fase atinja o teto legal, representado pela pena máxima abstrata cominada ao crime.

Não existem razões de ordem jurídica, salvo anacrônico apego a uma norma abolida, que conduzam a pena-base ao *piso* ou *teto* ditado por um *termo médio*, mínimo ou máximo, mais próximo de uma equação matemática do que uma *nota* ao criminoso. Aliás, essa é a última orientação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, em que reforça a combinação dos princípios da proporcionalidade e individualização, já no início da dosimetria da reprimenda.

A quantidade da pena-base, fixada na primeira fase do critério trifásico (CP, arts. 68 e 59, II), não pode ser aplicada a partir da média dos extremos da pena cominada para, em seguida, considerar as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu, porque este critério não se harmoniza com o princípio da individualização da pena, por implicar num agravamento prévio (entre o mínimo e a média) sem qualquer fundamentação. O Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo. Na fixação da pena-base o Juiz deve partir do mínimo cominado, sendo dispensada a fundamentação apenas quando a pena-base é fixada no mínimo legal; quando superior, deve ser fundamentada à luz das circunstâncias judiciais previstas no caput do art. 59 do Código Penal, de exame obrigatório.³¹

³¹ STF, 2ª Turma, HC 76196/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 15 dez. 2000.

Para se proceder às variações da pena-base e chegar ao resultado final da primeira fase do procedimento trifásico, levando-se em consideração todas as circunstâncias judiciais relevantes, é necessário submetê-las a um processo mental de valoração. Todavia, a quantidade de pena a ser graduada ou diminuída, por ocasião do reconhecimento de cada uma daquelas circunstâncias, não se encontra prevista em nenhuma disposição legal. A margem da pena a ser considerada, desabonadora ou lenitiva, encontra-se no âmbito do livre e prudente arbítrio do juiz, o qual, utilizando-se as referências da pena abstratamente cominada ao crime, fixará a pena-base que reputar justa e adequada, lembrando que sobre ela incidirá as variantes da fase subsequente.

Embora mais didático e transparente, não é necessário que o juiz atribua *nota* individual a cada uma das circunstâncias, sejam elas positivas ou negativas. Deve, pois, o julgador partir dos critérios já expostos, enquanto mais circunstâncias militarem contra o réu, mais a pena-base se afasta do mínimo legal e se aproxima da máxima cominada ao crime.

O importante é que, em relação a todas elas, haja a devida fundamentação, para que as partes possam conhecer as razões que levaram o magistrado a determinada quantidade de pena, pois só assim poderão fundamentar impugnação pela via recursal ou convencerem-se da medida.

A jurisprudência tem evitado reconhecer nulidade de julgamentos desprovidos de fundamentação, quando a pena-base venha ser fixada no mínimo legal. A tolerância jurisprudencial apóia-se no argumento de inexistência de prejuízos para o réu. Ora, ainda que sucinta, a motivação não pode ser dispensada, sob pena de violação expressa do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Aliás, a finalidade dessa garantia é democratizar as decisões judiciais e proporcionar às partes - não somente ao réu - o direito de conhecer não apenas as conclusões, mas também as razões do julgado.

Todavia, quando a pena for fixada acima do mínimo legal, há necessidade de fundamentação expressa, sob pena de nulidade.

Pena base fixada acima do mínimo legal: necessidade de fundamentação. Anula-se a fixação da pena, mantida, entretanto, a condenação, para que outra seja fixada, de acordo com os critérios legais.³².

Estabelecida a pena-base, orientado pelos critérios expostos, passará o juiz a examinar as circunstâncias atenuantes e agravantes, as quais incidirão sobre a quantidade de pena encontrada na primeira fase. É a segunda fase do procedimento trifásico, o que será, em seguida, estudado.

2 Segunda fase: aplicação da pena provisória

Concluída a primeira operação de determinação da pena, inicia-se a apreciação de novas circunstâncias, as agravantes e atenuantes. Elas, na verdade, guardam íntima relação de afinidade com as circunstâncias judiciais, pois dispõem sobre dados acidentais vinculados ao agente, desde a motivação até a maneira de execução. Consideram o fato e sua afetação com as circunstâncias eleitas e as conseqüências dele exauridas, bem como as particularidades da vítima. É como se constituíssem espécies de um mesmo gênero.

Mas nem por isto poderá haver promiscuidade ou dupla consideração das circunstâncias que funcionam na primeira com as da segunda fase. A uma, porque a própria lei determina que devem ser apreciadas de forma segregada, cada qual em sua fase própria. A duas, porque o método de avaliação é um pouco diferente. Enquanto nas circunstâncias judiciais cabe ao juiz dar carga positiva ou negativa a cada uma delas, nas agravantes e atenuantes o valor positivo ou negativo é dado pelo legislador, caso em que ao magistrado cumpre apenas dosar e quantidade de reprovação ou de lenimento, conforme o caso.

Os motivos do crime, *v.g.*, se considerados como circunstância judicial, podem militar a favor ou contra o réu, conforme o balanceamento que lhe der o juiz, diante da avaliação do fato concreto. Mas se eles prenderem a uma razão fútil ou torpe, *v.g.*, determina a lei que a pena seja exacerbada, ao passo que se

³² STF, 2ª Turma, Rel. Néri da Silveira, DJ, p. 00003, 10 ago. 2000.

decorrentes de relevante valor social ou moral, devem funcionar como redutores da pena.

Afora as atenuantes inominadas, previstas no art. 66 do Código Penal, as demais e as agravantes são circunstâncias *legais, genéricas e obrigatórias*. São *legais*, porque devem estar rigorosamente previstas em lei, em obediência ao princípio da reserva legal. *Genéricas*, porque são aplicáveis a todo e qualquer crime, exceto nos culposos, onde a única agravante aplicável é a da reincidência, embora haja opinião divergente. *Obrigatórias*, já que a ocorrência de qualquer delas impõe sua aplicação, salvo se já incidir como qualificadoras ou causas de aumento ou diminuição de pena.

Além das circunstâncias agravantes e atenuantes previstas no Código Penal, podem existir outras, em legislação especial, como o caso das agravantes previstas no art. 298 da Lei nº 9.503/97 (Código Nacional de Trânsito), direcionadas a todos os crimes culposos de trânsito.

É importante consignar que as circunstâncias agravantes e atenuantes podem, muitas vezes, concorrer com as causas de aumento ou de diminuição de pena, em um mesmo fato. Ora, quando se identificar coincidência entre elas, deverão preponderar as últimas (causas de aumento e de diminuição), não só por serem estas específicas, mas por força de expressa disposição legal (art.61, *caput*, Código Penal), no que diz respeito às agravantes.

Para melhor elucidação, deve o julgador orientar-se pelos seguintes critérios: se existir uma circunstância comum a duas, ou mesmo a todas as fases do procedimento trifásico, tendo em vista a proibição de múltipla valoração, a preferência no reconhecimento dar-se-á na ordem inversa do procedimento, isto é, sempre a fase subsequente precederá a antecedente. Ou seja, a terceira fase tem preferência sobre a segunda e esta sobre a primeira, havendo concorrência, é claro.

Não se pode olvidar, porém, que em algumas hipóteses aquela circunstância possa qualificar o crime, caso em que não será avaliada em nenhuma das fases, porquanto o próprio legislador cuidou de alterar os limites mínimo e máximo da pena, considerada em relação ao tipo *simplex*. É o que ocorre, por

exemplo, com o homicídio qualificado pelo motivo fútil (art. 121, § 2º, II, CP), em que a futilidade do motivo não pode servir para agravar a pena mesmo estando prevista no rol do art. 61, já que é utilizada para qualificar o próprio tipo penal.

O reconhecimento de qualquer uma das circunstâncias agravantes ou atenuantes depende de sua efetiva identificação e prova no processo. É indispensável que, na aplicação de qualquer delas, a decisão seja devidamente fundamentada.

2.1 Das circunstâncias agravantes

Dispõe o art. 61 do Código Penal:

São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência; II - ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada.

2.1.1 A reincidência

A prática repetida do ilícito penal revela uma tendência nociva do agente perante a sociedade. Por isto, a maioria das legislações modernas considera que a partir do segundo crime deve haver um maior aperto na resposta penal, não somente no que se refere à determinação de penas posteriores, mas também influir na restrição de benefícios despenalizadores. A título de exemplo, o condenado reincidente, em regra, deve cumprir a pena privativa de liberdade em regime inicialmente fechado e não possui direito à substituição por pena restritiva de direitos e à suspensão condicional da pena, se reincidente em crime doloso.

No entanto, para o direito brasileiro, reincidente não é aquele que apenas comete uma segunda infração penal. Opera a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado sentença que o tenha condenado por crime anterior, seja no Brasil ou no estrangeiro (art. 63). É conclusão inarredável que, na pendência de qualquer recurso, ainda que especial ou extraordinário, não pode a condenação gerar reincidência, por ausência de trânsito em julgado.

A legislação afasta a possibilidade de recidiva em crimes políticos ou de opinião. Também não a admite na hipótese de uma das infrações penais constituir contravenção penal, já que a expressão legal reporta-se a *novo crime* cometido pelo agente. Porém, a reincidência contravencional é prevista na Lei das Contravenções Penais (art. 7º).

O decurso de prazo, após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória do crime antecedente, pode evitar a reincidência do crime subsequente. É o denominado *período depurativo* que, segundo a lei brasileira, é de cinco anos. Ou seja, não será reincidente quem comete novo crime após cinco anos, contados do cumprimento ou extinção da pena relativa ao primeiro, levando-se em consideração o período de prova do *sursis* e do livramento condicional, se não revogados (art. 64). A certidão expedida pelo respectivo cartório é meio hábil para comprovar a reincidência.

Tendo em vista os enormes gravames que a reincidência enseja (pode provocar o impedimento ou revogação do *sursis*, do livramento condicional, da reabilitação, da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, interrupção e aumento do prazo da prescrição da pretensão executória, a agravação da pena etc), há de ser examinada com cuidado.

O fato de o agente responder a vários processos, em relação a crimes sucessivos, não leva automaticamente à reincidência. É necessário que o novo crime ocorra após o trânsito em julgado do crime anterior. Se, por ocasião da sentença do crime subsequente, houver trânsito em julgado da sentença que apreciou crime anterior, não se pode já afirmar que o réu seja reincidente. Ora, se a primeira sentença adquiriu caráter definitivo após o segundo fato, não há

reincidência, ocorrendo o que a doutrina denomina de réu *tecnicamente primário*, o que quer dizer *não reincidente*, porquanto a lei não criou essa terceira entidade.

Para fins de graduação da pena provisória, na segunda fase do procedimento trifásico, a lei contenta-se com a reincidência genérica. Isto é, não investiga a natureza do crime anterior ou posterior, se culposos, dolosos, idênticos ou não. Ao contrário daquela impeditiva da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, em que a lei exige seja no mesmo crime, isto é, específica. Evidentemente que a natureza do crime anterior, sua vocação ou correlação com o delito subsequente, é que vão ditar o grau da exasperação da pena em decorrência dessa agravante, já que a lei não estabelece outros critérios objetivos.

Critica-se a função da reincidência de causar um novo gravame ao réu, pela razão de já ter ele sofrido as conseqüências da pena infligida ao crime anterior. Sustenta-se que, assim, estaria valorando duplamente o mesmo fato em detrimento do acusado. A censura não se mostra adequada.

Ora, quem já sofreu condenação anterior e pratica novo crime merece, indubitavelmente, uma reprovação maior do que o iniciante primário, pois, apesar da solene advertência condenatória decretada pelo Estado-juiz, o réu não se mostrou resignado. A sanção aplicada, na lição de Julio Fabbrini Mirabete, mostrou-se insuficiente para intimidar ou recuperar o agente, havendo, inclusive, um índice maior de censurabilidade da conduta.³³ É também este o entendimento da jurisprudência francamente dominante.

2.1.2 Motivo fútil ou torpe

Toda ação criminosa do ser humano é movida por um sentimento, isto é, uma ou mais razões alimentam a vontade inserta na conduta. Como visto, o móvel do crime pode revestir-se de um caráter de nobreza e ou de alta censura.

³³ MIRABETE, J. F., *Manual de Direito Penal*. op. cit., p. 296, nota 14.

O motivo fútil, determinante de uma agravação da pena, revela-se pela sua própria expressão. É o motivo insignificante, frívolo, desproporcionado, inadequado. Pretendeu o legislador apertar mais o castigo ao agente que pratica o crime movido por razões assim tão desprezíveis.

Embora tratados com equivalência pela jurisprudência majoritária³⁴, motivo fútil e ausência de motivos não se confundem, mas é certo de que ambos deixam o crime vazio de causa. É por isto que se deve investigar sempre, na instrução do processo penal, quais razões moveram o agente. O ciúme, apesar de divergência jurisprudencial, não se enquadra como motivo fútil³⁵.

Conforme interpretação doutrinária e jurisprudencial, motivo fútil pode ser equiparado a motivo nenhum, à ausência de motivo”³⁶. Por outro lado consideramos que, embora tratados com equivalência pela jurisprudência majoritária, motivo fútil e ausência de motivos não se confundem, mas é certo de que ambos deixam o crime vazio de causa.

É por isto que se deve investigar sempre, na instrução do processo penal, quais razões moveram o agente. O ciúme, apesar de divergência jurisprudencial, não se enquadra como motivo fútil³⁷.

Motivo torpe é aquele que causa asco, repugnância generalizada, abjeção. A prática do crime movida pela inveja, cupidez pelo dinheiro fácil, com propósitos de eliminação da concorrência, etc, caracterizam torpeza do agente. A vingança, para se mostrar torpe, há que se revelar sordidez do criminoso, como aquela que decorre de longa premeditação. Porém, se constituir espécie de retorsão imediata, não caracteriza a agravante, podendo, inclusive, funcionar como atenuante ou causa de diminuição de pena.

³⁴ “Conforme interpretação doutrinária e jurisprudencial, motivo fútil pode ser equiparado a motivo nenhum, à ausência de motivo.” (TJMG, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Luiz Carlos Biasutti)

³⁵ “O ciúme não se coaduna com o motivo fútil.” RT 575.358 (TJGO Segunda Câmara Criminal. Rel. Des. Juarez Távora de Azeredo Coutinho, DJ, p. 18, 05 out. 1995.

³⁶ TJMG, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Luiz Carlos Biasutti.

³⁷ Cf. TJGO, Segunda Câmara Criminal, RT 575.358, Rel. Des. Juarez Távora de Azeredo Coutinho, DJ, p. 18, 05 out. 1995.

É importante aqui consignar que em determinados crimes os propósitos torpes do agente já constituem elementos do tipo penal, como no tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12, Lei nº 6.368/76), *v.g.*, caso em que não se aplica referida agravante.

2.1.3 Conexão teleológica ou consequencial: crime cometido para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro

Essa modalidade de agravante é aplicável na hipótese de conexão de crimes, mas na modalidade *teleológica* ou *consequencial*, não sendo admitida quando se tratar de mera conexão instrumental. É necessário, obviamente, a ocorrência de um *crime-meio* e um *crime-fim*. Quando um crime é praticado para facilitar ou garantir (assegurar) a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime, os fins buscados pelo agente revelam inequívoco ato de torpeza, razão porque parte da doutrina entende dispensável a enumeração de tais agravantes, porquanto já caracteriza a agravante do motivo torpe.

A conexão real de crimes, para fins de agravação da pena, pode ocorrer de várias formas. *Conexão teleológica*: quando um crime é praticado para assegurar a execução de outro. Ex.: sujeito provoca lesões corporais no pai da vítima para praticar contra ela atos libidinosos. O crime-fim, de atentado violento ao pudor (art. 214, CP), foi obtido através do crime-meio, o de lesões corporais (art. 129, CP), ligados por um elo de causa e efeito. O crime-meio, então, deverá ter a pena agravada.

As demais hipóteses de agravamento da pena dizem respeito à *conexão consequencial*, isto é, quando o crime-meio é cometido para assegurar a ocultação, impunidade ou vantagem de outro. Exemplos: 1º) O sujeito, após furtar, incendeia a casa para fazer desaparecer qualquer vestígio. O fato do incêndio é cometido para assegurar a ocultação do furto (o exemplo é de Damásio)³⁸. 2º) O agente seqüestra uma testemunha, única capaz de incriminá-lo, para que não deponha em juízo sobre crime anterior. O seqüestro foi meio de garantir a impunidade. 3º) Alguém

³⁸ JESUS, D. E. de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 215.

comete constrangimento ilegal contra a vítima, que era sua comparsa em crime de furto anterior, para ficar sozinho com a *res furtiva*. O constrangimento ilegal foi meio para assegurar vantagem do crime anterior.

Todas as agravantes da conexão real não são aplicáveis ao homicídio, quando este constituir o crime meio. É que elas já constituem qualificadoras do crime, nos termos do §2º, art. 121, do Código Penal.

2.1.4 Traição, emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido

A execução de um crime deflagrada de modo súbito ou sorrateiro, ou de forma a surpreender a vítima, recomenda maior exasperação da pena, pela quebra deliberada do dever de lealdade por parte do agente. O crime praticado em tais circunstâncias deve ter a pena agravada, salvo se tratar de homicídio que, nessa hipótese, constitui crime qualificado, ou qualquer outro crime que elas constituam elementos do tipo.

A *traição* se revela pela aleivosia, em que o agente surpreende a vítima com um ataque pelas costas, por exemplo. A *emboscada* ocorre quando o agente executa um ataque inesperado à vítima, após ocultar-se para não ser percebido. É a *tocaia*. *Dissimulação* é o escondimento da vontade ilícita, para apanhar o ofendido desprevenido. É o caso de o sujeito demonstrar falsa amizade, fazendo com que a vítima seja apanhada desatenta. Admite o emprego de disfarce ou outra forma de apanhar a vítima indefesa ³⁹.

Agrava-se ainda a pena quando o agente *utiliza-se de outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido*. Aqui é aplicável o princípio de hermenêutica denominado interpretação analógica, isto é, após as fórmulas casuísticas, o legislador descreve uma situação genérica, conforme lição atual de Nelson Hungria:

³⁹ JESUS, D. E., *op. cit.* p. 561.

Quando um dispositivo legal contém uma fórmula exemplificativa e, a seguir, uma cláusula genérica, deve entender-se que esta, segundo elementar princípio de hermenêutica, somente compreende os casos análogos aos destacados por aquela. De outro modo, seria inteiramente ociosa a exemplificação, além do que o dispositivo redundaria no absurdo de equiparar, grosso modo, coisas desiguais. Assim o 'outro recurso' a que se refere o texto legal só pode ser aquele que, como a traição, a emboscada ou a dissimulação, tenha caráter insidioso, aleivoso, sub-reptício. **In exemplis:** lançar algum líquido ou pó irritante nos olhos do adversário para tê-lo à sua mercê; suprimir prévia e furtivamente, qualquer meio de defesa da vítima; prevenir o agente o contra-ataque da vítima, forçando a servir-lhe de anteparo uma pessoa caríssima a esta. A superioridade em armas pode ser acidental ou procurada: no primeiro caso não é propriamente um recurso e, no segundo, não chega a ser uma insídia ou aleivosia desde que não seja empregado, de antemão, algum ardil para assegurar, positivamente, a inferioridade defensiva da vítima.⁴⁰

Assim, os *recursos* utilizados pelo agente, nessa fórmula genérica, devem ser análogos àqueles anteriormente especificados, desde que não possam ser considerados como qualificadora ou causa de aumento de pena.

2.1.5 Emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum

O emprego de *fogo* ou de *substância explosiva* na prática do crime, em virtude da potencialidade de dano contra outras pessoas além da vítima, denotam maior perigo e, por isto, agravam a pena-base. A ministração de *veneno* também autoriza a agravante, mas desde que executada de forma insidiosa, isto é, quando há dissimulação em sua eficiência maléfica. Assim, não caracteriza o venefício quando a vítima tinha conhecimento das conseqüências danosas da substância ministrada.

Aliás, a lei já prevê que o próprio meio insidioso constitui uma agravante genérica, o que se mostra redundante a previsão do venefício como agravante autônoma. *Meio insidioso* é aquele dissimulado, disfarçado, é o que oculta sua verdadeira função. Já o *meio cruel* é aquele que o sujeito age com intensa impiedade ou mesmo sadismo, de modo a causar desmedido sofrimento à vítima.

⁴⁰ HUNGRIA, N. Comentários ao Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. 5 v. t. 1 e 2, p. 169-70.

Ao comentar tais agravantes, Damásio de Jesus remata:

Mais uma vez o Código admite o emprego da interpretação analógica. Temos a fórmula casuística: veneno, fogo explosivo e tortura; e a fórmula genérica: 'ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum'. Entende-se que o 'outro meio' deve possuir a mesma natureza insidiosa ou cruel das circunstâncias especificadas, como, v.g., a asfixia. Como meio insidioso o Código arrola o emprego de veneno; como meios cruéis, fogo e tortura; como meios que podem causar perigo comum, fogo e explosivo. Como se vê, o fogo pode constituir meio cruel ou de que pode resultar perigo comum.⁴¹

A tortura, apesar de hoje constituir crime autônomo (Lei nº 9455/97), pode funcionar como agravante genérica ou mesmo qualificar o crime de homicídio. De acordo com a descrição legal, a consumação do crime de tortura depende de um fim especial, isto é, elemento subjetivo do injusto. Pode se constituir em meio para obtenção de um fim ulterior ou buscar determinado comportamento da vítima, conforme dispõe o art. 1º da Lei n. 9455/97.

Reza o artigo 1º da Lei n. 9455/97:

Art. 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos. § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

Assim, quando a tortura for empregada e não se enquadrar em nenhuma dessas modalidades previstas, passa a funcionar como agravante genérica do crime onde ela constituiu apenas meio de execução.

⁴¹ JESUS, D. E. de., *op. cit.*, p. 562.

2.1.6 Contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge

A pena pode ser recrudescida na segunda fase quando o crime for cometido contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do agente. Impõe a lei um dever de respeito e auxílio recíproco no seio da unidade familiar, de modo que a reprimenda deve ser mais elevada quando houver quebra desses atributos.

É necessário, porém, para reconhecimento da agravante, que haja prova documental hábil de comprovação da relação parental, nos termos da lei civil. Quando se tratar de crime praticado contra o cônjuge, a aplicação da agravante somente é possível se houver casamento civil válido entre autor e vítima. Portanto, a união estável, embora reconhecida pela Constituição Federal (art. 226, §3º) e até mesmo o casamento religioso sem efeitos civis, não autorizam a agravação da pena. É que a expressão *cônjuge* tem exato significado de *pessoa casada* segundo a lei civil, e o princípio da reserva legal impede a aplicação da analogia *in malam partem*.

2.1.7 Abuso de autoridade ou prevailecimento de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade

O abuso de autoridade de que trata esta modalidade de agravante não se refere à autoridade administrativa, cuja previsão está inscrita na alínea “g” do art. 61 do Código Penal. Refere-se a uma superioridade do agente sobre a vítima, como a do pai, tutor ou curador, sobre o filho, tutelado ou curatelado. Nessa hipótese, em caso de abuso ou maus tratos, ou qualquer outro crime de que se aproveite dessa condição, incide a agravante.

Quando o sujeito tira proveito das relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade, evidenciando a quebra do dever de solidariedade, a lei prevê um castigo mais elevado. O vínculo doméstico é caracterizado pela liberdade desfrutada pelo agente no ambiente residencial da vítima, não sendo necessário algum grau de parentesco, podendo inclusive ser empregado, amigo etc. O importante, para reconhecimento da agravante, é que o agente tenha praticado o crime aproveitando-se dessa condição. Relações de coabitação e hospitalidade se assemelham no ponto em que ambas indicam convivência comum, mas se diferem

no aspecto temporal. Enquanto a primeira revela um caráter de permanência, a segunda caracteriza-se pela curta duração.

2.1.8 Abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão

Aqui o abuso de poder agravador da pena é aquele praticado pela autoridade administrativa, que excede no regular exercício de suas atribuições. É necessário, para reconhecimento da agravante, que a arbitrariedade decorrente da superioridade do agente venha reduzir a possibilidade de resistência ou defesa do ofendido.

O dispositivo legal autoriza ainda a majoração da pena-base quando o agente violar dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão. Julio Fabbrini Mirabete esclarece:

Há nessas hipóteses um desvio por parte de quem está obrigado a um respeito maior à lei e que transgride o ordenamento jurídico referente às suas atividades para a prática do delito. Encerram o dispositivo os ilícitos penais praticados com violação do cargo público, já que a palavra 'cargo' tem cunho jurídico próprio, abrangendo policiais, fiscais etc. Não ocorre a agravante quando o exercício do cargo é elementar do crime, como no peculato, concussão etc, ou mesmo quando se trata de circunstância qualificadora. Também não é possível a exasperação quando o autor do crime foi punido também pelo crime de abuso de autoridade definido na Lei nº 4.898, de 09.12.65. Refere-se ainda o dispositivo à violação do dever inerente a ofício, atividade remunerada predominantemente material ou manual (motorista, serralheiro, vigia etc), ministério, atividades religiosas ou sociais (sacerdotes, 'pais de santo', assistentes sociais voluntárias etc), ou profissão, atividade remunerada ou liberal predominantemente intelectual (advogado, médico, engenheiro etc).⁴²

Não se considera como agravante, pois, o abuso de poder ou a violação de dever inerente às hipóteses desse inciso que consistirem em elementar do tipo, qualificadora ou ainda, crime de abuso de autoridade, nos termos da Lei nº 4.898/65.

⁴² MIRABETE. J. F., *op. cit.*

2.1.9 Contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida

O crime praticado contra criança denota maior insensatez por parte do agente, pois tira proveito da maior ingenuidade, fragilidade e capacidade de resistência da vítima, razão porque a pena deve ser recrudescida. Problema ainda não inteiramente solucionado é o conceito de *criança*, para fins de agravação da pena.

Tem-se sustentado que a expressão contida na lei indica que a vítima, para aplicação da agravante, deva possuir idade inferior a 14 anos, limite estabelecido pelo Código Penal para fins presunção de violência nos crimes contra os costumes. Outras opiniões concebem a idade limite inferior a 12 anos, por expressa disposição da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), art. 2º. Para outros, a idade infantil não pode obedecer a critérios cronológicos de aferição, mas critérios biológicos, isto é, a primeira infância, que pode chegar aos 07 ou 08 anos de idade. Leciona Mirabete que: “Criança, para efeitos penais, deve ser entendida como a pessoa que ainda se acha na primeira infância, cujo término é aos sete ou oito anos”⁴³.

O último parece ser mais consentâneo com o propósito legal. O critério de idade limite com base naquela estabelecida para os casos de violência presumida não tem razão de ser, pois cuida-se de uma ficção que o legislador criou somente para hipóteses específicas previstas na Parte Especial do Código Penal. O limite de 12 anos estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, não pode servir de parâmetro, tendo em vista que a própria lei declara que é para seus efeitos, de modo que não se projeta no âmbito do Direito Penal.

O critério há de ser, então, o biológico, tanto assim que o legislador referiu como fatores de ponderação da pena, no mesmo dispositivo legal, outros estágios da vida, como a infância e a velhice, associando a eles uma outra situação, também genérica, a enfermidade. Como a finalidade preponderante da lei é proteger a fragilidade do infante, tanto a física quanto a psíquica, tal circunstância agravante pode ser considerada ainda que a vítima possua mais de sete anos. À

⁴³ TR 544/395.

evidência, não se aplica a agravante quando a infância da vítima constituir elemento ou qualificar o crime.

Quando a vítima for pessoa que se qualifica como *velha* a agravação da pena-base é providência imposta pela lei. Aqui também o legislador não fixou medidas cronológicas, de sorte que a prudência jurídica recomenda a aplicação do critério biológico, pois o fim legal é proteger a vítima que, de uma ou de outra forma, tenha a resistência diminuída, neste caso, debilitada pela degenerescência imposta pela idade. Por isso é defensável a idéia de que basta a vítima ter idade superior a setenta anos para autorizar a aplicação da agravante, seguindo a lógica do art. 65 do Código Penal, onde determina a atenuação da pena do agente quando tal patamar for atingido na data da sentença.

A *enfermidade* da vítima, para que possa agravar a pena, deve ser de tal forma que venha reduzir sua capacidade de reação, como a doença mental, a física, a cegueira permanente, a paraplegia etc. A *gravidez* da ofendida, por igual, autoriza a agravação da pena-base, visando proteger não só o nascituro como também a mulher que se encontra em situação de fragilidade. Tanto a enfermidade quanto a gravidez da vítima, para fins de agravação da pena, devem situar-se na esfera de conhecimento do agente. A exemplo da infância e velhice, somente funcionam como agravante se o crime houver sido praticado diretamente contra a vítima.

De conseqüência, não é em todo e qualquer crime que a vítima estiver nessas condições que se reconhece a agravante, mas somente naqueles praticados diretamente contra a vítima (lesões corporais, *v.g.*), afastados os crimes praticados apenas em prejuízo da vítima (furto, por exemplo).

2.1.10 Quando o ofendido estava sob imediata proteção da autoridade

Esta agravante incide quando a vítima está à mercê, sob as ordens, ou protegida diretamente pela autoridade pública. Não é necessário que o ofendido seja indiciado, acusado ou condenado, podendo ser testemunha ou até mesmo vítima de outro crime. Visa a lei, com a agravante, respeito e segurança à

autoridade no exercício de suas atribuições, ao tempo em que reconhece estar o ofendido, nessas hipóteses, em uma situação de fragilidade.

2.1.11 Ocasão de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido

As situações indicadas pela legislação demonstram enorme insensibilidade moral do agente, o que justifica maior aperto no castigo. Incide a agravante quando o incêndio, o naufrágio, a inundação operem de tal modo a combalir a vítima ou venha facilitar a execução do crime por parte do agente. A lei, através de uma interpretação analógica, autoriza a agravação da pena no caso de qualquer calamidade pública, tal como terremoto, tornado, vendaval etc, isto é, situações semelhantes às fórmulas casuísticas especificadas.

Por razões óbvias, a desgraça particular do ofendido também autoriza a exasperação da pena-base. Isto porque, quem se aproveita do infortúnio alheio para o cometimento de crime merece reação estatal mais severa. Exemplos: cometimento de furto por ocasião de desastre de automóvel, de velório ou cortejo fúnebre etc.

2.1.12 Em estado de embriaguez preordenada

A prática de crime em estado de embriaguez, por si só, não autoriza a agravação da pena. Cuidando-se de embriaguez acidental, decorrente de caso fortuito ou força maior, o agente é inculpável, não podendo sequer sofrer pena (art. 28, §1º, CP). Se ela for voluntária ou culposa, mas sem predisposição do agente para a prática do crime, não exerce influência na majoração da pena. Entretanto, se a embriaguez funcionar como instrumento encorajador do agente, isto é, agir no afrouxamento dos freios inibitórios para a prática do crime, a pena deve ser agravada. É necessário que o agente tenha utilizado o álcool ou substância de efeitos análogos direcionado à prática do crime, pois, caso contrário fica afastada a agravante.

2.1.13 Agravantes no concurso de pessoas

A pena pode ainda ser agravada no caso de concurso de pessoas. Entretanto não é qualquer delito plurissubjetivo que autoriza a medida. O art. 29 do Código Penal estabelece que todo aquele que concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, mas na medida da culpabilidade de cada um. Em algumas circunstâncias, pelo só fato de concorrer para o crime, a pena não sofre variação. Em outras, quando a participação for de menor importância, a pena deverá ser obrigatoriamente reduzida, com incidência de causa de diminuição (art. 29, §1º). Pode ocorrer que, pelas relevantes funções exercidas pelo agente no concurso de pessoas, seja necessário reprimenda mais elevada, caso em que o legislador fez expressa previsão no art. 62 do Código Penal.

A agravação será imposta àquele que promove, ou organiza a cooperação no crime ou ainda dirige a atividade dos demais agentes (inciso I do art. 62, CP). O autor intelectual ou gestor do negócio criminoso, em virtude de sua notória e acentuada responsabilidade – desde a ideação até o desate -, merece maior castigo.

Por igual, quando o autor coage ou induz outrem à execução material do crime também sujeita-se a um maior gravame da pena (inciso II). A coação tanto pode ser moral quanto física, desde que tenha exercido influência no executor do delito. Este somente responderá pelo crime praticado se lhe for possível resistir à coação, qualquer de suas modalidades, mas sem agravação. O induzimento caracteriza-se como forma subliminar de coação, razão pela qual autoriza a exasperação da pena. Através dele o agente mina, obliteradamente, a capacidade de resistência do induzido, através de forte persuasão, até convencê-lo da prática do crime.

A instigação ou determinação de alguém ao cometimento de crime, se sujeito à autoridade do agente ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal (inciso III), também será punida com a pena agravada. *Instigar* significa acoroçar uma idéia preexistente, enquanto *determinar* é fazer brotar a idéia do crime. Em qualquer caso é necessário que o instigador ou determinador exerça sobre o executor certa autoridade, que pode ser de natureza pública ou privada

(serviço, emprego, parentesco, religião, etc), o que o induzido ou instigado seja inimputável (louco, menor etc).

A última hipótese de agravação da pena no concurso de pessoas é quando o agente toma participação no crime mediante paga ou promessa de recompensa (inciso IV). É reconhecida a exasperação qualquer que tenha sido a posição do agente no crime (autoria ou participação), desde que tenha sido movido pelo pagamento ou mediante promessa de recompensa. Estas circunstâncias, aliás, seriam até desnecessárias, pois se enquadrariam perfeitamente na agravante do motivo torpe, assim consideradas para qualificar o homicídio (art. 121, §2º, inciso I, Código Penal).

2.2 Das circunstâncias atenuantes

Conforme já visto, o crime, cometido em determinadas situações, deve ter uma pena mais elevada, por revelar maior insensatez e repúdio na conduta do agente. Por razões de simetria oposta, a conduta do agente pode demonstrar, em algumas circunstâncias, certo grau de nobreza ou compatibilidade com determinados padrões morais, o que autoriza o lenimento da pena.

São as denominadas circunstâncias atenuantes, que, apesar de legais, genéricas e obrigatórias, não são como as agravantes, taxativas. Isto porque, além daquelas especificadas em lei (art. 65), operam também as denominadas atenuantes inominadas (art. 66), onde é facultado ao juiz atenuar a pena em razão de circunstância relevante, surgida antes ou após o crime, ainda que não expressamente prevista.

2.2.1 Menoridade de 21 anos, na data do fato, ou maioridade de 70 anos, na data da sentença

O imputável, menor de 21 anos, que vier a cometer um crime deverá ter a pena atenuada. Presumiu o legislador que o ser humano, antes dessa idade, ainda não conclui por inteiro a formação de sua personalidade. Falta-lhe

maturidade psíquica para compreender os aspectos negativos do crime em sua inteireza. Aliás, a proteção ao menor de 21 anos não se limita ao reconhecimento da atenuante genérica. Tem direito a assistência de curador tanto no curso das investigações policiais quanto no desenvolver do processo penal (art. 194, Código de Processo Penal), sendo que neste último caso a ausência do curador importa sanção de nulidade dos atos subseqüentes (art. 564, III, c), conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

A nulidade decorrente da falta de designação de curador ao interrogatório judicial do réu menor de 21 anos, não assistido por defensor, é de natureza absoluta, devendo ser pronunciada independentemente de caracterização do prejuízo à defesa.⁴⁴

Outra vantagem legal prevista para o menor de 21 anos é a contagem do prazo prescricional pela metade do tempo previsto (art. 115, Código Penal).

A nulidade decorrente da falta de designação de curador ao interrogatório judicial do réu menor de 21 anos, não assistido por defensor, é de natureza absoluta, devendo ser pronunciada independentemente de caracterização do prejuízo à defesa.

Como ainda será visto, a atenuante da menoridade, por criação jurisprudencial, prepondera sobre qualquer outra agravante em caso de concorrência. Conforme a Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça, a prova da menoridade é feita por meio de documento hábil, que é a certidão de nascimento (art. 155, CPP). Já se admitiu, porém, a comprovação por outro documento hábil⁴⁵.

Em caso de senilidade do agente por ocasião da sentença condenatória, deve ser a pena atenuada. A lei não adotou o critério biológico, mas cronológico, contemplando apenas aqueles com idade superior a setenta anos na data do julgamento. É compreensível a atenuante, pois a decrepitude do sujeito recomenda um tempo mais curto de cumprimento de pena.

⁴⁴ STJ, RSTJ 17/352-3.

⁴⁵ Cf. STF, RT 608/448.

2.2.2 Desconhecimento da lei

Enquanto o art. 65, II, do Código Penal, autoriza, em virtude do desconhecimento da lei, a atenuação da pena do agente, o art. 21, taxativamente, declara que o desconhecimento da lei é inescusável. As disposições sugerem noções contraditórias. Mas não é isto, pois é possível a convivência harmoniosa entre ambos preceptivos.

A inescusabilidade do agente, pelo desconhecimento da lei, refere-se à impossibilidade dele eximir-se da pena sob a alegação de desconhecimento formal da norma legal, no que foi certo o legislador. Somente quando há erro sobre a ilicitude do fato é que fica afastada a aplicação da pena, por ausência de culpabilidade – erro de proibição (art. 21. 2ª parte, CP). Desconhecimento da lei e erro sobre a ilicitude de um fato não se confundem, conforme escorreita lição do saudoso professor Francisco de Assis Toledo⁴⁶:

Fixemos isto: lei, em sentido jurídico estrito, é a norma escrita editada pelo órgão competente do Estado. Ilicitude de um fato é a correlação de contrariedade que se estabelece entre esse fato e a totalidade do ordenamento jurídico vigente. Se tomarmos, de um lado, a totalidade das leis vigentes e, de outro, um fato da vida real, não será preciso muito esforço para perceber que a eventual ilicitude desse fato não está no fato em si, nem nas leis, mas entre ambos, isto é, na mútua contrariedade que se estabeleceu entre o fato concreto, real, e o ordenamento jurídico no seu todo. Assim, pode-se conhecer perfeitamente a lei e não a ilicitude de um fato, o que bem revela a nítida distinção dos conceitos em exame.

Estudos revelam que o ordenamento jurídico-legal brasileiro é composto de algo superior a um milhão de atos normativos. Esses números, em si mesmos, já dispensam quaisquer comentários sobre a impossibilidade do indivíduo ter conhecimento completo das normas legais em vigor. Então legislador premiou, com a atenuação da pena, pessoas que revelam absoluta impossibilidade de apreensão da norma violada. De outra parte, esse complexo normativo que a cada dia infla o sistema jurídico, não tem a divulgação necessária, para fins de efetivo conhecimento de seus destinatários, isto é, nos veículos de comunicação em massa, tais como jornais, periódicos, rádio, televisão etc.

⁴⁶ TOLEDO, F. A. de. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 263.

A lei, para que possa produzir efeitos, basta que seja veiculada em diário oficial, cujo acesso é restrito praticamente a órgãos públicos e comunidade jurídica. Por isto, o reconhecimento dessa ignorância como atenuante penal, é perfeitamente louvável e condizente com nossa realidade legislativa atual.

2.2.3 Motivo de relevante valor social ou moral

Conforme já registrado, o crime é ato do ser humano decorrente de uma conduta, positiva ou negativa, sempre movida por uma finalidade (nos dolosos). De regra, a conduta é carregada de uma razão, podendo ser abjeta ou até revestida de uma motivação de matiz nobre, até porque não há como se afirmar, como querem alguns, que o crime foi praticado por motivo de reconhecida nobreza. Se é tão nobre, não pode ser crime.

Quando o agente é guiado por motivos de relevante valor moral ou social, atenua-se a pena. Valor *social* é aquele que tem laços de afeição ao interesse coletivo, tal como a prisão arbitrária de um conhecido traficante de drogas que vende o produto em escola de adolescentes. Já o valor *moral* relaciona-se a particular interesse do agente, como, por exemplo, a injúria provocada pela mãe contra terceiro que troca doestos com o filho dela.

Não há que se confundir a atenuante em estudo com o homicídio privilegiado, previsto no art. 121, §1º, hipótese em que o agente pratica o crime *impelido* por motivo de relevante valor social ou moral. A aplicação do privilégio depende do reconhecimento de maior afinidade entre os motivos e o crime, como se as razões de relevante valor social ou moral *empurrassem* o atente para a prática do crime. A atenuante, como se vê, é mais abrangente, já que, em relação a ela a lei não exige aquela força propulsiva da motivação, merecedora do privilégio referido.

O reconhecimento da atenuante genérica não importa necessariamente na configuração do privilégio. Para a caracterização do homicídio privilegiado pelo relevante valor social ou moral exige-se o preenchimento de duplo pressuposto, qual seja: reação em seguida, mas injusta provocação da vítima.⁴⁷

Assim, ainda que negada a possibilidade do privilégio no crime de homicídio, é possível a aplicação da atenuante.

2.2.4 Reparação do dano antes do julgamento, ou busca espontânea e eficiente do agente para evitar ou minorar as conseqüências do crime

Observa-se, no contexto do Código Penal, que o legislador sempre teve em mira prestigiar o agente que repara o dano provocado pelo crime ou minimiza as conseqüências do delito. É a premiação do arrependimento, o qual mostra compunção do sujeito.

Ao tratar da desistência voluntária e arrependimento eficaz (art. 15), torna atípica a tentativa do crime buscado pelo agente. Isto é, quando ele desiste voluntariamente de prosseguir nos atos executórios ou toma providência de tal modo que evita a produção do resultado, não responderá pelo crime, salvo se dos atos praticados resultarem algum outro delito.

Prevê ainda a lei penal (art. 16) que nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa (restrição não aplicável aos crimes culposos), o agente pode ter a pena reduzida de um a dois terços, se, antes do processo, tiver restituído a coisa ou reparado o dano, por ato voluntário. No crime de peculato culposo (art. 312, §3º) essa providência faz extinguir a punibilidade, e, se vier após o trânsito em julgado, reduz pela metade a pena aplicada.

No caso de crime de emissão fraudulenta de cheque sem provisão de fundos, a reparação do dano antes do recebimento da denúncia, segundo inteligência do verbete sumular nº 554, do Supremo Tribunal Federal, importa em causa extintiva da punibilidade: “O pagamento de cheque emitido sem provisão de

⁴⁷ STF, 2ª Turma, Rel. Djaci Falcão, DJ, P. 27314, 21 out. 1988.

fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal”.

Como se pode perceber, nenhuma das hipóteses anteriores há de ser confundida com a atenuante em estudo, já que sobre ela preponderam. A reparação do dano por ato espontâneo do agente, atendidos os requisitos do art. 65, II, *b*, sempre atenua a pena, em relação a qualquer crime. Entretanto, se tal recomposição ensejar maior benefício ao agente, conforme visto, não se lhe aplica a atenuante, evidentemente. É seguro afirmar, então, que essa causa de lenimento constitui atenuante genérica e subsidiária, isto é, aplicável a todos os crimes e somente quando não for cabível benefício de maior vantagem.

2.2.5 Crime cometido sob coação resistível, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima

Quando alguém pratica o fato típico sob coação irresistível, por óbvio, não poderá sofrer condenação. Se a coação for física, de modo a não ter o sujeito qualquer opção, fala-se em ausência de conduta, por inexistir voluntariedade no agir. A falta de conduta leva à atipicidade do fato, pois é ela um dos elementos do fato típico. Sendo moral e irresistível a coação, ou seja, embora podendo optar por uma ou outra situação, o agente se vê compelido por força intransponível a praticar o crime, fica afastada a culpabilidade, e, de conseqüência, a pena.

É possível, contudo, em determinadas circunstâncias, o agente suportar a coação. Isto ocorre quando o mal que lhe é proposto, seja pela diminuída seriedade ou pequena intensidade, observada a particularidade da cada caso, não tem forças suficientes para sucumbir o agente a tal ponto de optar pela prática do crime. Tem lugar aí a atenuante. Não basta, porém, a alegação de coação resistível para atenuar a pena. É necessário que a coação tenha, com certa idoneidade, exercido sobre ele uma influência de ordem psicológica que, embora não determinante, tenha sido apta para provocar o afrouxamento de seus contêntores internos.

De igual modo, a pena é ainda atenuada quando o agente pratica o crime em cumprimento a ordem de superior hierárquico. Evidentemente que a ordem deva ser ilegal, pois, sendo legal, o fato não constitui crime, pela presença da excludente da ilicitude - estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III). Sendo a ordem não manifestamente ilegal, não se impõe pena ao agente, por ausência de culpabilidade (art. 22). Então, a aplicabilidade da atenuante limita-se àqueles crimes praticados em cumprimento a ordem manifestamente ilegal, tendo o subordinado ciência dessa situação e possibilidade de resistir ao cumprimento determinado pelo superior. O abrandamento da pena é justificável, nessa hipótese, pela reduzida exigibilidade de um agir-de-outro-modo por parte do subordinado, que não deixa de ressentir temor por uma punição funcional, ainda que incabível.

Por fim, a pena pode ser mitigada quando o sujeito praticar o crime sob *influência* de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima. A atenuante difere da situação que autoriza o reconhecimento do homicídio privilegiado. Este somente pode ser reconhecido quando o agente praticar o fato sob o *domínio* de violenta emoção, provocado por ato injusto da vítima. Estar dominado significa estar possuído, ou, nas palavras de José Antonio Paganella Boschi, o sujeito “age com a mente obnubilada”⁴⁸. Assim, é plenamente possível a aplicação da agravante, mesmo com a negativa do privilégio, pois estar *sob influência* é situação mais abrangente do que estar *sob domínio*.

2.2.6 Confissão espontânea da autoria do crime perante a autoridade

O princípio constitucional da presunção de inocência autoriza o acusado silenciar, ou até mesmo mentir, em benefício da própria defesa. Em razão disto, não tem mais lugar a presunção legal de que o silêncio do réu possa trazer algum prejuízo à defesa (art. 186, CPP). Ninguém está obrigado a auto-incriminar-se.

A lei penal, por outro lado, recomenda abrandamento da pena àquele que vier a assumir a autoria do delito por si praticado, desde que o faça de forma espontânea e sem revogação ulterior. Prestigia o agente que tenha contribuído para a busca da verdade real e, de certo modo, revelado compunção.

Está praticamente encerrada a polêmica jurisprudencial sobre o cabimento da atenuante. Julgados mais remotos entendiam que a confissão somente poderia abrandar a pena quando o crime era de autoria desconhecida e o sujeito procurava a autoridade para assumir o fato. Esse entendimento, conservador, justificava que somente quando revestido dessa nobreza a confissão poderia atenuar a pena, pois contribuía para o bom andamento da justiça penal e evitaria acusações infundadas a inocentes.

Hoje, mesmo porque a lei não fez meticulosa exigência, entende-se que a confissão pode lenir a pena ainda que certo e conhecido o autor do crime. E mais, mesmo que apanhado em flagrante, onde a negativa do fato se torna muito difícil ou até mesmo inútil, a confissão espontânea autoriza a redução da pena.

Com o abandono da irreal forma inicialmente adotada, pouco importa que o acusado tenha sido preso em flagrante. A simples postura de reconhecimento da prática do delito e, portanto, da responsabilidade, atrai a observância, por sinal obrigatória, da regra insculpida na alínea "d" do inciso III do artigo 65 do Código Penal - confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime". Tanto vulnera a lei aquele que exclui do campo de aplicação hipótese contemplada como o que inclui requisito nela não contido.⁴⁹

É importante salientar que a confissão seja cabal, completa, e deve ter espontaneidade por parte do agente, de sorte que a assunção do fato de forma parcial ou incompleta, induzida ou *chantageada*, não permite a atenuação do castigo.

A revogação da confissão, de regra, não permite considerar o ato revogado em benefício do agente, mesmo porque ele resolveu *sponte sua* tornar sem efeito suas declarações anteriores. Isto ocorre com muita freqüência naquelas hipóteses em que o agente confessa os fatos perante a autoridade policial (inquérito policial) e depois, geralmente instruído por advogado, nega tudo em juízo (processo penal).

⁴⁸ BOSCHI, J. A. P., *op. cit.*, p. 295.

⁴⁹ STF, 2ª Turma, Rel. Marco Aurélio, DJ, p. 24376, 18 dez. 1992.

Segundo o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a retratação, em juízo, da confissão espontânea prestada na fase inquisitorial, inviabiliza a aplicação da circunstância atenuante.⁵⁰

Pode ocorrer, todavia, que a declaração revocatória da confissão anterior não seja considerada na condenação. Ao contrário, é possível que o juiz, nos termos do art. 197 do Código de Processo Penal, venha considerar idônea a confissão revogada e dela se utilizar para firmar decreto condenatório, verificando, evidentemente, a compatibilidade dela com as demais provas do processo.

A confissão extrajudicial regularmente obtida, a despeito de retratada em juízo, persiste válida e produz efeitos se em consonância com as provas jurisdicionais. IV - A confissão espontânea perante a autoridade policial ou judiciária importa em reconhecimento da atenuante genérica correspondente (CP, art. 65, III, 'd').⁵¹

Ora, neste caso, não se mostra coerente admitir um fato processual para fins de condenação e recusá-lo para efeito de atenuação da pena. Assim, desprezada a revogação, atenua-se a pena.

2.2.7 Crime cometido sob a influência de multidão em tumulto não provocado pelo agente

A força de uma multidão pode provocar as mais diversas reações no comportamento humano, desde a paralisia por um estado de choque até a mais eloqüente excitação.

Quando o sujeito pratica o crime influenciado por uma multidão em tumulto, a redução da pena, imposta pelo legislador, é plenamente justificada. Preleciona José Antonio Paganella Boschi que:

Nessas ocasiões, muitos indivíduos passam por processo de anulação de seus próprios parâmetros morais ou sociais e, contaminados pela multidão, agem segundo os parâmetros da massa, no momento. Não é infrequente o aparecimento de crimes em ambiente onde ocorrem grandes concentrações políticas, quando a discussão ideológica em praça pública reacende paixões, anula os freios inibitórios, gera tumulto e produz conseqüências ocasionalmente muito graves.⁵²

⁵⁰ STJ, 5ª Turma, HC 11958, Rel. Jorge Scartezini, 13 set. 2000, DJ, p. 00219, 18 dez. 2000.

⁵¹ TJGO, Segunda Câmara Criminal, Rel. Dês. José Lenar de Melo Bandeira, DJ, p. 13, 10 jun. 1999.

⁵² BOSCHI, J. A. P., *op. cit.* p. 299.

Há, na verdade, um enfraquecimento dos contêntores internos do agente, de modo que fica ele mais vulnerável à prática de ilícitos, em decorrência da incontrolável força da multidão. Quando, porém, o tumulto decorre de instigação ou incitação do próprio sujeito, a lei impede o reconhecimento da atenuante, por razões óbvias. Afasta-se, por igual, a causa redutora, quando o tumulto provocado pela multidão constituir meio normal de execução do próprio crime, como no caso da rixa.

2.2.8 Atenuantes inominadas

O Código Penal, enquanto enumera *taxativamente* as circunstâncias agravantes genéricas, em respeito ao princípio da reserva legal, admite circunstâncias atenuantes não expressamente previstas na lei. São as atenuantes inominadas. A aplicação delas depende do reconhecimento, pelo juiz, de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime (art. 66, CP).

Julio Fabbrini Mirabete aponta algumas situações que autorizam o reconhecimento das circunstâncias, tais como a extrema penúria do autor de crime contra o patrimônio, o arrependimento do agente, a confissão *voluntária* de crime de autoria ignorada imputado a outrem, a indicação do local onde se encontram o objeto do crime, a recuperação do agente após o cometimento do crime ⁵³. Pode se acrescentar ainda o grave estado de saúde do agente na ocasião da sentença, ou até mesmo veemente provocação da vítima algum tempo antes dos fatos, naqueles crimes contra a pessoa ou contra a honra.

Embora tenha silenciado a lei, as circunstâncias concomitantes ao crime, desde que relevantes, podem também atenuar a pena, conclusão que decorre de uma interpretação extensiva do disposto no art. 66 do Código Penal.

2.3 Aplicação das circunstâncias agravantes e atenuantes

A ausência de um critério legal mais objetivo para orientar a quantidade de pena que deve ser imposta, quando se reconhece uma agravante ou atenuante, faz emergir múltiplas vertentes interpretativas no tocante à *nota* que se deve atribuir a uma ou outra circunstância. Não resta dúvida que o vago legislativo deixa margem a uma exagerada liberdade ao juiz, na fixação da pena provisória.

Entretanto, por outro lado, não impõe amarras no julgador, de sorte que poderá determinar a pena justa, na medida da culpabilidade do agente. Percebe-se que a omissão legislativa foi mais um silêncio eloqüente de que uma lacuna legal despercebida. A escolha da quantidade de pena, quando da avaliação das circunstâncias agravantes e atenuantes, parece ser mais própria e adequada ao juiz do que ao legislador, evitando-se assim, as denominadas penas fixas, onde a liberdade do magistrado fica praticamente tolhida pela lei, o que pode violar o princípio da proporcionalidade da pena.

Partindo-se do axioma de que todo aquele que tem poder é levado a dele abusar, o próprio juiz também há de submeter-se a limitações no âmbito de avaliação daquelas circunstâncias. Caso contrário, poder-se-ia abrir a porta para a impunidade ou para o arbítrio, resultados que não convivem com a ciência jurídica moderna. Qual seria, então, a exata quantidade de pena atribuível a uma circunstância agravante ou atenuante?

Há considerável entendimento de que essas circunstâncias, avaliadas na 2ª fase do procedimento trifásico, não podem ser aferidas isoladamente. Segundo José Antonio Paganella Boschi, o exame das circunstâncias agravantes e atenuantes, dissociados das circunstâncias judiciais, pode levar a uma graduação indevida da culpabilidade. Diz o autor:

Lembremos, por isto, antes de mais nada, que o juiz, ao individualizar a pena-base no mínimo legal, no ponto intermediário entre o mínimo e o termo médio ou, finalmente, na direção desse ponto extremo, o que faz é traduzir, em termos objetivos, o próprio grau de culpabilidade mínima média ou máxima. Ora, se a despeito da redação dada ao art. 59 do CP incumbe-lhe perseguir a pena final

⁵³ MIRABETE, J. F., *op. cit.* p. 304.

necessária e suficiente jamais superior ao grau de culpabilidade do agente pelo fato segue-se, então, em nome da unidade e da coerência interna do sistema, que é esse grau de culpabilidade, associado às razões íntimas da agravante ou da atenuante, que presidirá o processo de concreta determinação das quantidades correspondentes às agravantes e atenuantes, sempre respeitados, como salientamos antes, os limites extremos de um dia e de 1/6 de pena base. Dizendo de outro modo, se na primeira fase a culpabilidade (ou reprovação) foi considerada mínima – com a quantificação da pena-base no mínimo cominado em abstrato – pensamos que no concurso de agravante e atenuante a agravação deverá ser mínima e, naturalmente a atenuação precisará ser mais intensa; se a censura foi considerada média – com a quantificação da pena-base acima do mínimo legal, o magistrado, em consonância com essa graduação, estará autorizado a compensar ou neutralizar a agravante pela atenuante, salvo quando, no concurso, qualquer delas for subjetiva (art. 67 do CP); por fim, aferida culpabilidade máxima – geradora de pena-base na direção do termo médio, a agravação deverá ser a maior possível, próxima da fração de 1/6, ao passo que a atenuação, pelo reverso, precisará ser a menor possível.⁵⁴

Não parece ser esta a melhor solução orientadora dos critérios de avaliação das agravantes e atenuantes. Sem dúvida, jamais o juiz poderá perder de vista a culpabilidade por ocasião da adequação da pena, seja em quaisquer das fases do procedimento trifásico. Todavia, a indissociabilidade das fases, preconizada pelo autor, é que encontra óbice legal e até mesmo lógico.

Sem entrar no mérito dos equivocados *termos médio e mínimo*, previstos em legislações pretéritas e afastados da atual, é perfeitamente cabível a pena-base situar-se no mínimo legal, desde que as circunstâncias judiciais o autorizem, e ser agravada ao máximo por ocasião da segunda fase. O que vai ditar a gravidade da circunstância é o caso concreto e não as circunstâncias judiciais anteriores. É bem possível que a *torpeza* ou *futilidade* dos motivos do crime sejam tão graves que autorizem a agravação em grau elevado. A presença delas não implica, obrigatoriamente, na elevação da pena-base acima do mínimo legal, durante a operação da primeira fase. Nem por isto há impedimento de agravação mais severa, no momento da segunda etapa de concretização da pena.

De igual modo, é perfeitamente concebível elevação da pena-base acima do mínimo legal, e a relevância de uma atenuante permitir que a reprimenda seja atenuada ao máximo, como, por exemplo, o sujeito que aos dezoito anos de idade, de péssima *conduta social*, pratica o crime em *circunstâncias desfavoráveis*, com

⁵⁴ BOSCHI, J. A. P., *op cit.* p. 303-4.

conseqüências negativas. A pena-base, obrigatoriamente, não será o mínimo legal, o que não impede a aplicação da atenuante (menoridade de 21 anos) no grau máximo permitido, pois, aos dezoito anos, a deformação da personalidade encontra-se próxima do limite da inimputabilidade.

Onde entraria a culpabilidade, se os momentos e os requisitos de cada fase são distintos? É que, na avaliação de cada agravante ou atenuante, a culpabilidade tem influência na valoração da circunstância examinada. Quem tortura a própria mulher para se prostituir deve ter uma pena mais agravada do que outro que fere o inimigo por vingança. Ambos os motivos são torpes. Aqui está implícita a culpabilidade, puro juízo de reprovação. Quem pratica um crime faltando um dia para completar 21 anos tem formação psicológica mais completa do que alguém que tenha completado 18 anos poucos dias antes do crime. Ambos merecem atenuantes, mas ao último deve ela ser maior. Esta é a influência da culpabilidade na dosagem da circunstância atenuante. E assim por diante.

Em nota sobre as circunstâncias agravantes, aplicável também às atenuantes, Alberto Silva Franco afirma textualmente que “a lei não estabelece o *quantum* da agravação, que fica, portanto, ao livre arbítrio do juiz, tendo em conta o caso concreto e a personalidade do agente”⁵⁵.

A liberdade do juiz, entretanto, não poderá ficar ilimitada, sobretudo no que diz respeito à quantidade máxima daquelas circunstâncias, sob risco de se criar as repudiáveis penas judiciais, o que violaria o princípio da reserva legal, ensejando apenações abusivas. A quantidade máxima de atenuação ou agravação da pena, embora não o preveja expressamente a lei, pode ser deduzida através de uma interpretação sistemática da lei penal.

O Código, onde pretendeu impor ao réu um gravame ou uma redução de pena igual ou superior a um sexto, di-lo expressamente como causa de aumento ou de diminuição de pena. É o que ocorre, por exemplo, com as causas de aumento

⁵⁵ FRANCO, A. S. *et. al. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*: parte geral. v. 1, t. 1, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

decorrentes da continuidade delitiva, concurso formal, ou com as de diminuição reconhecidas pela participação de menor importância, homicídio privilegiado etc.

É perfeitamente dedutível, dentro de uma lógica sistemática, que quando a circunstância influir na pena de tal modo que a exasperação e o lenimento recomendáveis sejam iguais ou superiores a um sexto (1/6), tenha o legislador optado por uma causa específica de aumento ou diminuição de pena (aplicáveis na 3ª fase), o que afasta as causas genéricas de variação, agravantes ou atenuantes.

Embora tal assertiva não seja plenamente sufragada pela jurisprudência, a limitação desponta-se razoável, sobretudo naquelas hipóteses que militam ao mesmo tempo várias circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Admitido esse critério limitador, persiste ainda a dúvida. Qual a quantidade de pena deve, então, ser escolhida pelo juiz entre um (01) dia e um sexto (1/6) da pena-base fixada? A ausência de critérios milimetricamente objetivos autoriza o estabelecimento do *quantum* através de um livre e prudente arbítrio do juiz. Essa liberdade, conforme já visto, não é cega nem arbitrária. É orientada pela culpabilidade do agente, observada em relação a cada circunstância apreciada, agravante ou atenuante. Enquanto mais censurável a conduta do sujeito – aí tão somente sob o enfoque da circunstância analisada – a agravação mais se aproxima do máximo e, se se tratar de circunstância atenuante, o benefício aproximar-se-á da quantidade mínima.

Identificada a circunstância agravante ou atenuante, ou mesmo o concurso delas, o juiz dosará a quantidade de pena a ser elevada ou reduzida, mas é de observância obrigatória os limites abstratos da pena cominada ao crime, os quais não podem ser ultrapassados. Isto é, se ao crime sob julgamento for prevista pena de um (01) a quatro (04) anos de privação da liberdade, não poderá, em virtude da aplicação de uma ou mais circunstâncias agravantes ou atenuantes, a pena se estabelecer (na 2ª fase) aquém de um ou além de quatro anos.

Apesar de isoladas opiniões em contrário, esse entendimento encontra-se sedimentado na jurisprudência brasileira, tendo o Superior Tribunal de Justiça,

através do verbete nº 231, sumulado que “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal”. Tal limitação, aplicável também às hipóteses de circunstâncias agravantes, emerge de dupla orientação.

A primeira decorre de comando do art. 59, ao determinar que o juiz deverá estabelecer as penas aplicáveis *dentre as cominadas*. Embora o dispositivo legal seja dirigido à aplicação da pena-base, na primeira fase do procedimento trifásico, também há de se estender, neste particular, à segunda fase, já que as agravantes e atenuantes são genéricas e livremente valoradas, sem quantidades predeterminadas pelo legislador.

O segundo fundamento prende-se à vontade da lei. Onde pretendeu o legislador ultrapassar os limites legais da pena abstratamente cominada ao crime, fê-lo em quantidades expressas, tal como ocorre com as causas de aumento e diminuição de pena (3ª fase). Aliás, interpretação em contrário levaria a possibilidade de abusos, tanto na superação da pena máxima (arbitrariedade judicial), quanto na redução da pena mínima (generosidade judicial), nenhuma das hipóteses contemplada pela lei. Além do que, terminaria por violar o princípio da reserva legal, criando-se penas indeterminadas.

A base de cálculo de cada uma das circunstâncias, agravantes ou atenuantes, é sempre a pena-base, isto é, a quantidade de pena encontrada por ocasião da apreciação das circunstâncias judiciais. Assim, havendo sucessivas causas de agravação da pena ou várias hipóteses de atenuação, ou mesmo concurso entre umas e outras, cada qual será calculada com referência ao paradigma pena-base.

Percebe-se que, independentemente da quantidade de circunstâncias que agravam ou atenuam a pena, a base de cálculo será sempre um valor fixo e igual para todos, o que permite a compensação entre atenuante e agravante, desde que, evidentemente, sejam de natureza objetiva ou que não haja preponderação de uma sobre outra, nos termos preconizados pelo art. 67 do Código Penal.

Atenuante e agravante incidem sobre o mesmo quantitativo, ou seja, a pena-base, não havendo como considerar a agravante e, sobre o resultado, fazer incidir a percentagem alusiva à atenuante. Por isto, concorrendo ambas, é comum chegar-se à compensação, de resto inafastável quando adotada a mesma percentagem. Descabe introduzir no art. 68 do Código Penal mais uma fase. O critério trifásico e revelado para fixação da pena-base, em seguida a consideração das circunstâncias atenuantes e agravantes e, por último, a encerrar a terceira fase, o cômputo das causas de diminuição e de aumento.⁵⁶

Esse critério funciona de forma diversa daquelas operações destinadas ao cálculo das causas de aumento e diminuição de pena (terceira fase). Nestas, havendo mais de uma causa (aumento ou diminuição), sempre o cálculo da causa subsequente (a partir da segunda) incide sobre o resultado da operação imediatamente anterior, o que impede a compensação entre uma de aumento e outra de diminuição, porque sempre resultará em prejuízo para o réu, conforme ainda será visto.

É normal que, no procedimento de fixação da pena, o magistrado venha identificar apenas uma agravante ou atenuante, caso em que fará a dosagem e passará à fase subsequente. Pode defrontar, todavia, com múltiplas agravantes e atenuantes que devem influenciar na variação da pena-base. Daí surge o questionamento: quais as hipóteses em que há viabilidade de compensação entre uma agravante e uma atenuante? Qual deve ser aplicada em primeiro lugar, a agravante ou atenuante?

A resposta depende da interpretação do art. 67 do Código Penal, que diz: “No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do atente e da reincidência”.

Já se deduz, sem qualquer esforço, que a lei elegeu determinadas circunstâncias com preponderação, ou seja, a presença delas afasta a possibilidade

⁵⁶ STF, HC 74741-8/GO, Rel Min. Marco Aurélio, DJU, p. 15.203, 25 abr. 1997.

de compensação⁵⁷ e atrai a quantidade de pena para seus limites. Caráter preponderante importa dizer que todas as circunstâncias com esse atributo possuem valor superior a qualquer outra sem essa característica. Assim, entendeu o legislador que a os *motivos do crime*, a *reincidência* e a *personalidade do agente* devem receber especial consideração ao serem valorados como circunstâncias agravantes ou atenuantes da pena, de modo que são reputadas mais *graduadas* que as demais circunstâncias que operam na segunda fase do procedimento trifásico.

Motivos do crime, que são as razões que levaram o agente à prática do fato, ora podem funcionar como agravantes (fútil, torpe), ora como atenuantes (relevante valor social ou moral). A presença, portanto, de quaisquer circunstâncias vinculadas a essas razões, significa hierarquia em relação a qualquer outra que não tenha *status* de preponderante. *Reincidência*, que se traduz pela prática de novo crime após condenação definitiva por crime anterior, somente funciona como agravante e com a marca da preponderação.

A *personalidade do agente*, embora vago o conceito, revela-se pela formação psicológica do autor do crime. Conforme já estudado, essa particular característica do agente já funciona como circunstância judicial para fixação da pena-base. Todavia, se tal característica constituir-se numa circunstância agravante ou atenuante, deixará de ser apreciada no elenco das circunstâncias judiciais e será avaliada na fixação da pena provisória.

A jurisprudência tem dado especial importância a essa circunstância preponderante, quando se tratar de crime cometido por agente menor de vinte e um anos⁵⁸. Empresta a esta atenuante preponderação sobre qualquer circunstância agravante prevista na lei, inclusive a reincidência, que tem o mesmo *status* legal. Isto quer dizer que no confronto direto entre qualquer agravante e a atenuante de menoridade (de 21 anos), o desconto da pena por esta deve sempre ser maior do que o aumento efetuado pelo reconhecimento da agravante.

⁵⁷ Compensação é o procedimento pelo qual o juiz, ao reconhecer equivalência de pesos entre uma agravante e uma atenuante, assim o declara e deixa de majorar e depois reduzir a pena, tendo em vista que o resultado será o mesmo que se aplicasse ambas.

Não quer dizer, porém, que essa privilegiada atenuante venha prevalecer sobre uma soma de agravantes, se ocorrentes. Se, por acaso, assim fosse, bastaria que o réu fosse menor de vinte e um anos na data do crime para que garantisse a não agravação da pena na segunda fase do procedimento de fixação da pena, não obstante a multiplicidade de causas de agravação (por exemplo: reincidência do acusado, ter cometido o crime por motivo torpe, contra mulher grávida etc). Definitivamente, não foi isto que a lei e jurisprudência pretenderam.

Afora essas hipóteses de preponderação, é perfeitamente possível a compensação entre uma circunstância agravante e outra atenuante, desde que ambas possuam natureza objetiva. A compensação é vedada, todavia, quando se tratar de circunstâncias que operem em fases distintas. Não é possível a compensação entre circunstâncias judiciais (1ª fase) e atenuantes ou agravantes (2ª fase), pois se vinculam a etapas diversas.

Embora preveja o Código Penal que o juiz deva considerar, em primeiro lugar, as circunstâncias atenuantes e, depois, as agravantes (art. 68), nada impede a inversão na ordem de apreciação, no caso de concurso entre elas. O importante é que nenhuma deixe de ser apreciada. Pode ocorrer que, ao levar a pena-base para a segunda fase, fixada no mínimo legal, não seja possível aplicar, em primeiro lugar, uma atenuante, pois a pena não pode ser reduzida ainda mais. Neste caso, aplicam-se as agravantes e, em seguida, as atenuantes. O mesmo raciocínio deve ser adotado, embora remota a possibilidade, quando a aplicação das agravantes, em primeiro lugar, puder superar o máximo legal da pena, caso em que a operação será iniciada com as atenuantes. Existindo apenas atenuantes e a pena-base for fixada no mínimo legal, elas deixarão de ser aplicadas, nos termos da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Por muitas vezes as circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas, conquanto presentes nos fatos, não podem ser aplicadas na segunda fase do procedimento. É que se elas constituírem em elementos, qualificadoras ou privilégios de outros crimes, fica afastada a aplicação, sob pena de se incorrer no *bis in idem*. O aborto somente pode ser praticado contra mulher grávida, o motivo

⁵⁸ Cf. TJGO, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des João Canedo Machado, DJ, p. 3, 08 maio 1996.

fútil ou torpe qualifica o homicídio, ao tempo em que o motivo de relevante valor social ou moral o privilegia. Ora, nestes casos não há que se aplicar a agravante do crime cometido contra *mulher grávida*, ou por motivo *fútil* ou *torpe*, nem a atenuante do *relevante valor social ou moral*.

Nos crimes denominados multiquificados ou aqueles em que a lei prevê mais de uma causa de aumento de pena, caso o agente tenha incorrido em duas ou mais delas, é possível a utilização de uma ou mais qualificadora ou causa de aumento, a título de circunstâncias agravantes da pena, a serem calculadas na 2ª fase, como se fosse um aproveitamento da *cota excedente*.

Entretanto, essa providência requer os seguintes cuidados: a) uma das circunstâncias deve funcionar, obrigatoriamente, como qualificadora ou causa de aumento de pena, conforme o caso; b) as outras somente podem ser reconhecidas como agravantes quando a lei fizer expressa previsão do fato como *circunstância agravante*.

Ainda que múltiplas, mas se nenhuma das circunstâncias adequarem às hipóteses legais (arts. 61 e 62, por exemplo), não podem influenciar na pena provisória, admitindo-se a utilização delas no exame das circunstâncias judiciais (art. 59, CP). Exemplos: a) homicídio praticado por motivo *torpe* e executado mediante *venefício*: o emprego de veneno pode funcionar como qualificadora e a torpeza como circunstância agravante; b) roubo mediante *emprego de arma* e *concurso de pessoas*: enquanto o emprego da arma autoriza o aumento da pena (causa de aumento de pena - 3ª fase), o concurso de pessoas pode ser avaliado na aferição da pena-base, *circunstâncias do crime*.

As circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas são aplicáveis a todos os crimes dolosos. Com exceção da reincidência, aos crimes culposos não se aplicam as agravantes, pois, vinculadas que estão ao fato criminoso, não podem ser consideradas no propósito do agente, o qual não deseja o resultado. A aplicação da agravante da reincidência aos crimes culposos decorre da ausência de liame entre a circunstância e o próprio delito.

Terminada a operação de estabelecimento da pena provisória, passa-se a apreciação das causas de aumento e de diminuição de pena, terceira e última fase do procedimento. Será a próxima tarefa.

3 Terceira Fase: Pena definitiva. Causas de aumento e de diminuição da pena.

Conhecidas também por majorantes e minorantes, as causas especiais de aumento e de diminuição de pena exercem influência na última fase do procedimento trifásico de fixação da pena.

Elas, porém, não se confundem com as circunstâncias agravantes e atenuantes. Estas são marcadas pelo caráter genérico e, conforme já registrado, podem incidir indistintamente em quaisquer crimes, exceto os culposos para as agravantes. Já aquelas somente terão aplicabilidade quando expressamente distinguida pela lei, cuja referência tanto pode se fazer na PARTE GERAL quanto na PARTE ESPECIAL da legislação. O certo é que as causas especiais de aumento e ou diminuição de pena possuem uma maior carga de valoração, isto é, exercem maior influência na variação da pena provisória.

Essas causas, que operam sempre na terceira e última fase da dosimetria da pena, marcam presença em inúmeras passagens do Código Penal. A Parte Geral registra: artigos 14, parágrafo único; 24, §2º; 26, parágrafo único; 28, §2º; 29, §1º; 70, *caput*; 71, *caput*; 73, 2ª parte; 74, parte final. Na Parte Especial estão assim consignadas: artigos 121, §§ 1º e 4º; 122, parágrafo único; 127; 129, §§4º e 7º; 133, §3º; 135, parágrafo único; 141, I a III, e parágrafo único; 146, §1º; 150, §2º; 151, §2º; 155, §§ 1º e 2º; 157, §2º; 158, §1º; 168, parágrafo único; 170; 171, §§ 1º e 3º; 175, §2º; 208, parágrafo único; 209, parágrafo único; 221; 226; 245; 250, §1º; 251, §2º; 258; 263; 264, parágrafo único, *in fine*; 265, parágrafo único; 266, parágrafo único; 267, §1º; 268, parágrafo único; 285; 288, parágrafo único; 295; 296, §2º; 297, §1º; 299, parágrafo único; 312, §3º; 317, §1º; 332, parágrafo único; 333, parágrafo único; 334, §3º; 339, §§1º e 2º; 342, §2º; 347, parágrafo único; 357, parágrafo único.

Além destas, inúmeras outras são previstas em leis extravagantes, como, por exemplo, aquelas majorantes do art. 18, incisos I a IV, Lei 6.368/76. Outras, embora constantes de legislação especial, têm aplicação direta sobre crimes tratados pelo Código Penal, como a causa especial de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos (n. 8.072/90).

As causas especiais de aumento ou de diminuição de pena são de aplicação obrigatória e podem vir em quantidades fixas ou variáveis. Sendo fixas, não resta nenhuma liberdade ao julgador, cabendo apenas aplicá-las na exata quantidade determinada pelo legislador. É o caso, por exemplo, do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, acima referido, onde determina o aumento da pena pela metade.

Já a aplicação das causas variáveis, em que a própria lei estabelece uma quantidade mínima e máxima de variação, enseja ao juiz uma certa liberdade na escolha do *quantum* de pena a aumentar ou diminuir, desde que dentro dos limites de variação estabelecidos, tal como ocorre no crime de roubo, praticado com emprego de arma, em que a pena será aumentada de um terço até metade (art. 157, §2º, inciso I, Código Penal).

O critério para a escolha da quantidade de pena a aumentar ou diminuir, quando se tratar daquelas causas variáveis, é o mesmo que norteia o cálculo das circunstâncias agravantes ou atenuantes, já estudado. A aferição deverá observar o grau de reprovação da conduta circunstancial, de modo que enquanto maior a censura sobre o autor, em relação ao fato que se fez incidir a causa – majorante ou minorante -, maior deve ser o gravame final.

Tome-se, a título ilustrativo, o exemplo do crime de extorsão, com a causa de aumento de pena, de um sexto (1/6) até metade (1/2), em decorrência do concurso de pessoas (art. 158, §1º, 1ª parte, Código Penal). Ora, o número de participantes do crime é fundamental para orientação do juiz na escolha da quantidade de pena a aumentar, de sorte que o concurso de duas pessoas indica aumento próximo do mínimo (1/6), enquanto que se fossem inúmeros agentes executores, a majoração deveria aproximar-se do máximo (1/2).

Quando se diz aproximação da pena ao mínimo ou ao máximo, é porque outros elementos devem também ser avaliados. Neste caso, há de se considerar também, a efetiva atividade de cada agente na execução material do delito, ou se existiu apenas participação intelectual, fatores que também influenciam na quantidade de majoração. Como se pode perceber a culpabilidade traduz-se sempre em elemento informador do juiz na graduação da pena, avaliada em qualquer fase do procedimento trifásico, seja em relação ao fato principal ou uma circunstância.

Determinadas causas de aumento e ou diminuição de pena, conforme ainda será analisado com maior detalhamento, recebem da jurisprudência tratamento diferenciado de mensuração, quando comparadas às demais. É o caso da tentativa, concurso formal e crime continuado, onde o critério objetivo informa a quantidade de pena a aumentar ou a diminuir.

Na aplicação das causas de aumento e ou diminuição de pena não está o juiz obrigado a respeitar os limites, mínimo e máximo, da pena cominada ao crime. Quando o próprio legislador determinou a quantidade de aumento ou diminuição, fixa ou variável, não podendo o magistrado afastar-se de tais limites, resta óbvio que a pena abstratamente prevista para o crime possa situar-se além do máximo ou aquém do mínimo legal.

Assim, no crime de furto qualificado (art. 155, §4º, CP), por exemplo, tendo o agente, por ato voluntário, restituído a coisa ou reparado o dano antes do recebimento da denúncia, poderá ser aplicada pena inferior ao mínimo legal de dois anos. Sendo o *arrepentimento posterior* (art. 16, CP) uma causa especial de diminuição de pena (de um a dois terços), que opera na terceira fase, nada impede a concretização da pena final abaixo do patamar legal.

De igual modo, é perfeitamente admissível, no crime de estupro (art. 213, CP), a pena estabelecida na sentença situar-se acima do máximo legal cominado ao crime – dez anos-, quando, por exemplo, for reconhecida uma das causas previstas no art. 226 do Código Penal, em que é obrigatório o aumento da pena provisória de quarta parte.

É importante ter registrado que somente na aplicação das causas de aumento e ou diminuição de pena, na terceira fase do procedimento trifásico, é que não se observam os limites mínimo e máximo da pena cominada ao crime sob julgamento. Nas duas primeiras fases, a observância desses limites é obrigatória.

3.1 Pluralidade de causas de aumento e diminuição

Não é raro a ocorrência simultânea de várias causas de aumento e ou diminuição. Surgem, então, alguns questionamentos. Quando múltiplas causas de aumento operarem ao mesmo tempo, aplicam-se todas? O mesmo ocorre com as causas de diminuição? No concurso delas, qual deve ser aplicada primeiro, a causa de aumento ou a de diminuição? A base de cálculo, nas sucessivas causas de aumento, ou sucessivas causas de diminuição de pena, será sempre a quantidade de pena provisória (vinda da segunda fase) ou o resultado da operação imediatamente anterior? Pode haver compensação entre uma causa de aumento e uma causa de diminuição de pena, se iguais em quantidade?

Vale repetir, as causas de aumento e de diminuição de pena são previstas tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial do Código Penal. Ao cuidar do cálculo da pena, o legislador teve o cuidado de segregar aquelas previstas numa e noutra Parte do Código Penal, para fins de aplicação simultânea. Disse, no parágrafo único do art. 68: “No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na *Parte Especial*, pode o juiz limitar-se a **um só aumento ou a uma só diminuição**, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua” (original sem grifos).

Isto quer dizer que, concorrendo várias causas de aumento de pena entre si, ou simultâneas causas de diminuição, deve-se investigar onde umas ou outras estão previstas. Se consignadas na parte geral, aplicam-se todas, sem restrição, sejam majorantes ou minorantes. Exemplos: a) se em um mesmo fato identificar-se a tentativa (art. 14, II), arrependimento posterior (art. 16) e participação de menor importância (art. 29, §1º): devem ser aplicadas todas estas causas de diminuição de pena; b) achando-se presentes causas de aumento, como, *v.g.*, a cooperação dolosamente distinta (art. 29, §2º) e concurso formal (art. 70),

efetua-se o aumento de ambas. Assim o é porque o referido dispositivo legal (art. 68) exclui da aplicação sucessiva somente aquelas previstas na Parte Especial.

A hipótese legal, com bastante clareza, afasta a possibilidade de incidência de duas ou mais causas de aumento de pena, ou de diminuição, quando previstas na Parte Especial. Embora utilizada a expressão *pode*, ao se referir a aplicação de uma só causa, ela constitui um dever do juiz, de modo que não é possível, neste caso, o reconhecimento de sucessivas majorantes, ou de sucessivas minorantes. Todavia, diante da presença simultânea de uma e outra - causa de aumento e de diminuição-, aplicam-se as duas. Exemplo: o crime de rapto consensual (art. 220) pode ter a pena reduzida de um terço se o rapto é para fim de casamento (art. 221), mas se o crime é cometido por empregador da vítima, a pena deverá ser aumentada em quarta parte (art. 226, II); deve-se, pois, efetuar as duas operações, aumento e diminuição da pena na terceira fase.

Quando se tratar de pluralidade de majorantes previstas na Parte Especial, nas quais tenha o agente incorrido, relativamente ao mesmo fato principal, é como se o Código Penal descrevesse: *Havendo concurso entre as causas especiais de aumento de pena, contidas na Parte Especial, o juiz procederá ao aumento de uma só delas, a que mais aumentar.*

É o caso, por exemplo, do art. 141 do Código Penal: se o crime de calúnia, injúria ou difamação for cometido contra o Presidente da República, a pena será aumentada de um terço (inciso I); se este mesmo crime tiver sido praticado mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro (parágrafo único). Percebe-se que existem duas circunstâncias, em relação ao mesmo crime, que determinam o aumento da pena em patamares diferenciados (um terço e o dobro), o que, à luz do art. 68, parágrafo único, deve ser reconhecida apenas uma, a mais grave, a pena duplicada.

Se a concomitância for entre causas de diminuição de pena, o dispositivo penal deve ser assim interpretado: *Havendo concurso entre as causas especiais de diminuição de pena, contidas na Parte Especial, o juiz procederá à diminuição de uma só delas, a que mais diminuir.*

É a hipótese do art. 221 do CP, onde, no crime de rapto, a pena deve ser reduzida de um terço se o agente pretendia casar-se com a vítima; o mesmo dispositivo determina a redução da pena pela metade, se o agente restitui a vítima à liberdade sem ter praticado com ela qualquer ato libidinoso. A presença de ambas as circunstâncias recomendaria dupla redução da pena (de um terço e metade), mas por força do art. 68, parágrafo único, aplica-se somente uma, a que mais diminuir, neste caso, a redução pela metade.

Contudo, tanto a doutrina quanto à jurisprudência têm dado um tratamento muito restrito ao alcance do parágrafo único do artigo 68 do Código Penal. Quando referida norma impõe ao juiz, ao identificar várias causas na Parte Especial, o dever de eleger uma só causa de aumento, a que mais aumentar, ou uma só de diminuição, a que mais diminuir, não se limitou àquelas hipóteses em que a lei penal incriminadora preveja, em abstrato, valores distintos para quem incorrer em mais de uma circunstância que autorizem o aumento ou a diminuição da pena.

É plenamente factível a aplicação do referido dispositivo a situações que a lei preveja, em abstrato, idêntica quantidade de majoração de pena para as várias circunstâncias que autorizem o aumento da pena, desde que a quantidade de pena a aumentar seja variável.

Tome-se o exemplo de um único crime de roubo (art. 157 do CP) praticado nas seguintes circunstâncias: a) emprego de várias armas pesadas, de grosso calibre, e alto poder de fogo; b) concurso de duas pessoas. Ambas as hipóteses autorizam idêntico aumento de pena: de um terço (1/3) até metade (1/2), nos termos do §2º, incisos I e II, art. 157. Sabe-se que o juiz deve optar por um só aumento, sendo que a outra circunstância poderá funcionar como agravante genérica, se expressamente prevista em lei, ou atuar como circunstância judicial.

Esta é a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal:

Concorrendo várias qualificadoras em um mesmo tipo penal, só na delas deve incidir como causa de aumento. A outra ou as demais apenas devem servir como circunstância agravante – e mesmo assim – quando enquadráveis nas hipóteses previstas pelos arts. 61 e 62 do CP.⁵⁹

Ora, à luz do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, deve-se aplicar aquela de mais aumentar, isto é, a que se revelar de maior gravidade em relação a outra. O emprego de várias armas pesadas, de grosso calibre e alto poder de fogo, mostra-se muito mais censurável do que o singelo concurso de duas pessoas. Assim, a quantidade de pena a majorar poder-se-á aproximar do máximo – metade (1/2), enquanto que se for reconhecido o concurso simples de duas pessoas, como causa especial de aumento de pena, por se revelar de menor censurabilidade, a quantidade de aumento aproximar-se-á do mínimo – um sexto da pena provisória. A adoção desta última hipótese contraria frontalmente o critério eletivo formulado pelo legislador, através do art. 68, parágrafo único, do Código Penal.

O cálculo das causas especiais de aumento e ou diminuição de pena deve iniciar-se a partir da pena provisória encontrada na segunda fase do procedimento trifásico. Mas, apenas e tão-somente a primeira operação. A partir dela, os cálculos subseqüentes, sejam para fazer incidir majorante ou minorante, devem sempre ter por base o resultado encontrado na operação imediatamente anterior.

Exemplo: se a pena provisória encontrada foi de nove anos de privação da liberdade e houver de incidir um aumento de um terço (1/3) e duas diminuições, uma de um terço (1/3) e outra de metade (1/2); na primeira operação a ser feita, a base de cálculo será a pena de nove anos, a pena provisória; sobre ela pode-se aplicar uma causa de aumento ou de diminuição da pena, tanto faz, a ordem não altera; iniciando-se pela causa de aumento de um terço (1/3), chega-se a doze anos (1/3 de nove mais nove); na operação seguinte, a aplicação da primeira minorante incidirá sobre a pena encontrada na operação anterior, doze anos; assim, efetuando o desconto de um terço (1/3) de doze anos, resulta em oito anos; em seguida, procede-se ao desconto da pena pela metade (segunda causa de

⁵⁹ STF, HC, Rel. Min. Celso Melo, RT 726/555, In Alberto Silva Franco....

diminuição) sobre a pena de oito anos, chegando-se à pena final de quatro anos de privação da liberdade.

Algumas opiniões doutrinárias insistem que, independentemente da quantidade de majorantes ou minorantes, elas sempre devem incidir individualmente sobre a pena provisória. Tais concepções são altamente temerárias, pois permitem chegar a uma pena *zero*. Imagine-se um crime de homicídio tentado, cometido por motivo de relevante valor moral, caso em que o juiz resolva reduzir a pena em dois terços ($2/3$) pela tentativa e em um terço ($1/3$) pelo privilégio; suponha-se a pena provisória de seis anos; sobre ela incidirá dois terços ($2/3$) de redução, o que corresponde a quatro anos a serem descontados do total; em seguida, utiliza-se novamente a pena provisória de seis anos como base de cálculo para aplicação da segunda causa de diminuição, de um terço ($1/3$), resultando em um desconto de dois anos; ora, o total de descontos, seis anos (quatro anos + dois anos), leva a pena final a zero. Isto é inimaginável, pois simples manobras aritméticas não podem levar o condenado à impunidade.

Apesar de a lei priorizar a aplicação das causas de diminuição de pena, para, em seguida, aplicar as de majoração, nada impede a inversão dessa ordem, já que sempre haverá obtenção do mesmo resultado. Assim, não havendo prejuízo ao sentenciado, a inversão constitui mera irregularidade.

Porém, ao contrário do que ocorre com as atenuantes e agravantes, a compensação entre causas especiais de aumento e causas especiais de diminuição não se mostra viável, ainda que possuam valores idênticos. Suponha a hipótese de concorrência de uma majorante de um terço ($1/3$) com uma minorante de igual valor, sobre uma pena provisória de nove anos. Se efetivar a compensação, isto é, a causa de aumento anular a causa de diminuição, tem-se a pena final de *nove anos*. Mas, se a majorante for aplicada sobre a pena provisória de nove anos, esta será elevada a doze anos. Em seguida, sobre esse resultado, aplica-se a causa de diminuição de um terço ($1/3$), o que leva a pena final para *oito anos*. Como se vê, a compensação, nesta terceira fase, causa prejuízo ao réu, por isto não é permitida.

3.2 Cálculo das penas na tentativa

Algumas causas especiais de aumento e de diminuição de pena, previstas na Parte Geral do Código Penal, receberam da doutrina e jurisprudência critérios particularizados de aferição. É o caso da diminuição da pena decorrente da tentativa, e também das exasperações quando se reconhece o concurso formal de crimes ou crime continuado.

Apesar da possibilidade de o crime tentado sofrer cominações penais idênticas à do crime consumado, quando assim expressamente o dispuser a lei, o Código Penal determina que, *salvo disposição em contrário*, a pena, no caso de tentativa, será a mesma do crime consumado, *reduzida de um a dois terços* (art. 14, parágrafo único). Antes, porém, define crime tentado como sendo aquele que, *iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente* (inciso II).

A tentativa nada mais é, portanto, do que a realização incompleta da figura típica, onde o agente busca, através de sua conduta, preencher os elementos da definição legal do crime, mas por circunstâncias alheias à sua vontade, o fato não se consuma. O agente, ao tentar praticar o crime, não incorre diretamente no tipo legal incriminador, por isto é que se diz que a tipicidade da tentativa é de subsunção mediata, sendo que o art. 14, inciso II, funciona como uma norma extensiva de caráter temporal, para o fim de alcançar e punir fatos lesivos ocorridos em *tempo* anterior à consumação.

Para a existência da tentativa, é necessário, pelo menos, o início de atos materiais de execução do crime. Portanto, a cogitação e atos preparatórios, quando a lei não dispuser de modo diverso, não são suficientes ao reconhecimento do *conatus*.

Outro elemento indispensável para que ao agente se imponha a pena do crime tentado (pena do crime consumado, reduzida de um a dois terços), é que a consumação não tenha ocorrido por circunstâncias alheias à sua própria vontade. Se, por ato próprio, o sujeito interrompe os atos executórios ou impede que o resultado se produza, não havendo consumação, fica afastada a tentativa, seja pela

desistência voluntária ou arrependimento eficaz, caso em que responderá pelos atos até então praticados (art.15, CP).

A escolha da quantidade de pena a reduzir, pelo reconhecimento da tentativa, considerando a teoria objetiva adotada pelo Código Penal, tem recebido da jurisprudência interessante orientação. Enquanto mais o fato criminoso se aproximar da consumação, menor a redução da pena; enquanto mais dela se afastar, maior o desconto.

A pena, reconhecida a tentativa, deve observar o *iter criminis* percorrido, tanto mais próximo da consumação, menor deverá ser o redutor.⁶⁰

Também há de ser observado o *iter criminis* percorrido pelo agente, de modo que a quantidade de redução deva ser inversamente proporcional à intensidade e quantidade dos atos executórios praticados pelo agente. Por esse critério, a redução aproximar-se-á do máximo quando os atos executórios são interrompidos logo no início da atividade criminosa, e, diminuída ao mínimo ou próxima dele, quando o sujeito percorre todo o itinerário do crime.

Interrompido logo no início o *iter criminis*, pela imediata reação da vítima, impõe-se a redução da pena no limite máximo de dois terços (2/3), não no mínimo, como consta da sentença.⁶¹

Tais critérios são melhor entendidos a partir da definição das duas modalidades de tentativa.

A *tentativa perfeita*, também conhecida por *crime falho*, ocorre quando agente esgota todos os meios de execução de que dispõe, apesar disso o resultado não se produz, mas por circunstâncias alheias à sua vontade. Não parece ser a melhor orientação, neste caso, sempre a redução da pena provisória pela quantidade mínima legal (1/3), só pelo fato de o agente ter percorrido todo o itinerário do crime. É imperioso verificar a proximidade ou não da consumação do fato pretendido pelo sujeito, pois é bem possível o exaurimento dos meios executórios sem muita proximidade da consumação do crime. É o que ocorre, por

⁶⁰ TACRIM/SP, 11ª Câmara, Rel. Fernandes de Oliveira, 15 jul. 1998.

⁶¹ TJGO, Segunda Câmara Criminal, Rel. Dr Remo Palazzo, DJ p. 10, 16 mar. 1995.

exemplo, com a tentativa *branca* de homicídio, em que o agente detona todos os projéteis da arma sem alvejar a vítima. Nesta hipótese, a redução não poderá ser a mínima.

Ocorre a *tentativa imperfeita* quando circunstâncias alheias à vontade do agente o interceptam no curso dos atos executórios, isto é, o sujeito é impedido de prosseguir na execução do crime. Aqui, a quantidade de pena a reduzir também deve ser avaliada diante do fato concreto. Não é automática, neste caso, a aplicação do redutor ao máximo - dois terços - pelo fato de não ter o agente percorrido todo *iter* executório. Conforme já acentuado, necessário se faz avaliar a proximidade da consumação do delito, pois, a ausência de exaurimento dos meios de execução não significa distanciamento da consumação. Ao contrário do exemplo acima, é possível a tentativa de homicídio onde, com um só disparo, o agente venha ferir gravemente a vítima, apesar de não ter se utilizado dos demais projéteis, em virtude da interferência de terceiros. Neste caso, a proximidade da consumação recomenda redução mínima em decorrência da tentativa.

3.3 Causas de aumento de pena no concurso de crimes

Quando o agente pratica mais de um crime, deveria, a rigor, sofrer sempre a quantidade de pena correspondente a todos eles. Entretanto, por razões de política criminal, o Código Penal estabelece, em determinadas circunstâncias, critérios próprios para fixação da pena, no caso de concurso de crimes. A regra, entretanto, é a ditada pelo art. 69, isto é, a soma das penas, quando houver *concurso material* de crimes.

3.4 Concurso formal

É possível que o agente, mediante uma só ação ou omissão, venha praticar dois ou mais crimes, idênticos ou não. É o denominado concurso formal de crimes, ou também concurso ideal. Neste caso, apesar da pluralidade de ofensas, não se lhe aplicam as penas somadas. É o que diz a primeira parte do art. 70, do Código Penal, *verbis*: “Quando o agente, mediante uma só ação ou

omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade”.

Ao adotar a denominada *teoria da exasperação*, a lei penal determina, ao ser identificada uma situação ali prevista, a adoção da pena mais grave ou de qualquer delas, se iguais, aumentada de uma quantidade variável, isto é, de um sexto até metade. Assim, sofrerá o agente uma pena intermediária entre o crime mais grave e a soma de todas elas. Apesar de constituir uma causa especial de aumento de pena, calculável na última fase do procedimento trifásico, a exasperação decorrente do reconhecimento do concurso formal (e também crime continuado) guarda determinadas particularidades.

Como a própria expressão indica, no concurso formal há mais de um crime. Com efeito, para a aplicação da causa de aumento, torna-se necessário a identificação dos crimes que compõem o concurso e a individualização da pena em relação a cada um deles. Somente após a dosagem das respectivas penas, com observância da primeira, segunda e terceira fases, é que o magistrado escolherá a pena mais grave, ou qualquer delas se iguais, e fará incidir a exasperação da pena final, de um sexto até metade.

Não é raro encontrar julgados em que o juiz limita-se a *escolher* apenas um dos crimes e, em relação a ele, dosar a pena e aplicar exasperante do concurso formal, deixando de individualizar a pena em relação aos demais. Esse procedimento é equivocado e pode gerar nulidades, pelas seguintes razões.

Em primeiro lugar, o critério de aplicação de pena no concurso formal de crimes, à evidência, foi instituído para beneficiar o réu, tanto que o parágrafo único, do art. 70, diz que a pena, com a exasperação, não poderá exceder a que seria cabível no concurso material. É o denominado *concurso material benéfico*, onde, ainda que se trate de concurso formal de crimes, despreza-se a aplicação de uma única pena e sua exasperação (de um sexto até metade) e procede-se à soma de todas, pois este resultado conduz à pena inferior àquela que seria obtida se fossem aplicadas as regras do concurso formal.

Observe-se o exemplo do crime de homicídio qualificado praticado em concurso formal com lesões corporais de natureza grave (art. 129, §1º). Suponha-se que o agente mereça pena mínima para cada um deles: doze anos de privação da liberdade para o crime de homicídio e um ano, para o de lesões corporais. Se adotar o procedimento correto, o juiz ao dosar cada uma das penas no mínimo legal, escolherá entre exasperar a mais grave de um sexto até metade ou somar ambas, o que for melhor para o réu. Optando pela regra do concurso formal, mesmo com exasperação mínima (1/6 da pena), totalizará uma apenação de quatorze (14) de privação da liberdade (12 anos mais 1/6), quantidade superior à soma das penas, que é de treze anos. Esta deverá ser a pena aplicada.

Ora, se não for feita a dosagem individualizada de cada crime componente do concurso formal, como poderá a parte saber se lhe seria favorável o concurso material benéfico? Não teria como aferir as diferenças entre a soma das penas e a exasperação da pena mais grave. Seria burla direta ao parágrafo único, art. 70, do Código Penal. Esta é uma das razões que determinam a sacramental fixação da pena em relação a cada crime componente do concurso.

Outro motivo que impõe a necessidade de cálculo individualizado da pena é a possibilidade de ocorrência da prescrição. De acordo com o art. 119 do Código Penal, a prescrição, ao operar como causa de extinção da punibilidade, no concurso de crimes, deverá incidir sobre a pena de cada um, isoladamente. Não havendo o cálculo da pena em relação aos crimes menores, sofrerá prejuízos o acusado, no que diz respeito ao prazo prescricional contado com base na pena que deveria ser concretamente fixada, porquanto o período da prescrição com base na pena em concreto é, de regra, menor. De conseqüência, o prazo prescricional seria sempre o máximo, com base no art. 109, o que violaria o art. 110, onde prevê como parâmetro do prazo prescricional, a quantidade de pena concretamente fixada. Em conclusão, a ausência de pena fixada importa em suprimir as hipóteses de prescrição retroativa e intercorrente, violando direito subjetivo do acusado.

Mais uma razão que torna inafastável o dever de se fixar pena para cada um dos crimes componentes do concurso, é a possibilidade de reforma do julgado pelo órgão revisor.

Se o juiz vier a dosar a reprimenda apenas em relação a um dos crimes com a respectiva exasperação, deixando de fazê-lo no tocante aos demais delitos do concurso, pode-se chegar à nulidade do ato judicial condenatório. É que o acusado, em grau de recurso, pode ser absolvido em relação ao crime que houve pena fixada, seja por atipicidade ou inexistência do fato, negativa de autoria, excludente da ilicitude, ou qualquer outro motivo. Daí decorre que os demais crimes ficam sem pena, não podendo o órgão recursal fixar pena em relação aos demais crimes componentes do concurso, sob pena de suprimir um grau de jurisdição. O máximo que poderá fazer o órgão *ad quem* é anular a sentença para que o magistrado *a quo* profira outra, excluindo-se, evidentemente, o fato que rendeu absolvição. Se a pena já houvesse sido dosada em relação a todos os crimes na sentença condenatória, o órgão revisor apenas ajustaria a reprimenda já estabelecida, levando-se em conta a absolvição relativa a um dos crimes componentes, sem necessidade de novo julgamento pelo primeiro grau de jurisdição.

São, pois, estas as razões que impõem a necessidade de fixação da pena de forma individualizada para cada crime, quando se tratar de concurso formal ou crime continuado.

3.5 Crime continuado

O crime continuado nada mais é, dentro de uma concepção realista, do que um concurso material de crimes. Isto é, o agente pratica sucessivos crimes, sempre mediante uma conduta materialmente autônoma, se considerada de forma isolada em relação ao fato antecedente. Entretanto o legislador, também por razões de política criminal, estabeleceu critérios em que, determinadas práticas sucessivas de fatos criminosos, não se subordinam aos critérios do concurso material - soma das penas -, mas a um procedimento que leva o delinqüente a sofrer apenas uma pena, acrescida de determinada quantidade. Mas, à toda evidência, não é qualquer cadeia de atos criminosos que venha merecer a benemerência legal.

Ao tratar do crime continuado, estabelece o art. 71, do Código Penal, que: “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou

mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços”.

Denota-se que a norma legal, a exemplo do concurso formal, adotou a *teoria da exasperação* também para o crime continuado, isto é, considera apenas a sanção privativa de liberdade fixada apenas para um dos crimes, acrescentada de um sexto (1/6) a dois terços (2/3). Apesar das múltiplas ações, então, o crime continuado é, por ficção legal, considerado crime único.

Para caracterizar a continuidade delitiva é necessário que se identifique, nas sucessivas condutas criminosas do sujeito o *animus* de levar a diante seu único projeto criminoso. Por isto é que se torna indispensável observar, em relação ao crime antecedente e conseqüente, as condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. Embora não exista um critério matemático para aferir estas circunstâncias, a jurisprudência criou determinados parâmetros para aferição dessas condições legais. Ausente qualquer uma delas, tem-se o concurso material, o que leva à soma das penas de todos os crimes.

Em relação ao aspecto temporal, tem-se admitido, na jurisprudência, para fins de reconhecimento do benefício, o prazo máximo de trinta (30) dias entre os crimes componentes da continuação. Essa quantidade máxima de prazo constitui mera orientação, pois, em determinadas circunstâncias, o juiz pode considerar prazo maior entre um e outro crime, para fins de reconhecimento da continuidade delitiva.

Ainda que se superasse a questão espacial, restaria a temporal, não se reconhecendo como continuidade delitiva a prática de delitos num lapso de tempo superior a trinta dias. 3. Precedente HC n. 69.896, Rel. Min. Marco Aurelio, DJ. 02/04/93, pag. 5620.⁶²

No que diz respeito ao ambiente espacial, admite-se o reconhecimento da continuidade delitiva não somente para crimes praticados na mesma cidade ou

⁶² STF, 2ª Turma, Rel. Mauricio Correa, DJ, 26 abr. 1996.

município, como também às infrações sucessivas levadas a cabo na mesma região sócio-geográfica, ainda que em comarcas distintas.

Os crimes praticados em diversas cidades, porém, integrantes de uma mesma região sócio-geográfica, máxime interligadas por boas rodovias, podem ser interpretados como executados em continuidade restando assemelhadas as condições de tempo e maneira de execução.⁶³

O modo de execução é outra circunstância legal a ser observada. É no *modus agendi* que se pode aferir a uniformidade de procedimentos eleita pelo agente na prática dos sucessivos atos criminosos. A identificação dessa característica é essencial, pois, ainda que sejam constatadas as demais condições da continuidade (tempo e lugar), a ausência de homogeneidade de atos executórios impede o reconhecimento do benefício.

Outro requisito indispensável para caracterizar a continuação delitiva é que os crimes componentes sejam da mesma espécie.

Crimes da mesma espécie não recebem tratamento uniforme da doutrina e jurisprudência. Os mais conservadores consideram *crimes da mesma espécie* aqueles previstos no mesmo tipo penal, os quais possuem os mesmos elementos descritivos, abrangendo as formas simples, privilegiadas e qualificadas, tentadas ou consumadas.

Diz Damásio Evangelista de Jesus:

Crimes da mesma espécie são os previstos no mesmo tipo penal, i. e., aqueles que possuem os mesmos elementos descritivos, abrangendo as formas simples, privilegiadas e qualificadas, tentadas ou consumadas. Nelson Hungria falava em 'identidade de conteúdo específico de cada crime, admitindo-se' 'a continuação entre formas simples e qualificadas, tentadas e consumadas'.⁶⁴

É essa a interpretação que prevalece na jurisprudência.

⁶³ TACRIM/SP, 9ª Câmara, data de julgamento 05/08/1992.

Ocorre concurso material de delitos quando o agente pratica na mesma oportunidade fática, mediante ações imediatamente subseqüentes, os crimes de extorsão mediante seqüestro e de roubo; estes crimes são da mesma natureza, mas não são da mesma espécie: têm definição autônoma e assim devem ser punidos.⁶⁵

E ainda:

Inadmissível a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, posto que, apesar do mesmo gênero, não são da mesma espécie.⁶⁶

Já para uma corrente mais liberal, *crimes da mesma espécie* são crimes que ofendem o mesmo bem jurídico (patrimônio, honra etc), sendo que seria possível a continuidade entre furto e estelionato, estupro e atentado violento ao pudor etc, pois a primeira seqüência criminosa ofende bem jurídico *patrimônio*, e a segunda, *liberdade sexual*.

Estupro e atentado violento ao pudor são delitos da mesma espécie e configuram crime continuado, quando praticados com a mesma vítima. Ambos são crimes contra os costumes e visam, um e outro, à satisfação do instinto sexual mediante violência, pouco importando que o segundo constitua, no mais das vezes, extravasamento de mera perversão sexual.⁶⁷

Parece ser a corrente mais correta, já que o crime continuado foi criado com o objetivo de evitar injustiças decorrentes de aplicação da pena e tratar de forma isolada crimes que violam idêntico bem jurídico, como estupro e atentado violento ao pudor, causaria grandes distorções na dosimetria da pena, violando a finalidade da Política Criminal que instituiu a continuidade delitiva.

Sobre os elementos identificadores da continuidade delitiva, surge uma indagação: preenchidos os esses requisitos de ordem objetiva, torna-se necessário investigar o elemento subjetivo do agente para reconhecimento do crime continuado? Ou seja: podem ser considerados em continuação, se cada um dos crimes componentes da sucessão decorreram de desígnio autônomo do agente?

⁶⁴ JESUS, D. E. da., *op. cit.* p. 605.

⁶⁵ STF, 2ª Turma, Rel. Maurício Corrêa, DJ, p. 50167, 13 dez. 1996.

⁶⁶ TJMG, 1ª Câmara Criminal, AC. n. 000.197.289-2/00.

⁶⁷ TJSP, AC, RI 582/316, Rel. Des. Silva Leme.

Segundo a exposição de motivos que acompanhou o projeto da nova Parte Geral (Lei nº 7.209/84), o Código Penal adotaria a *teoria objetiva pura*. E adotou. Através dessa concepção, o crime continuado seria apurável por meio de critérios exclusivamente objetivos, bastando a constatação dos elementos circunstanciais fixados pela Lei, sem necessidade de qualquer indagação sobre a existência de unidade de desígnio do agente.

Adoção da teoria puramente objetiva - STF: “Os pressupostos da continuidade delitiva são objetivos. Considerando-se a prática de dois ou mais crimes da mesma espécie e as condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. Descabe potencializar a vida pregressa do agente e o número de delitos por ele cometidos para, a partir da óptica da habitualidade criminosa, afastar a incidência do art. 71 do CP. Tanto vulnera a lei aquele que inclui no campo de aplicação hipótese não contemplada como o que exclui caso por ela abrangido”.⁶⁸

Crime continuado. Configuração. Resulta da prática pelo agente de mais de uma ação ou omissão, a implicar dois ou mais crimes da mesma espécie, revelando as condições de tempo, lugar, maneira, execução e aspectos semelhantes que os seguintes foram a continuação do primeiro.⁶⁹

Parte da jurisprudência, entretanto, não se contenta com a verificação apenas das circunstâncias objetivas para configuração da continuidade delitiva, tendo em vista a possibilidade de ocorrer a reiteração criminosa, não merecedora do benefício.

Indispensabilidade de unidade de desígnio – STF: O Código Penal brasileiro, no tocante ao crime continuado, adotou a teoria objetiva. Todavia, no exame de cada caso, não se pode afastar a unidade de desígnios, que leva de qualquer modo o legislador a penetrar no elemento subjetivo do agente.⁷⁰

Para a caracterização do crime continuado não basta a simples repetição dos fatos delituosos num breve espaço de tempo, pois a atual teoria penal, corroborada pela jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores, preconiza a exigência de unidade de desígnios, em que os atos criminosos estejam entrelaçados, ou melhor, necessário se torna levar em conta, tanto os elementos objetivos como os subjetivos do agente. Continuidade delitiva não reconhecida.⁷¹

⁶⁸ Revista dos Tribunais, n. 741, p. 504.

⁶⁹ Revista dos Tribunais, n. 689, p. 436-7.

⁷⁰ Revista dos Tribunais, n. 576, p. 482.

⁷¹ RSTJ 56/360

STJ: Crime continuado. Caracterização. 1. Firme a jurisprudência do STJ no sentido de que a continuidade delitiva ‘configura-se quando presente a unidade de desígnio’ representada pelo envolvimento entrelaçado dos atos delituosos.⁷²

STJ: Crime continuado. Caracterização. Exigência de unidade de desígnio ou dolo total. Para a caracterização do crime continuado torna-se necessário que os atos criminosos isolados apresentem-se enlaçados, os subseqüentes ligados aos antecedentes (art. 71 do CP: ‘devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro’), ou porque fazem parte do mesmo projeto criminoso, ou porque resultam de ensejo, ainda que fortuito, proporcionado ou facilitado pela execução desse projeto (aproveitamento da mesma oportunidade). Hipótese em que a sentença condenatória considerou existente circunstância fática que indica a unidade de desígnio. Recurso especial conhecido mas improvido (Resp 61.962-SP-DJU de 7-8-95, p. 23.959).⁷³.

Esta segunda posição mostra-se mais acertada, pois só assim evitará a premiação do delinqüente habitual que, ao contrário, deve sofrer apenação mais severa, bem como demonstra o seguinte julgado:

Não há como reconhecer a continuidade delitiva das penas que foram impostas. Trata-se, não de continuidade, mas de reiteração criminosa decorrente da atividade de delinqüente habitual. As ações subseqüentes, na caracterização da continuidade, devem ser tidas como desdobramento da primeira. Daí a necessária unidade de desígnio. Contudo, na hipótese, os desígnios são evidentemente diversos, independentes e autônomos, revelando criminalidade habitual que afasta a continuação premiada.⁷⁴

Admite-se ainda a continuidade delitiva nos crimes dolosos, praticados com emprego de violência ou grave ameaça, conforme dispõe o parágrafo único do art. 71, *verbis*: “*Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código*”.

O referido dispositivo legal cuida do denominado *crime continuado específico*, o qual veio deixar superado o teor do verbete da Súmula nº605, do Supremo Tribunal Federal: “*Não se admite a continuidade delitiva nos crimes*

⁷²RESP 4.266/SP, Resp 59.820-SP, DJU p. 50959, 16 dez. 1996.

⁷³ Resp 61.962-SP, DJU, p. 23.959, 7 ago. 1995.

contra a vida". Assim, encontradas as características de ordem objetiva e subjetiva (art. 59) em fatos dolosos e sucessivos, praticados com violência ou grave ameaça contra vítimas diferentes, é possível o reconhecimento do crime continuado.

Entretanto, a causa variável de aumento de pena, que seria de um sexto (1/6) a dois terços (2/3), passa a ser de um sexto (1/6) até o triplo da pena, respeitados o *cúmulo material benéfico* e o limite de trinta anos para cumprimento das penas.

É importante não esquecer que o reconhecimento da continuidade delitiva nas condições referidas, mas se for contra a mesma vítima, importa em exasperação máxima de dois terços. O crime de estupro, por exemplo, praticado várias vezes contra a mesma mulher, apesar da violência ou grave ameaça, não poderá ter a pena aumentada nos moldes do parágrafo único, mas do *caput* do art. 70, do Código Penal.

Em virtude dos critérios estabelecidos para o aumento de pena no concurso de crimes, pode-se afirmar, com segurança, que as correspondentes majorantes devam ser aplicadas em uma última etapa da terceira fase, já que é plenamente possível existirem outras causas de aumento e ou diminuição que incidam sobre cada crime componente do concurso. Estas, obrigatoriamente, devem ser aplicadas com antecedência, pois ditarão a quantidade final de pena para cada crime. Só assim poderá o juiz eleger a mais grave ou constatar que são idênticas, para, então, fazer incidir a majorante sobre uma delas, conforme determinam o art. 70 e 71 do Código Penal.

Nessa linha de entendimento, o seguinte julgado parece mostrar-se inteiramente equivocado:

PENA - Juiz que faz o decréscimo oriundo da tentativa antes do acréscimo relativo ao concurso formal - Inadmissibilidade - Diminuição que constitui o último fator da dosagem da pena - Inteligência: art. 12 do Código Penal - Provimento parcial. A diminuição decorrente da tentativa constitui o último fator ou fase da dosagem da pena. Feita a diminuição decorrente da tentativa, nenhum outro acréscimo ou decréscimo há de ser feito, uma vez que, depois de sopesadas todas as circunstâncias do delito, ela constitui a

última fase da dosagem da pena, a última parcela entre todos os fatores que merecem ser considerados. Constitui o último cálculo, quer na hipótese em que existam outras causas de diminuição de pena (v. g. homicídio privilegiado - art. 121, § 1º, do CP), quer existam causas especiais de aumento de pena (qualificadora de uso de arma: concurso formal contra a pluralidade de violações possessórias etc.).⁷⁵

Como se sabe, a majorante decorrente da continuidade delitiva é uma causa especial de aumento de pena *variável*. Por isto, cabe ao juiz escolher a quantidade de aumento da pena entre um sexto (1/6) e dois terços (2/3) ou três vezes, conforme o caso. Qual então seria o critério orientador de cálculo entre o mínimo e máximo?

A jurisprudência responde ao questionamento com critérios bastante objetivos. Enquanto maior o número de crimes componentes do concurso (continuidade delitiva) maior a exasperação, enquanto menor a quantidade de delitos repetidos, menor é o aumento da pena. Assim, se a continuidade for composta apenas por dois crimes, majora-se o mínimo, um sexto. E, na medida que aumenta o número de delitos, o aumento mais se afasta do mínimo legal. Evidentemente que não poderá o juiz proceder ao aumento fora da quantidade variável estabelecida na lei penal.

Em se tratando da prática de vários crimes, contra vítimas diferentes, o percentual de aumento da pena pelo crime continuado não pode situar-se no patamar mínimo de 1/6, sendo mais adequado o acréscimo de 1/5, pelo número de delitos.⁷⁶

O aumento da pena pela continuidade delitiva se faz, basicamente, em razão do número de delitos praticados. Como foram dois os crimes, o aumento se deve dar no mínimo legal, ou seja, 1/6 (um sexto).⁷⁷

Este critério é também aplicável ao concurso formal de crimes.

É de suma importância repetir que, na continuidade delitiva, tal como se opera no concurso formal e pelas mesmas razões, o juiz deve estabelecer a pena

⁷⁵ TACRIM, 8ª Câmara, RJDTACRIM 4/120, Rel. Silva Pinto,

⁷⁶ TACRIM/SP, 11ª Câmara, Apelação n. 928.049/2, Rel. Wilson Barreira, 08 maio 1995.

⁷⁷ STJ, 5ª Turma, Rel. Félix Fischer, DJ, p. 00166, 13 dez. 1999.

para cada crime integrante do concurso, observando o critério trifásico. A exasperação, por igual, deve ser efetuada por último.

4 Da fixação da pena de multa

A pena de multa é prevista na lei penal nas mais variadas formas. *Multa simples*: quando constitui a única pena cominada ao crime. *Multa cumulativa*: quando deve ser aplicada juntamente com a pena privativa de liberdade. *Multa alternativa*: significa que o juiz tem a opção em aplicar a pena de multa **ou** a pena privativa de liberdade. *Multa substitutiva*: após aplicação da pena privativa de liberdade, o juiz poderá substituí-la por multa.

Em qualquer caso, por constituir uma forma de sanção penal, à pena de multa deve-se aplicar *mutatis mutandi* os mesmos critérios utilizados para fixação da pena privativa de liberdade, observando-se os princípios da proporcionalidade, fundamentação e individualização.

Estabelece o Código Penal que a pena de multa, destinada ao fundo penitenciário, deve ser fixada na sentença e calculada em dias-multa, os quais poderão variar de dez (10) a trezentos e sessenta (360) (art. 49). O valor de cada dia-multa deverá ser estabelecido entre um trigésimo ($1/30$) e cinco vezes (5x) o valor do salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato (§1º), com a respectiva atualização por ocasião do processo executório (§2º). Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu (art. 60).

Duas operações devem ser entabuladas para a fixação da pena de multa. Uma, busca encontrar a quantidade de dias-multa. Outra, o valor de cada dia-multa. Mas qual o critério utilizado para aferir aquele número? A jurisprudência dominante tem entendido que a quantidade de dias-multa deve ser encontrada a partir do exame das circunstâncias judiciais (art. 59), apenas.

Na determinação da pena de multa, devem ser observados os critérios estabelecidos no art. 59 do código penal ao se quantificar o número de dias-multa, não devendo incidir nesta operação qualquer outra circunstância estipulada em lei, quer para beneficiar, quer para prejudicar o réu.⁷⁸

Ora, não parece ser essa a melhor solução. Tal critério divorcia-se de elementar princípio de Direito Penal: o da *proporcionalidade da pena*. Limitar o número de dias-multa a uma simples correspondência à pena-base, desprezando-se a incidência de agravantes e atenuantes (2ª fase) e também as causas especiais de aumento e diminuição de pena (3ª fase), representa verdadeiro retrocesso do Direito Penal, com expressa violação ao art. 59, onde consagra o princípio da necessidade e suficiência da pena.

Por outro lado, a prevalência desse critério mutilado estaria a equiparar situações extremamente desiguais. Ao crime tentado e consumado poder-se-ia ser imposta a mesma quantidade de dias-multa, já que a redução pela tentativa, como causa especial de diminuição de pena, opera na terceira fase. O mesmo pode ser invocado quando se tratar de arrependimento posterior, semi-imputabilidade, participação de menor importância etc. Concepção dessa natureza não pode ter convivência com o Direito Penal moderno.

A maior ou menor gravidade do crime e o maior ou menor grau de culpabilidade do agente devem influir de forma preponderante na escolha do número de dias-multa. Aos crimes mais graves deve corresponder pena de multa em maior número de dias-multa⁷⁹.

O cálculo do número de dias-multa deve acompanhar as três fases do procedimento de fixação da pena e variar na proporção de cada uma. Se a pena-base foi mínima, assim deve ser determinada a quantidade de dias-multa. Caso a incidência de agravantes e ou atenuantes tenha alterado a pena-base, muda-se, na mesma proporção, a quantidade de dias-multa da pena pecuniária. Havendo, na terceira fase, incidência de causa especial de aumento e ou diminuição de pena, de igual modo deverá variar o número de dias-multa.

⁷⁸ TJDF, 1ª Turma Criminal, Rel. Natanael Caetano, data de publicação 10 maio 2000, p 32.

⁷⁹ TJGO, Segunda Câmara Criminal. Rel. Des. Juarez Távora de Azeredo Coutinho. DJ, p. 21, 18 set. 1995.

Sobre o aspecto da proporcionalidade, aqui é importante uma advertência: nem sempre pura operação matemática traduz em real equiparação na dosagem das penas privativa de liberdade e pecuniária. Suponha-se que ao crime submetido a julgamento sejam previstas pena privativa de liberdade de um a três anos, e multa; no cálculo da pena base, esta tenha ficado no mínimo, um ano; não havendo circunstâncias agravantes, aplicou-se uma determinada causa de aumento (o dobro) que elevou a pena final para dois anos. Caso venha ser usado raciocínio *simplex*, seria assim calculado o número de dias multa: dez dias-multa (mínimo legal) para corresponder à pena-base; valor mantido na segunda fase, por ausência de agravantes; na terceira fase, aplicando-se a dobra prevista na causa especial de aumento do pena, levaria a vinte a quantidade final de dias multa. Isto não é proporção.

Para que a proporção seja mantida é necessário examinar a quantidade de pena privativa de liberdade que tenha excedido o mínimo legal, em comparação com a diferença estabelecida entre os seus limites mínimo e máximo. Na hipótese referida, a quantidade de pena privativa de liberdade excedida da mínima foi de um ano e correspondeu a cinquenta por cento (50%) da diferença entre o mínimo (um ano de reclusão) e máximo (três anos de reclusão) cominados ao crime, que é de dois anos. Adotando-se o mesmo critério, os números da pena pecuniária deverão aproximar-se dos cento e oitenta e cinco (185) dias-multa, isto é, pena mínima (dez dias-multa) mais cinquenta por cento (50%) da diferença entre a máxima (360 dias-multa) e a mínima (dez dias-multa) prevista na lei, cento e setenta e cinco (175) dias-multa.

É importante salientar, embora contrariando algumas opiniões, que a situação econômica do réu não interfere no cálculo da quantidade de dias-multa, mas tão-só e exclusivamente no cálculo do valor de cada dia-multa. Esta é a melhor interpretação, dominante na doutrina e jurisprudência, com base no art. 60, onde recomenda ao juiz atender, *principalmente*, a situação econômica do condenado.

Com efeito, encontrada a quantidade de dias-multa, com base nos critérios expostos, o juiz, tendo em conta os recursos financeiros do réu, com base nas provas do processo, fixará o valor de cada dia-multa, que poderá corresponder

entre um trigésimo a cinco vezes o valor do salário mínimo mensal vigente na ocasião do crime.

Encontrados a quantidade e o valor do dia-multa, procede-se à multiplicação de um por outro, encontrando-se o resultado final da pena de multa. Não é necessário que o juiz tenha conhecimento das cifras correspondentes ao salário mínimo vigente à época do fato, ou mesmo saiba qual era o padrão monetário (moeda) em vigor. Todos os cálculos, na sentença condenatória, podem ser feitos com base no salário mínimo contemporâneo ao crime, já que a atualização monetária e eventual conversão da moeda deverão ser efetuados pelo contador judicial da fazenda pública ao tempo da execução, se for o caso.

A lei penal autoriza o aumento da multa até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, a reprimenda seja ineficaz, ainda que tenha sido aplicada ao máximo (art. 60. §1º, CP).

Quando se tratar de concurso de crimes não é necessário que, para cada crime, o juiz estabeleça o valor do dia-multa, bastando apenas uma operação para todos, já que a situação econômica do condenado sempre será a mesma.

No concurso de crimes, a pena de multa não se submete ao sistema da exasperação, pois devem ser aplicadas distinta e integralmente (art. 72).

Capítulo III

Da não aplicação da pena privativa de liberdade

Após a dosimetria da pena privativa de liberdade o juiz ainda não tem por exaurida sua atividade jurisdicional. Há todo um *iter* a percorrer para o fim de dar uma resposta penal adequada e, de conseqüência, uma plena exeqüibilidade do provimento condenatório.

Em um primeiro plano, deverá, na própria sentença condenatória, ditar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, o qual, conforme dispõe a norma legal (art. 33, CP), pode vir a ser o *fechado*, *semi-aberto* ou *aberto*. A fixação do regime inicial de cumprimento de pena é providência indispensável em toda condenação a pena privativa de liberdade, ainda que essa pena venha a ser substituída ou suspensa.

A razão é óbvia. Se houver conversão da pena restritiva substituta (em virtude do descumprimento, *v.g.*), para a privativa de liberdade imposta, já se tem o regime inicial de cumprimento desta. No caso do *sursis*, havendo cassação ou revogação, perde o condenado o direito à suspensão da pena, caso em que deverá cumprir a pena de privativa de liberdade respectiva, com regime inicial de cumprimento já definido pelo juízo da condenação. É possível ainda, por outro lado, que, em grau de recurso, seja afastado o direito à substituição da pena ou ao *sursis*, concedidos pelo juízo da condenação, hipótese em que o prévio estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena (na sentença condenatória) deixa-a exeqüível assim que tornar-se definitiva, sem necessidade de novo provimento do juízo de 1º grau, além do que afasta o risco de supressão de grau de jurisdição.

O *regime fechado* destina-se a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, CP), e sempre será imposto ao condenado que sofrer pena de *reclusão* superior a oito anos de privação da liberdade.

O *regime semi-aberto*, mais brando, cuja pena deva ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, é previsto para o

condenado, não reincidente, que tenha sofrido pena de *reclusão* superior a quatro e não superior a oito anos de privação da liberdade, ou ainda quando se tratar de pena de *detenção* fixada superior a quatro anos.

O *regime aberto*, fundado na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, permite ao reeducando trabalhar, freqüentar cursos ou exercer outra atividade fora do estabelecimento penal e sem vigilância, recolhendo-se, nos dias de folga e durante o repouso noturno em casa de albergado. Este regime somente é deferido àquele condenado, não reincidente, à pena de *reclusão* ou *detenção* não superior a quatro anos de privação da liberdade.

Apesar das divergências doutrinárias, o Superior Tribunal de Justiça unificou entendimento de que, sendo o *condenado reincidente*, assim reconhecido na sentença, deverá a pena ser cumprida em *regime inicialmente fechado*, independentemente da quantidade de pena fixada⁸⁰.

A quantidade de pena, porém, não é único critério determinante do regime inicial, pois a lei penal exige ainda observância ao art. 59 do Código Penal, isto é, avaliação das circunstâncias judiciais. Assim, se estas forem desfavoráveis ao condenado, pode o juiz, fundamentadamente, optar por um regime inicial mais grave – fechado ou semi-aberto, conforme o caso – independentemente do prazo de privação da liberdade. Todavia, nos crimes punidos com pena de detenção não é possível, em nenhuma hipótese, iniciar-se o cumprimento da pena em regime fechado.

A determinados crimes, em virtude da qualidade que lhes dá o legislador, não é possível fixar outro regime inicial de cumprimento de pena senão o fechado, independentemente dos critérios objetivos (quantidade de pena) e subjetivos (art. 59). É o caso dos crimes *hediondos*, de *tráfico ilícito de entorpecentes* e de *terrorismo*. Nestes, não só o regime inicial é o fechado, como também todo o cumprimento da pena, sendo vedada a progressão para regime mais brando. Nos crimes praticados por *organização criminosa* (Lei nº 9.034/95) e de *tortura* (Lei nº 9.455/97) também é imperativo que o regime inicial de

⁸⁰ Cf. STJ. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 196940/DF, DJU, 06 nov. 2000.

cumprimento da pena seja o fechado, mas é admissível a progressão durante a execução.

O estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena nem sempre encerra a tarefa do juízo condenatório. A verdade é que a legislação, orientada pelos princípios do Direito Penal Mínimo, prevê variadas modalidades de medidas despenalizadoras, isto é, aquelas que, de um ou de outro modo, evitam a aplicação da pena privativa de liberdade. É o caso das penas restritivas de direitos e da suspensão condicional da pena, o *sursis*, os quais serão tratados nos próximos tópicos.

1 Das penas restritivas de direitos

Embora já previstas na Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209/84), as penas restritivas de direitos sofreram substanciais modificações com o advento da Lei nº 9.714/98, ocasião em que foi aumentado o espectro de abrangência das já existentes e criadas novas modalidades de penas alternativas à prisão.

Antes da nova sistemática, somente se permitia a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, quando a pena corporal estabelecida fosse inferior a um ano, ou qualquer quantidade se o crime fosse culposo. Além dessa limitação de ordem objetiva, a reincidência impedia a concessão do benefício, e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime (art. 59, CP) deveriam indicar a suficiência da substituição.

Com a inovação legal, o limite máximo de condenação, para os crimes dolosos, a permitir a substituição da pena, elevou-se para quatro anos de privação da liberdade, mantendo-se ilimitado para os crimes culposos. A reincidência deixou de ser causa impeditiva do benefício, salvo se a recidiva for específica (idêntico crime). As influências das condições subjetivas (art. 59) do condenado mantiveram-se inalteradas pela nova ordem legal.

Afora essas alterações, foram instituídas ainda as penas de *prestação pecuniária* e *perda de bens e valores* como medidas alternativas novas, além do incremento da forma de execução das penas restritivas de trato continuado.

O Código Penal prevê cinco modalidades de penas restritivas de direitos (art. 43): *prestação pecuniária*, *perda de bens e valores*, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, *interdição temporária de direitos* e limitação de fim de semana. Constituem-nas sanções autônomas (e não acessórias) e destinam-se a substituir as penas privativas de liberdade imposta. Isto quer dizer que esse meio sancionatório depende de uma prévia aplicação de uma pena privativa de liberdade.

2 Da aplicação das penas restritivas de direitos

Ao condenar o réu, o juiz fixa a pena privativa de liberdade adequada, de acordo com o critério trifásico já estudado e, em seguida, na própria sentença, examina o cabimento da substituição daquela pena por uma ou duas penas restritivas de direito ou multa, conforme o caso. A autonomia das penas restritivas, ou da multa (*multa substitutiva*, neste caso), reside no fato de que, após operada a substituição, somente elas serão executadas e, quando levadas a efeito, não se executa a pena privativa de liberdade substituída.

Nesse sentido, bastante lúcida é a lição de Luiz Flávio Gomes:

Quando aplicadas, passam a ocupar o lugar da pena de prisão, que desaparece. Deve haver, portanto, uma troca. Daí a consequência de que *não poder ser aplicadas cumulativamente* com a pena de prisão: ou o juiz mantém a prisão fixada na sentença (e passa a ditar os parâmetros de sua execução) ou, de outro lado, substitui tal pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou multa, acolhendo-se, desse modo, a via alternativa que a lei lhe possibilita⁸¹.

De regra, a condenação por crime doloso até quatro anos de privação da liberdade, ou por crime culposo (sem limites), é permitida a substituição da pena

⁸¹ GOMES, L. F. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Coleção Temas Atuais de Direito Criminal, v. 1.

por penas restritivas de direitos. Entretanto, em determinadas hipóteses, é expressamente proibida a substituição da pena privativa de liberdade.

A lei penal, tendo em mira ora o agente, ora a qualidade do crime, proíbe a aplicação do benefício despenalizador, embora a pena fixada situe-se em patamares inferiores a quatro anos de privação da liberdade.

Os crimes cometidos com violência ou grave ameaça, tais como roubo, homicídio, lesões corporais graves, etc, ainda que tentados, não podem ser contemplados com a medida, pois há vedação legal expressa (art. 44, I, CP). A vedação, porém, não é cega.

Existem crimes praticados com violência (lesões corporais leves, art. 129, *caput*) ou grave ameaça (crime de ameaça, art. 147) que são considerados crimes de pequeno potencial ofensivo (art. 61, Lei nº 9.099/95), os quais dependem de representação da vítima e admitem até a transação penal. Ora, se é admissível a aplicação destes outros institutos despenalizadores a crimes dessa natureza, constitui verdadeiro paradoxo excluir o autor de tais crimes da possibilidade de fruir do benefício da substituição da pena. Nos crimes culposos cometidos com violência, a substituição da pena de prisão é permitida, tendo em vista que não é desiderato do agente a obtenção do resultado pela violência.

Por outro lado, existem crimes que são cometidos sem qualquer violência ou grave ameaça, todavia o autor não pode ter a pena substituída, ainda que pena de prisão seja inferior a quatro anos. O autor de *tráfico ilícito de entorpecentes*, por exemplo, apesar da ausência de violência ou grave ameaça para execução do crime, deverá cumprir a pena em regime integralmente fechado (Lei dos Crimes Hediondos, nº 8.072, art. 2º, §1º), situação que não se compatibiliza com a substituição da pena privativa de liberdade. Constitui entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal que a norma geral (Código Penal, alterado pela Lei nº 9.714/98) não atinge a norma especial que prevê regime integralmente fechado – Lei dos Crimes Hediondos.

A Lei nº 9.714/98 introduzindo modificações nos arts. 44 e seguintes do Código Penal, no que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se aplica aos crimes hediondos que têm regulação específica, daí porque o condenado por tráfico (art. 12, da Lei nº 6.368/76), não tem direito ao benefício. Precedentes do STF e desta Corte.⁸²

A reincidência em crime doloso, em si mesma, apesar de constar entre uma das vedações legais à substituição da pena de prisão, nem sempre impede a concessão do benefício. É que a própria lei (§3º, art. 44, CP) ressalva a possibilidade de substituir a pena quando o condenado for reincidente em crime doloso, condicionando, porém, a concessão da medida à observância do crime anterior. Se em face dele a providência for socialmente recomendável, permite-se a substituição. Entende-se, por medida socialmente recomendável aquela que, em cotejo com o crime anterior, venha contemplar benefícios aos destinatários da pena restritiva (*v.g.*: comunidade e entidades públicas, no caso de prestação de serviços), sem perder de vista o caráter da necessidade e suficiência da pena. Um médico que comete um crime de injúria e depois se torna reincidente em um crime de falsidade, não pode deixar de merecer uma pena restritiva de prestação de serviços à comunidade somente pelo fato de ser reincidente, já que seus serviços terão muito mais utilidade social do que sua efetiva prisão. Mas se a reincidência for específica (identidade entre crime anterior e posterior), descabe a substituição, isto porque pretendeu o legislador desestimular a contumácia no mesmo crime.

É possível ainda que não haja reincidência e a pena fixada não seja superior a quatro anos, por crime desprovido de violência ou grave ameaça, e o condenado não seja merecedor da pena restritiva de direitos. A lei condicionou a concessão do benefício à favorabilidade das circunstâncias judiciais: culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime (art. 44, III, CP). Estas cláusulas constituem as denominadas circunstâncias judiciais, já examinadas neste trabalho, previstas no art. 59 do Código Penal (que ainda prevê a consequências do crime e o comportamento da vítima), as quais orientam o juiz na fixação da pena-base.

Assim quando tais circunstâncias sujeitarem-se a uma avaliação para fins de *substituição* da pena privativa de liberdade, já foram examinadas na

⁸² STJ, 6ª TURMA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU, p. 00317, 25 mar. 2002.

dosimetria da pena, de modo que, se reconhecidas como favoráveis, o benefício não pode ser negado ao condenado. O certo é que para se rejeitar a substituição, deverá o juiz, por sólidos fundamentos, convencer da necessidade da prisão e, então, negar a pena restritiva. Pode ocorrer que uma ou outra circunstância seja desfavorável ao condenado, mas, se ainda assim, a substituição for suficiente para prevenir e reprovar o crime, a concessão do benefício é medida que se impõe.

3 Critérios de escolha

O critério de escolha da qualidade e quantidade das penas substitutivas decorre da lei, sem perder de vista o senso de responsabilidade e prudência do magistrado.

Quando a pena privativa de liberdade fixada não superar um ano, poderá ser substituída por uma pena restritiva de direitos ou uma pena de multa⁸³. Mas, se superior a um ano, a substituição será operada por duas penas restritivas ou por uma só delas e outra de multa (§2º, art. 44, CP). A lei não define, em caso de escolha dúplice, qual deverá ser a natureza de uma ou outra pena substituta. Aí é que reside a prudência e responsabilidade do juiz, que deverá considerar não só a natureza da cada uma delas para lançar a escolha, mas também a natureza do crime, das penas cominadas, bem como as qualidades pessoais do condenado.

Assim, não seria razoável, naqueles crimes em que são cominadas, em abstrato, pena privativa de liberdade e de multa, a substituição da prisão por uma pena restritiva de *prestação pecuniária* e outra multa. Ora, com essa providência, estaria o réu sujeito a três sanções de natureza pecuniária: multa cumulativa, multa substitutiva e *prestação pecuniária*. Essa repetição não se coaduna com os objetivos da lei e parece violar o caráter multifário das penas alternativas. Representa, ademais, uma ausência de comutatividade na troca (substituição), podendo ainda, afora o desfalque patrimonial decorrente da medida repetida,

⁸³ A pena de multa, apesar de funcionar, neste particular, como pena substitutiva, não constitui pena restritiva de direitos, mantendo o caráter e a natureza jurídica que lhe são próprios.

amesquinhar os princípios da necessidade e suficiência, que sempre orientam a exata dimensão da pena.

As aptidões pessoais do condenado também influenciam sobretudo no processo de escolha das penas alternativas pelo juiz. Um médico, uma enfermeira, uma professora, em caso de sujeição a pena restritiva, podem, em decorrência de suas especialidades, prestar relevantes serviços à comunidade ou a entidades públicas. Mas, ao contrário, se o crime decorre de abusos no exercício das respectivas profissões, o recomendável é que o juiz se utilize de outra alternativa (*interdição temporária de direitos*, por exemplo), ou que o serviço à comunidade não guarde afinidade com as aptidões decorrentes da especialização de cada um.

Alguém que é condenado por crime contra o patrimônio (estelionato, furto, apropriação indébita, etc), não é conveniente que seja subordinado a uma pena de prestação de serviços em que lhe deva ser confiados bens de valor. Isto porque a condenação já revela uma fundada suspeita de futura violação da restrição imposta, em virtude da incompatibilidade entre a personalidade do agente (levando-se em conta o crime praticado) e a natureza do serviço a ser prestado.

E assim por diante.

4 Das Penas Restritivas de Direitos em espécie.

4.1 Prestação Pecuniária

Determinados crimes, pela própria natureza, podem causar danos ao sujeito passivo, os quais podem ser parcialmente reparados por uma pena restritiva de direito. Nessas circunstâncias, cabendo a substituição da pena privativa de liberdade, pode o juiz impor pena de *prestação pecuniária*, sem prejuízo de outra modalidade de pena restritiva ou multa, quando for o caso. Esta sanção consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta)

salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários (art. 45, §1º, CP).

Se houver aceitação do beneficiário, a *prestação pecuniária* pode consistir em prestação de outra natureza (cf. § 2º). Respeitada a peculiaridade de cada caso, é possível que o beneficiário dos valores devidos pelo condenado, reconhecendo a impossibilidade do pagamento em pecúnia, aceitar outra forma de prestação, tais como mantimentos, utensílios domésticos, mercadorias etc. Essa possibilidade de composição é de grande valia para boa parte da população brasileira, tendo em vista ser muito corrente, principalmente entre as populações pobres do interior, não haver liquidez de dinheiro no mercado, o que pode ser suprido por essa forma de *dação* prevista na lei penal.

Essa modalidade de *quitação* da condenação deve ser supervisionada diretamente pelo juiz, para fins de evitar abusos contra o réu ou vítima. O cuidado ainda deve ser maior quando se tratar de prestação de serviço para substituir a pecúnia, a fim de evitar quaisquer possibilidades de escravização.

É importante salientar que a pena restritiva acima referenciada, não se confunde com a pena de multa. Os destinatários são diversos. As multa destina-se ao Fundo Penitenciário, enquanto a *prestação pecuniária* é devida à vítima, seus dependentes ou às entidades fixadas pela lei.

4.2 Perda de bens e valores

É perfeitamente viável, quando possível a substituição da pena de prisão, o julgador optar pela aplicação da pena restritiva de *perda de bens e valores*. Esta sanção alternativa alcança bens e valores pertencentes aos condenados e, ressalvada a legislação especial, destina-se ao Fundo Penitenciário Nacional. O valor do perdimento terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime (art. 45, §3º, CP).

Determinados crimes caracterizam-se por vultosos prejuízos financeiros, como a especulação ilícita em bolsa de valores, a gestão fraudulenta ou temerária contra o Sistema Financeiro, etc, ou por grandes somas de proventos ilícitos, tal como ocorre na corrupção passiva, na concussão etc.

Embora a lei não tenha especificado a quais crimes que se deve aplicar, em substituição, a pena de *perda de bens e valores*, esta modalidade de restrição parece ter no criminoso do chamado *colarinho branco* seu principal destinatário. Isto é, tirou proveito ilícito da fortuna, dela deve ser privado. O certo é que os bens (móveis ou imóveis) e valores (títulos de créditos, ações, dinheiro, etc) devem integrar o patrimônio lícito (ainda que aparente) do condenado, pois, caso seja produto reconhecidamente ilícito, será decretado o confisco, como efeito extrapenal da condenação, nos termos do art. 91, II, *b*, do Código Penal.

4.3 Prestação de Serviços à Comunidade ou à Entidades Públicas

Outra salutar opção do juiz, como forma de evitar a aplicação da pena privativa de liberdade, é a sua substituição pela *pena restritiva de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas*. A lei exige, porém, a quantidade mínima de pena privativa de liberdade – superior a seis meses – para que se proceda à substituição (art. 46, CP). Essa modalidade de pena substitutiva importa em sujeição do condenado a tarefas gratuitas (§1º) em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais (§2º).

Essa pena alternativa revela-se uma das mais importantes penas restritivas de direitos, pois é que mais condiz com a finalidade da reprimenda. A sociedade, geralmente vítima potencial do delito, é a própria destinatária dos serviços gratuitos prestados pelo condenado. De um lado repara o dano social provocado pelo crime, e, por outro lado, recupera o delinqüente com atividades dignificantes - o trabalho, sem necessidade das agruras do cárcere.

Outra vantagem que se apresenta é o dever de observância a ser endereçado às aptidões pessoais do condenado, para então estabelecer a natureza

do trabalho a ser desempenhado. Isto pode traduzir em resultados eficazes, pois cada um desempenha atividades dentro de sua habilitação ou capacidade específica (gari, pedreiro, enfermeiro, médico, advogado, etc) sem o enfrentamento de serviços estranhos à capacidade pessoal condenado. A tarefa imposta, isto é importante ressaltar, além de guardar correspondência de uma hora de trabalho por um dia de condenação, não pode prejudicar a jornada normal de trabalho do réu (§3º), de modo que não fica ele desprovido do direito de trabalhar para manutenção própria e ou da família. Se houver possibilidade, poderá ele ainda dobrar a jornada de trabalho a que foi submetido, para reduzir o prazo de cumprimento da pena, respeitado o tempo mínimo nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade e que esta tenha sido fixada em prazo superior a um ano.

4.4 Interdição temporária de direitos

As penas restritivas de *interdição temporária de direitos* (art. 47) consistem na (I) proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; (II) proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; (III) suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo; (IV) proibição de freqüentar determinados lugares.

Quando se tratar da proibição do exercício das atividades previstas nos incisos I e II, é necessário que condenação à pena privativa de liberdade tenha decorrido da prática de crime cometido no exercício da profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhe são inerentes (art. 56). Nesta hipótese, é a qualidade do crime que dita a natureza da pena substitutiva. Não é qualquer crime, portanto, que admite a substituição da pena privativa de liberdade por essa pena restritiva. O direito do condenado ao exercício da atividade é interditado justamente porque violou os deveres a ela intimamente vinculados.

Assim, o servidor público que pratica o crime contra a administração pública, com violação de seus deveres, pode ter a pena privativa de liberdade

trocada pela interdição do exercício do cargo função ou atividade pública. Quando se tratar de mandato eletivo, porém, essa modalidade de pena restritiva pode não surtir efeitos diretos em relação a alguns condenados. É que a interdição, neste caso, uma modalidade de supressão temporária do mandato, não pode decorrer diretamente da condenação quando norma constitucional garantir outra forma de interdição a determinadas autoridades.

Os Senadores, Deputados Federais e Estaduais, o Presidente da República, os Governadores de Estado e Distrito Federal, somente podem ser afastados de suas funções por deliberação das respectivas Casas Legislativas, conforme dispõe a Constituição Federal (arts. 55, 85, 86 e art. 27, §1º).

Em relação aos parlamentares, a Constituição Federal prevê essa modalidade especial de julgamento político pelo órgão legislativo somente quando se tratar de perda do mandato eletivo. É sabido que a pena restritiva de interdição diretos não constitui perda definitiva do mandato, mas temporária, tão-somente pelo tempo que duraria a pena privativa de liberdade. Mas, neste caso, há de ser interpretada de forma restritiva para entender que a proibição do exercício do mandato constitui uma forma de perda, ainda que parcial, da representação popular, por isto deve-se aplicar o disposto na Constituição Federal.

Já no que diz respeito aos Prefeitos e Vereadores, a interdição do mandato eletivo pode operar seus efeitos diretamente da sentença condenatória, tendo em vista que eles não gozam das prerrogativas constitucionais acima referidas. Não se pode esquecer que a condenação deva decorrer da prática de crime por violação dos deveres inerentes ao mandato eletivo.

A interdição de que trata o inciso II, diz respeito ao exercício de atividade, profissão ou ofício que dependam de habilitação especial ou autorização do poder público. É o caso do advogado, médico, enfermeiro, professor, engenheiro, corretor etc. A interdição do exercício dessas atividades somente pode vir como pena alternativa quando houver uma condenação a pena privativa de liberdade e nela se reconhecer que houve violação dos deveres inerentes a tais atividades, desde que, é claro, tenha atendido os demais requisitos para a substituição da pena.

A pena de *interdição temporária de direitos* tem a mesma duração da pena privativa de liberdade imposta, de tal modo que o condenado pode, assim que vencer aquele prazo, retornar àquela ocupação da qual foi privado por força da interdição. Não é necessário, neste caso, reabilitação ou licença judicial. É diferente dos *efeitos extrapenais da condenação* (art. 91 e 92), porque nestes a perda dos direitos ao cargo, função ou mandato eletivo são definitivos e não afastam o cumprimento da pena principal imposta.

A pena restritiva de suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo foi praticamente absorvida pelas disposições penais da Lei nº 9.503/97. A partir de então, de acordo com o novo Código de Trânsito Brasileiro, os delitos culposos de trânsito passaram a ser punidos conforme nova forma de *interdição temporária de direitos* (cumulativa), devendo considerar revogada a pena de suspensão de habilitação para dirigir veículo, prevista na art. 47, III, do Código Penal. Não foi abolida, porém, a pena de suspensão de autorização, a qual pode ser aplicada quando houver condenação por crime culposo cometido a bordo de veículo ciclomotor⁸⁴.

O Código de Trânsito Brasileiro foi mais abrangente do que o Código Penal, no que toca às penas restritivas de direito, aplicáveis nas hipóteses de delitos culposos de trânsito. Enquanto este último previa a suspensão de habilitação ou autorização, o que faz presumir já estar o agente habilitado ou autorizado, o CTB previu tanto a suspensão quanto a proibição de se obter a habilitação, o que autoriza a aplicação dessa modalidade de pena mesmo que o agente ainda não se encontre habilitado. Outra inovação legislativa é que a pena de *interdição temporária de direitos* deixou de ser uma pena substitutiva (que substitui a pena privativa de liberdade) para ser uma pena cumulativa, isto é, aplicada juntamente com a pena privativa de liberdade.

Constitui também uma modalidade de pena de *interdição temporária de direitos* a proibição de freqüentar determinados lugares (art. 47, IV).

⁸⁴ Ciclomotores são aqueles veículos providos de motores de combustão interna não excedente a cinquenta centímetros cúbicos e com velocidade máxima de fabricação não excedente a cinquenta quilômetros por hora.

O local da prática do crime, em determinados casos, não deixa de exercer certa influência na conduta do agente, como casa de jogos, casa de prostituição, bares etc. Quando o crime ocorrer nessas circunstâncias e couber a substituição da pena, é salutar que o juiz, no lugar de uma pena de prisão, ordene ao agente uma abstenção de freqüentar esses lugares, só assim evita a prática de novos crimes e o afasta de certos comportamentos viciosos. É importante registrar que os locais proibidos ao agente devem ser especificados na própria sentença condenatória, pois é o juiz da condenação que reúne conhecimentos suficientes para ditar qual deve ser a abstenção adequada. O que sempre deve ser levado em consideração é a razoabilidade da proibição (não razoável proibir alguém de assistir a cultos religiosos) e a pertinência da medida em relação ao crime praticado.

4.5 Limitação do fim de semana

Outra opção de pena restritiva de direitos é a *limitação do fim de semana*. Consiste ela na obrigação do condenado permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, onde poderão ser ministrados cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas ao sentenciado (art. 48, CP). Também denominada de *prisão de fim de semana*, essa modalidade de pena alternativa encontra sérios obstáculos na realidade brasileira, ante a inexistência de casas de albergado ou congêneres, na maior parte do País, o que dificulta ou torna impossível a aplicação da medida. A jurisprudência, de um modo geral, não tem admitido, na ausência de casa de albergado, o cumprimento da pena na residência do condenado. As razões são óbvias: dificuldade de fiscalização e desvio de finalidade da pena. Entretanto, a Lei de Execução Penal permite ao juiz da execução alterar a forma de cumprimento dessa pena restritiva.

No que diz respeito à conversão das penas restritivas de direito em pena privativa de liberdade, bem como a detração e forma de execução de cada uma, por não constituírem providências do juízo condenatório, objeto do presente trabalho, mas sim do juízo da execução, deixarão de ser abordados neste estudo, por escaparem do conteúdo do tema em debate.

5 Da suspensão condicional da pena. *Sursis*.

Inviabilizada a aplicação da pena restritiva de direitos, ainda é possível que ao condenado não seja imposta a pena privativa de liberdade aplicada. Pode o juiz, atendidos os pressupostos legais, conceder-lhe o *sursis*, que é a suspensão da execução da pena privativa de liberdade.

Com o aumento do espectro de abrangência das penas restritivas de direitos, após a Lei nº 9.714/98, muito se esvaziaram as possibilidades de concessão do *sursis*, mas o instituto continua sendo aplicável, tendo em vista que nem todos os requisitos para sua concessão coincidem com os da substituição da pena, sobretudo quando se trata dos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, em que não há proibição da suspensão condicional da pena.

Por expressa disposição legal, o *sursis* somente será concedido se resultar inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Ao fundamentar a impossibilidade da aplicação de pena restritiva, o juiz, examinará o cabimento da suspensão condicional da pena privativa de liberdade, por um período de dois a quatro anos, à luz dos seguintes requisitos: a) condenação à pena de prisão por período não superior a dois anos (art. 77, *caput*, CP); b) não reincidência do condenado em crime doloso (I); c) autorização das circunstâncias judiciais: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, bem como dos motivos e circunstâncias do crime (II).

De regra, o *sursis* somente pode ser concedido quando a pena fixada na sentença não superar a dois anos de privação da liberdade. Neste caso, não sendo o condenado reincidente, salvo se a condenação anterior tiver sido a pena de multa (§1º), e as circunstâncias de caráter subjetivo (aos do art. 59, exceto as *conseqüências do crime* e o *comportamento da vítima*) autorizarem o benefício, o próprio juiz da condenação reconhecerá o direito do réu e, concedendo o *sursis*, determinará a suspensão condicional da pena, por um período determinado que deverá escolher entre dois e quatro anos. É o denominado *período de prova*, dentro do qual o condenado deverá cumprir as condições impostas pelo juiz. Se o juiz optar por um *período de prova* superior ao mínimo legal (dois anos) deverá fundamentar as razões da escolha.

Concedido o *sursis*, fica o sentenciado, no primeiro ano de cumprimento do período de prova, obrigado a prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana (§1º, art. 78), caso em que o juiz motivará uma ou outra restrição. Para o restante do período de prova o condenado mantém-se obrigado a continuar cumprindo apenas as condições judiciais que poderão ainda ser fixadas na sentença, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado⁸⁵ (art. 79). A suspensão da pena sujeita àquelas condições no primeiro ano do período de prova denomina-se *sursis simples*.

É possível, porém, que o condenado tenha direito ao *sursis especial*, caso em que não pode ser negado, pois lhe é mais favorável. Basta que o agente tenha reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e as circunstâncias do art. 59 lhe sejam *inteiramente favoráveis*, para que tenha direito a um tratamento ainda mais benéfico. Para o destinatário do *sursis especial* fica afastada a obrigatoriedade de prestação de serviços à comunidade ou à *limitação do fim de semana* no primeiro ano do período de prova, tal como ocorre no *sursis simples*.

No *sursis especial* aquela condição então obrigatória no *sursis simples* – prestação de serviços à comunidade ou limitação do fim de semana no primeiro ano do período de prova (mais severa, já que constitui duas modalidades de pena restritiva) - é substituída pelas seguintes condições, de forma cumulativa (art. 78, §2º): a) proibição de freqüentar determinados lugares; b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; c) comparecimento pessoal e obrigatório do condenado a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. É permitido ainda ao juiz, a exemplo do que ocorre no *sursis simples*, a fixação de outras condições a que deverá submeter-se o condenado, respeitadas as limitações impostas pelo art. 79 do Código Penal.

O limite máximo de dois anos de pena privativa de liberdade, para a concessão do *sursis*, pode ser ultrapassado, de forma que não exceda a quatro anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade (*sursis etário*), na data da publicação da sentença, ou quando razões de saúde justificarem a

⁸⁵ Não são admissíveis condições judiciais *ociosas* (v. g., proibição de andar armado sem autorização – isto já é crime), *vexatórias* ou *humilhantes* (v. g., utilização de vestimentas que ridicularizam o condenado – ofendem a dignidade humana).

suspensão da execução da pena (*sursis humanitário*). Em qualquer caso o período de prova será mais longo, entre quatro e seis anos, conforme escolher o magistrado.

A razão de ser, tanto do *sursis etário* quanto do *humanitário*, está na degenerescência que a senilidade e a doença podem provocar no condenado, o que aumenta a gravidade e penúria proporcionadas pela execução da pena privativa de liberdade. Por isto mesmo o legislador ampliou o alcance do *sursis* nessas condições. Evidentemente que não é qualquer doença que autoriza a concessão do *sursis humanitário*, mas tão-somente aquelas que fazem recrudescer o sofrimento do condenado no cárcere.

Desde que atendidos os requisitos de ordem objetiva e subjetiva, previstos no art. 78, §2º, do Código Penal, nada impede que o destinatário do *sursis etário* ou *humanitário* obtenha o *sursis especial*, pois inexistente incompatibilidade entre os benefícios.

O *sursis* é direito do condenado. Não pode ser concedido quando incabível, nem negado quando devido. Assim, não se pode conceder a suspensão se faltar qualquer um de seus requisitos ou quando se tratar de penas restritivas de direitos ou de multa (art. 80). Por outro lado, atendidas as exigências legais, a concessão é indeclinável, ainda que se trate de réu revel que não compareceu a nenhum ato do processo. A revelia não é causa legal impeditiva do benefício.

Tal como ocorre com as penas restritivas de direitos, e pelas mesmas razões, o *sursis* não pode ser concedido quando se tratar de crimes *hediondos*, de *tráfico ilícito de entorpecentes* e de *terrorismo*, assim como em relação aos crimes praticados por *organização criminosa* (Lei nº 9.034/95) ou de *tortura* (Lei nº 9.455/97), tendo em vista que a legislação especial respectiva determina o regime inicial fechado para o cumprimento das correspondentes penas. Mas o benefício não pode ser negado mediante a simples afirmação da gravidade objetiva do fato. Assim, ao crime de roubo (tentado ou consumado), embora objetivamente grave, é possível a concessão do *sursis*, desde que a situação do agente atenda os requisitos legais.

A concessão do *sursis* não depende de prévia anuência do condenado. Concedido o benefício na sentença, aguarda-se o trânsito em julgado e, em seguida, intima-se o sentenciado para a audiência admonitória, podendo ocorrer as seguintes situações: a) *comparece e aceita as condições*: inicia-se o cumprimento do período de prova e condições; b) *comparece e recusa as condições*: executa-se a pena privativa de liberdade imposta; c) *não comparece*: cassa-se (não é caso de revogação) o benefício e determina o cumprimento da pena privativa de liberdade. Se não compareceu porque não foi encontrado para intimação, é necessária a designação de nova audiência admonitória, de cuja data deverá ser feita a intimação do condenado por edital, para só então cassar a suspensão concedida, se novamente não comparecer ao ato.

As causas de revogação (obrigatória e facultativa) ou de prorrogação do período de prova do *sursis* não se inserem nos objetivos do presente trabalho, razão porque deixarão de ser abordadas.

6 Efeitos extrapenais da condenação

A sentença penal condenatória, além dos efeitos penais primários (penas fixadas) e secundários (geração de reincidência, impedimento do *sursis*, revogação do livramento condicional, etc) que ordinariamente produz, gera também conseqüências de ordem civil na vida do condenado, denominadas *efeitos extrapenais da condenação*.

Constituem efeitos extrapenais automáticos da condenação, isto é, não necessitam ser motivados na sentença, a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, I, CP) e o confisco de bens (II). Estes denominam-se *efeitos extrapenais genéricos*.

6.1 Obrigação de Reparar o Dano

A obrigação de reparar o dano que emerge da sentença condenatória significa, em última análise, que, após tornar definitivo o provimento, a vítima do

crime ou seus sucessores dispõem de um título executivo judicial (art. 584, II, CPC) para obtenção, no juízo cível, da reparação do dano, sem necessidade de se buscarem o processo de conhecimento, por meio da ação civil *ex delicto*, para essa finalidade.

No juízo cível – onde não mais cabe a controvérsia sobre a responsabilidade civil do condenado - o título depende tão-somente da liquidação para sua regular execução. Não é necessário que conste da sentença condenatória o dever de indenizar, tendo em vista que a obrigação decorre *ex lege*.

6.2 Confisco

A pena de confisco, também efeito extrapenal genérico da sentença penal condenatória transitada em julgado, consiste na perda, em favor da União, dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. Pode recair também sobre o produto do crime ou qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. Em qualquer caso há de se ressaltar o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

O confisco difere da pena restritiva de *perda de bens ou valores*. O primeiro incide sobre bens ilícitos, enquanto na segunda hipótese a sanção recai sobre o patrimônio lícito do condenado ou seus sucessores, quando for o caso. Não há necessidade de se decretar na sentença condenatória o confisco, já que este também constitui efeito automático da condenação.

Todavia, quando se tratar de confisco decorrente da prática do crime de *tráfico ilícito de entorpecentes*, não são aplicáveis as disposições do Código Penal, mas, conforme dispõe o parágrafo único do art. 243 da Constituição Federal, o procedimento previsto no art. 34, e parágrafos, da Lei 6.368/76.

Art. 34. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, assim como os maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma da legislação específica.

(Omissis)

§ 3º Feita a apreensão a que se refere o **caput**, e tendo recaído sobre dinheiro ou cheques emitidos como ordem de pagamento, a autoridade policial que presidir o inquérito deverá, de imediato, requerer ao juízo competente a intimação do Ministério Público.

§ 4º Intimado, o Ministério Público deverá requerer ao juízo a conversão do numerário apreendido em moeda nacional se for o caso, a compensação dos cheques emitidos após a instrução do inquérito com cópias autênticas dos respectivos títulos, e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial, juntando-se aos autos o recibo.

§ 5º Recaindo a apreensão sobre bens não previstos nos parágrafos anteriores, o Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a União, por intermédio da Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD, indicar para serem colocados sob custódia de autoridade policial, de órgãos de inteligência ou militar federal, envolvidos nas operações de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

§ 6º Excluídos os bens que a União, por intermédio da SENAD, houver indicado para os fins previstos no parágrafo anterior, o requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens apreendidos, com a descrição e a especificação de cada um deles, e informações sobre quem os tem sob custódia e o local onde se encontram custodiados.

§ 7º Requerida a alienação dos bens, a respectiva petição será atuada em apartado, cujos autos terão tramitação autônoma em relação aos da ação penal.

§ 8º Atuado o requerimento de alienação, os autos serão conclusos ao juiz que, verificada a presença de nexo de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para a sua prática e risco de perda de valor econômico pelo decurso do tempo, determinará a avaliação dos bens relacionados, intimando a União, o Ministério Público e o interessado, este, se for o caso, inclusive por edital com prazo de cinco dias.

§ 9º Feita a avaliação, e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens, determinando sejam alienados mediante leilão.

§ 10. Realizado o leilão, e depositada em conta judicial a quantia apurada, a União será intimada para oferecer, na forma prevista em regulamento, caução equivalente àquele montante e aos valores depositados nos termos do § 4º, em certificados de emissão do Tesouro Nacional, com características a serem definidas em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

§ 11. Compete à SENAD solicitar à Secretaria do Tesouro Nacional a emissão dos certificados a que se refere o parágrafo anterior.

§ 12. Feita a caução, os valores da conta judicial serão transferidos para a União, mediante depósito na conta do Fundo Nacional Antidrogas - FUNAD, apensando-se os autos da alienação aos do processo principal

§ 13. Na sentença de mérito, o juiz, nos autos do processo de conhecimento, decidirá sobre o perdimento dos bens e dos valores mencionados nos §§ 4º e 5º, e sobre o levantamento da caução.

§ 14. No caso de levantamento da caução, os certificados a que se refere o § 10 deverão ser resgatados pelo seu valor de face, sendo os recursos para o pagamento providos pelo FUNAD.

§ 15. A Secretaria do Tesouro Nacional fará constar dotação orçamentária para o pagamento dos certificados referidos no § 10.

§ 16. No caso de perdimento, em favor da União, dos bens e valores mencionados nos §§ 4º e 5º, a Secretaria do Tesouro Nacional providenciará o cancelamento dos certificados emitidos para caucioná-los.

§ 17. Não terão efeito suspensivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo.

§ 18. A União, por intermédio da SENAD, poderá firmar convênio com os Estados, com o Distrito Federal e com organismos envolvidos na prevenção, repressão e no tratamento de tóxico-dependentes, com vistas à liberação de recursos por ela arrecadados nos termos deste artigo, para a implantação e execução de programas de combate ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

§ 19. Nos processos penais em curso, o juiz, a requerimento do Ministério Público, poderá determinar a alienação dos bens apreendidos, observado o disposto neste artigo.

§ 20. A SENAD poderá firmar convênios de cooperação, a fim de promover a imediata alienação de bens não leiloados, cujo perdimento já tenha sido decretado em favor da União.

Ou, ainda, quando se cuidar do confisco de glebas de terras destinadas ao cultivo ilegal de plantas psicotrópicas (*caput*, art. 243, Constituição Federal), o procedimento será o previsto na Lei nº 8.257, de 26.11.92, o qual não se subordina ao prévio trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Da sentença penal condenatória podem ocorrer outros efeitos extrapenais conforme a natureza do crime praticado. São os denominados efeitos extrapenais específicos.

6.3 Perda do Cargo, Função Pública ou Mandato Eletivo

Insere-se nesses efeitos a possibilidade de perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, quando o condenado tiver sofrido pena privativa de liberdade igual ou superior a um ano, por crime praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública (art. 92, I, *a*, CP). Ou, ainda, quando for aplicada pena privativa de liberdade superior a quatro anos, por qualquer outro crime (art. 92, I, *b*, CP).

Quando a pena não for superior a quatro anos, como se pode observar, não é a condenação por qualquer crime que pode levar a produção desses efeitos. Estes somente serão declarados, nessa hipótese, quando o crime resultar de violação de dever do servidor público para com a administração pública, e, ainda assim, a pena fixada na sentença, deverá ser igual ou superior a um ano de prisão. A ausência dessas condições torna-se incabível a decretação dessa sanção de caráter administrativo.

É importante consignar que, tanto nesta, quanto nas demais hipóteses de efeitos extrapenais específicos da condenação, necessária se faz a motivação declarada da sentença, pois não são automáticos. Se a sentença condenatória, apesar de identificar que o crime resultou de violação de dever do condenado para com a administração pública e ter fixado pena igual ou superior a um ano, ou ainda ter estabelecido pena superior a quatro anos para outro crime qualquer, silenciar sobre a declaração da perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, não pode a condenação surtir esse efeito. Cabem, neste caso, embargos declaratórios para suprimento da omissão, mas se ausentes, a perda do cargo não pode decorrer de um decreto do juízo penal.

A motivação dessa consequência jurídica na sentença é necessária porque a lei incumbiu ao magistrado avaliar, dentro das características do caso concreto, a necessidade da exclusão definitiva do condenado do exercício da atividade pública, já que esta constitui uma penalidade grave que vai se somar à sanção principal. Algumas vezes, o grau de violação do dever do servidor público ao cometer o crime contra a administração pública, não se mostra extraordinário, podendo ser até mesmo leve, situação que não recomenda a declaração de perda do cargo. É possível também que, em caso de crimes estranhos à administração pública, com pena superior a quatro anos, haja compatibilidade entre a execução da medida e o exercício da atividade pública, o que torna desnecessária essa consequência extrapenal.

Por outro lado, dispõe ainda o juiz de uma forma mais branda de alijar temporariamente o condenado da função pública, substituindo a pena privativa de liberdade pela pena de *interdição temporária de direitos*, consistente na proibição

do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo (art. 47, I, CP).

Apesar das semelhanças, os institutos não se confundem. Enquanto a pena restritiva *proíbe* o exercício da atividade no serviço público pelo *período que durar a pena privativa de liberdade*, o efeito extrapenal representa a *perda definitiva*, pelo condenado, do direito de exercer qualquer atividade no setor público. No primeiro caso, decorrido o prazo correspondente à pena privativa de liberdade substituída, poderá o condenado retornar à atividade pública, inclusive a mesma que exercia antes da condenação, do qual foi temporariamente impedido pelo juiz, sem necessidade de qualquer outra providência. Na segunda hipótese, fica o condenado *proibido de exercer* qualquer cargo, função pública ou mandato eletivo, salvo após o cumprimento da pena principal e posterior reabilitação, vedada a reintegração à situação anterior, em relação a qual foi decretada a perda.

6.4 Interdição do exercício do Pátrio Poder, Tutela ou Curatela.

Quando o agente cometer o crime, doloso, contra o próprio filho, o tutelado ou o curatelado, em que for cominada pena de reclusão, a respectiva sentença penal condenatória poderá declará-lo incapaz para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela. Essa providência é recomendável toda vez que ocorrer um crime grave, com abuso, por parte do ascendente (sentido amplo) da vítima, tal como estupro, atentado violento ao pudor, lesão corporal grave etc. A finalidade da lei é afastar dessas nobres funções pessoas que, apesar do dever legal de proteção, acaba por cometer crime contra o protegido, aproveitando-se das facilidades proporcionadas pela posição superior que ocupa em relação às vítimas. Quando o crime não se revelar de tal gravidade que possa comprometer a convivência entre autor e vítima, ou mesmo se se tratar de ato isolado, o efeito da incapacidade pode deixar de ser declarado.

Por constituir efeito extrapenal específico, deve essa decisão ser satisfatoriamente motivada. Declarada a incapacidade, ela se estende aos demais filhos, tutelados ou curatelados. A capacidade suprimida somente poder ser resgatada após a reabilitação (art. 93, CP), mas o condenado jamais poderá

readquiri-la em relação à vítima contra a qual o crime foi cometido (parágrafo único).

6.5 Inabilitação para dirigir veículo

Quando o agente fizer uso de veículo (automóvel, moto, avião, etc) para a prática de crime doloso (roubo, homicídio, seqüestro, etc), a sentença penal condenatória poderá ter como efeito extrapenal específico a inabilitação *para dirigir veículo* (art. 92, III, CP). A declaração de inabilitação, que deverá ser satisfatoriamente motivada na sentença, alcança não só o motorista habilitado, como também aquele que ainda não se habilitou, tendo em vista que a lei não cuida de suspensão, mas da incapacidade legal do agente para dirigir. O efeito de que trata o dispositivo legal é permanente, mas se o sentenciado, após o cumprimento ou extinção da pena, submeter-se à *reabilitação penal*, poderá readquirir o direito de habilitar-se para dirigir, devendo, contudo, submeter-se às condições impostas pela legislação de trânsito.

6.6 Disposições finais

Com efeito, no estabelecimento da pena adequada o *iter* procedimental estará satisfatoriamente cumprido, assim que atendidas as seguintes providências: a) com observância do critério trifásico, fixará o juiz a pena privativa de liberdade cominada ao crime, assim como a pena de multa, quando for o caso; b) sendo cabível, substituirá a pena de prisão por pena restritiva de direitos; c) afastada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, será concedido o *sursis*, desde que a situação do condenado atenda os requisitos legais; d) se inviável também o *sursis*, determinará o juiz o cumprimento da pena privativa de liberdade, cujo regime de cumprimento será aquele já fixado após a dosimetria da reprimenda. Percorrido esse itinerário, terá o juiz cumprido seu nobre papel, em nome do Estado, com dupla finalidade: prevenir e reprovocar o crime.

Evidentemente que existem outras providências a serem tomadas pelo juiz antes de datar e assinar a sentença, tais como decidir sobre a prisão do réu,

custas processuais etc. Por serem de ordem processual e não exercerem influência na dosagem da pena, afastam-se do conteúdo do tema objeto deste estudo, razão porque não serão comentadas neste trabalho.

Conclusão

A finalidade preventiva e ressocializadora da pena, adotada pelo direito brasileiro, não pode ser olvidada pelo magistrado por ocasião do estabelecimento da sanção penal. Assim, a quantidade e qualidade da reprimenda devem ser fixadas sempre tendo em mira os fins da resposta penal, caso contrário o desvio descamba para o arbítrio e a sanção se torna injusta e inadequada.

Os princípios norteadores da pena, por igual, exercem grande influência na escolha, pelo magistrado, da pena legítima. Pelo *princípio da humanidade*, é garantido ao acusado um tratamento justo e uma pena desprovida de qualquer padecimento desnecessário ou qualquer humilhação à dignidade da pessoa humana. Do *princípio da legalidade* emerge a segurança jurídica, de modo que as regras para a apenação devem ser claras, objetivas, editadas pelos legítimos representantes do povo e pré-definidas. O *princípio da personalidade* evita que outras pessoas, senão e tão-somente o delinqüente, sejam alcançadas pelo decreto condenatório do autor do crime. O *princípio da intervenção mínima do Direito Penal* determina que a pena somente deva ser utilizada como *ultima ratio*, somente naquelas hipóteses extraordinariamente indispensáveis à manutenção da harmonia social e da preservação do ser humano, de onde se emerge a natureza fragmentária do Direito Penal, isto é, somente deve intervir onde sanções de outra natureza (civil, administrativa, fiscal etc) tornarem-se insuficientes. O *princípio da culpabilidade* afasta a possibilidade de uma responsabilidade penal objetiva, presunção já banida do ordenamento jurídico brasileiro. Do *princípio da individualização* da pena decorre que a avaliação de cada indivíduo deva ser particularizada, levando-se em consideração suas características pessoais, o crime e a relação entre um e outro, de sorte que dificilmente haverá duas pessoas com a mesma pena, em virtude das diferenças entre os seres humanos. O *princípio da proporcionalidade*, também conhecido como limitador de excessos, tem por fundamento garantir uma correspondência entre o castigo e o pecado, isto é, a pena deve ser estabelecida apenas o suficiente e necessário para prevenir e reprovar o crime, caso contrário surge o excesso, o arbítrio, incompatíveis com o Direito Penal moderno.

Todos esses princípios orientam não somente o juiz, mas também o legislador, na concepção e aplicação de uma pena justa, adequada e legítima.

No segundo capítulo, destinado ao estudo do procedimento trifásico de fixação da pena privativa de liberdade, foi detidamente estudada cada uma das três fases.

Na primeira fase, foram decantadas as oito cláusulas judiciais que influenciam na apuração da pena-base, onde foram examinadas a finalidade e grandeza de cada uma. Procurou-se demonstrar que tornaram-se obsoletos os métodos de equivalência matemática entre uma e outra circunstância do art. 59, pois o que deve ser levado em conta é o fato concreto e as características do sentenciado, de modo que a influência delas na fixação da pena-base é variável de acordo com as particularidades de cada agente. Assim, *v.g.*, a personalidade do réu pode ter maior *peso* do que os motivos do crime, e vice-versa, dependendo das circunstâncias dos fatos. Constatou-se que essa equivalência forçada, embora decorrente de uma jurisprudência cada dia mais rarefeita, pode igualar situações desiguais, o que não é correto.

Não é mais possível a utilização de métodos, inspirados pela legislação já revogada, de fixação da pena-base em níveis denominados de *máximo*, *submáximo*, *médio* ou *submédio*. Isto porque, em primeiro lugar, não há previsão legal, e em segundo, porque levaria a uma idéia de *pena fixa*, sem margem de discricionariedade do magistrado, o que violaria os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade. A pena-base somente pode se afastar do mínimo legal cominado ao crime quando uma ou mais circunstâncias judiciais militarem contra o sentenciado. Jamais poderá ser iniciada, antes da avaliação daquelas circunstâncias, em quantidade superior à mínima cominada.

Na segunda fase do procedimento de dosimetria da pena, onde é calculada a pena provisória, pela identificação de circunstâncias agravantes e atenuantes, depois do comentário individualizado de cada uma das circunstâncias – agravantes e atenuantes, previstas no Código Penal - registrou-se a possibilidade de hierarquia de determinadas circunstâncias sobre outras, conforme a natureza da cada uma, o que permite a preponderação. Assim, aquelas que disserem

respeito à personalidade do réu, reincidência e motivos do crime, preponderam sobre as demais. Se o concurso for entre as próprias circunstâncias eleitas como preponderantes, há de prevalecer aquela que diz respeito à personalidade do réu, razão porque a menoridade de 21 anos sempre tem força preponderante sobre qualquer outra, conforme pacífico entendimento jurisprudencial.

A possibilidade de compensação entre circunstâncias agravantes e atenuantes, em caso de incidência simultânea, ficou evidenciada, desde que se trate de circunstâncias objetivas ou, se subjetivas, não estejam incluídas na área de preponderância. Restou também demonstrado que, na hipótese de concurso de agravante e atenuante em relação ao mesmo fato, a aplicação de uma ou de outra em primeiro lugar, é indiferente, tendo em vista que nenhum prejuízo traz ao condenado, já que sempre o cálculo incide sobre a pena-base encontrada na primeira fase. O que não se mostra viável é a aplicação de uma ou de outra elevar a pena além do máximo ou reduzi-la aquém do mínimo legal cominado ao crime.

No estudo da terceira fase, das causas especiais de aumento e de diminuição de pena, para fins de fixação da pena definitiva, concluiu-se que o cálculo de uma ou de outra – apenas o primeiro – incide sobre a pena provisória, encontrada na segunda fase. Havendo sucessivas causas de aumento e ou de diminuição, o cálculo da operação subsequente tem por base o resultado obtido na operação antecedente, sob pena de levar a pena a zero na hipótese de várias causas de diminuição. No concurso simultâneo de causas de aumento e ou de diminuição, não há precedência de uma sobre outra, podendo o cálculo iniciar-se por qualquer delas, o resultado sempre será o mesmo, conforme axioma das ciências exatas: *a ordem dos fatores não altera o produto*. O que não pode haver é uma compensação entre uma causa de aumento e uma de diminuição, ainda que com referências idênticas (aumento de 1/3 e diminuição de 1/3, por exemplo), já que sempre importará em prejuízo para o sentenciado. Por isto, deve-se aplicar uma e, depois, a outra.

Ainda na terceira fase, conclui-se que havendo o concurso entre várias causas de aumento de pena *ou* entre várias causas de diminuição, nem sempre devem todas ser aplicadas. Todas as vezes que houver incidência daquelas causas – aumento ou diminuição - previstas na Parte Geral do Código Penal,

obrigatoriamente, deverão ser aplicadas, todas. Mas quando se referirem à Parte Especial, escolhe-se apenas uma das concorrentes, a que mais aumentar ou a que mais diminuir a pena. Neste particular, o trabalho desenvolve uma nova hipótese de aplicação de causa preponderante até então não desenvolvida pela doutrina ou jurisprudência. É o caso de multiplicidade entre causas de aumento ou causas de diminuição, em que a lei prevê a mesma quantidade de aumento ou de diminuição. Nesta hipótese, defende o autor que somente o caso concreto é que poderá dizer qual delas poderá ser escolhida pelo juiz para aumentar ou diminuir, tendo em vista que a preponderação não pode ser esquecida, embora a lei as coloque em um mesmo plano de avaliação abstrata.

No estudo dessas causas, ficou estabelecida a fórmula de aplicação da causa de diminuição decorrente da tentativa e as causas de aumento em virtude do concurso formal de crimes e crime continuado. Na tentativa, a quantidade de pena a diminuir, no intervalo entre $1/3$ a $2/3$, não somente considerou o *iter criminis* – tentativa imperfeita e o crime falho – a primeira para reduzir mais e o segundo para diminuir menos a pena do crime consumado, como também a proximidade da consumação, fator indispensável para a escolha justa de um redutor maior ou menor.

No concurso formal de crimes e no crime continuado a aplicação da exasperação, apesar de larga tolerância jurisprudencial, deve ser considerada somente após a dosagem da pena para cada um dos crimes que compõem o concurso. Somente após, é que se escolherá qualquer uma das penas fixadas se iguais, ou a maior, se diferentes – o juiz não pode fazer apenas uma dosagem para todos os crimes – e, então, sobre ela incidirá a exasperação. Foi demonstrada a imperiosa necessidade, sob pena de imperdoável erro de técnica, de se dosar e individualizar uma pena para cada crime/cada réu. A quantidade a exasperar, no concurso de crimes (formal e continuado) é ditada pelo número de ilícitos componentes do concurso, de modo que, enquanto maior, mais se aumenta, respeitado, é lógico o limite legal – metade, para concurso formal e $2/3$ para o crime continuado.

A dosagem da pena de multa foi tratada de forma meticulosa, sobretudo no que tange ao cálculo da quantidade de dias-multa, já que a comunidade jurídica

ainda não chegou a um consenso sobre qual método a adotar. Os devaneios da doutrina e jurisprudência – a lei é omissa – impedem a adoção de um sistema único, ora adotando o parâmetro das três fases da fixação da pena privativa de liberdade, ora duas, ora apenas a primeira fase. Neste trabalho ficou demonstrado que existe apenas um critério lógico, único e compatível com o sistema de fixação das penas, o trifásico, sob pena de violar os princípios da culpabilidade e o da proporcionalidade da pena, tão caros ao Direito Penal moderno. Já o valor do dia-multa deve ter como referência apenas a situação econômica do condenado.

Como alternativas penais, a fim de evitar a aplicação da pena privativa de liberdade, foram consideradas as penas restritivas de direitos e o *sursis*. As primeiras, com a nova versão dada pela Lei nº 9.714/98, além de aumentarem sobremodo seu espectro de abrangência, inovaram com as penas de prestação pecuniária e perda de bens e valores, aumentando a opção do magistrado, sobretudo no aspecto patrimonial. Já o *sursis* sofreu um brusco esvaziamento em decorrência dessas novas medidas, no entanto não foi abolido, já que os crimes cometidos com violência ou grave ameaça, salvo quando constituírem infração de pequeno potencial ofensivo, não foram contemplados com as penas substitutivas da prisão. O certo é que essas alternativas penais não contemplam os crimes hediondos ou tráfico ilícito de entorpecentes em virtude da obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

Por fim, foi registrada uma ligeira abordagem sobre os efeitos extrapenais da condenação, tanto os genéricos quanto os específicos, com ênfase ao *confisco*, diferenciando-o da pena restritiva de *perda de bens e valores*. Também mereceu relevo o efeito administrativo consistente na *perda do cargo, função pública ou mandato eletivo*, pela semelhança que guarda com a pena restritiva de *proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, e de mandato eletivo*. Depois de evidenciadas as diferenças entre um e outro instituto, foram apontadas sugestões para as hipóteses de aplicação do primeiro, somente para situações mais graves, já que possui caráter definitivo e dependerá, em regra, do cumprimento prévio da pena privativa de liberdade.

Bibliografia

ASSIS, A. *Eficácia civil da sentença penal*. 2 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BADARÓ, G. H. R. I. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 3)

BARRETO, T. Fundamentos do Direito de Punir. *Revista dos Tribunais*, n. 727.

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, C. R. *Manual de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2000.

BOSCHI, J. A. P. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BRASIL. STF. Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. n. 1 (abr./jun. 1957). Brasília: Imprensa Nacional, 1957.

_____. STF, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, p. 16323, 17 maio 1996.

_____. STF, HC, Rel. Min. Celso Melo, RT 726/555.

_____. STF, 1ª Turma, HC 74967-SP, Rel. Min. Moreira Alves, 08 abr. 1997, DJ, 30 maio 1997.

_____. STF, 2ª Turma, Rel. Marco Aurélio, DJ, p. 24376, 18 dez. 1992.

_____. STF, 2ª Turma, Rel. Maurício Corrêa, DJ, p. 50167, 13 dez. 1996.

_____. STF, 2ª Turma, HC 76196/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 15 dez. 2000.

_____. STF, 2ª Turma, HC 73297-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 06 fev. 1996.

_____. STF, 2ª Turma, Rel. Djaci Falcão, DJ, P. 27314, 21 out. 1988.

_____. STF, 2ª Turma, Rel. Mauricio Correa, DJ, 26 abr. 1996.

_____. STF, 2ª Turma, Rel. Néri da Silveira, DJ, p. 00003, 10 ago. 2000.

_____. STF, HC 74741-8/GO, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, p. 15.203, 25 abr. 1997.

_____. STF, RT 608/448.

BRASIL. STJ. Rel. Félix Fischer. Diário da Justiça, 13 dez. 1999, p. 00166.

_____. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 196940/DF. Diário da Justiça da União, 06 nov. 2000.

_____. Recurso n. 17/352-3.

_____. Rel. Jorge Scartezini. Diário da Justiça, 18 dez. 2000, p. 00219.

_____. Rel. José Arnaldo da Fonseca. Diário da Justiça, 29 nov. 1999, p. 00178.

_____. Rel. José Arnaldo Fonseca. Diário da Justiça, 29 nov. 1999. p. 229.

_____. Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro. Diário da Justiça da União, 28 jun. 1999, p. 158.

_____. Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro. Diário da Justiça, 17 fev. 1999, p. 171.

_____. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Diário da Justiça da União, 25 mar. 2002, p. 00317.

BRUNO, A. *Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. *Direito Penal*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CARVALHO NETO, I. de. *A aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DELMANTO, C. et. al. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 3. t.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón – Teoría del Garantismo Penal*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997.

FRANCO, A. S. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à Lei n. 8072/90*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRANCO, A. S. et. al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial: parte geral*. 6 ed. v. 1. t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

GOIÁS. TJGO. 1ª Câmara Criminal. Rel. Des. João Batista de Faria Filho. Diário da Justiça, p. 23, 13 nov. 1995.

_____. 2ª Câmara Criminal. Diário da Justiça, p. 10, 26 ago. 1999,

_____. 2ª Câmara Criminal. Rel. Des. João Canedo Machado. Diário da Justiça do Estado de Goiás, p. 3, 8 maio 1996.

_____. 2ª Câmara Criminal. Rel. Des. José Lenar de Melo Bandeira. Diário da Justiça, p. 13, 10 jun. 1999.

_____. 2ª Câmara Criminal. Rel. Des. Juarez Távora de Azeredo Coutinho, Diário da Justiça, p. 18, 5 out. 1995.

_____. 2ª Câmara Criminal. Rel. Des. Juarez Távora de Azeredo Coutinho. Diário da Justiça, p. 21, 18 set. 1995.

_____. 2ª Câmara Criminal. Rel. Dr Remo Palazzo. Diário da Justiça, p. 12, 1 mar. 1996.

_____. 2ª Câmara Criminal. Rel. Remo Palazzo. Diário da Justiça, p. 10, 16 mar. 1995.

GOMES, L. F. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. (Coleção Temas Atuais de Direito Criminal, v. 1.)

GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev. ampl. e atual. 4 tir., com nova jurisprudência e em face da Lei 9099/95 e das leis de 12996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. 1 v. t. I e II, 5 v.

JESUS, D. E. de. *Direito Penal: parte geral*. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 1999.

LYRA, R. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

MINAS GERAIS. TJMG. 1ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 000.197.289-2/00.

_____. 1ª Câmara Criminal. Rel. Des. Luiz Carlos Biasutti.

MIRABETE, J. F. *Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 1-7-84*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. *Código de Processo Penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999. 3. t. 2000.

_____. *Manual de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NUCCI, G. S. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEDROSO, F. A. *Direito Penal: parte geral: estrutura do crime*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2000.

PIERANGELLI, J. H. *Das Penas: Tempos Primitivos e Legislações Antigas. Fascículos de Ciências Penais*. v. 5, p. 4. Porto Alegre: Fabris, 19-- .

PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte especial - arts. 289 a 359-H*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REALE JÚNIOR, M. *Teoria do delito*. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (RT Didáticos).

RIO DE JANEIRO. TJRJ. 2ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 753/96, Reg. 260.597, Cód. 96.050.00753. Diário da Justiça, 8 abr. 1997. p. ?

SANTOS, J. C. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SÃO PAULO. TACRIM I. 11ª Câmara. Apelação n. 928.049/2, Rel. Wilson Barreira, 8 maio 1995.

_____. _____. 11ª Câmara. Rel. Fernandes de Oliveira, 15 jul. 1998.

_____. _____. 9ª Câmara. 5 ago. 1992.

_____. TJSP. AC. Rel. Des. Silva Leme - RI 582/316.

_____. TJSP. Recurso Especial n. 4266/SP.

_____. TJSP. Recurso Especial n. 59820/SP. Diário da Justiça do Estado de São Paulo. 16 dez. 1996.

_____. TJSP. Recurso Especial n. 61962-SP. Diário da Justiça do Estado de São Paulo, 7 ago. 1995.

SOUSA, L. A. *A Produção normativa do Poder Executivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 110.

TOLEDO, F. A. de. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença Criminal: Prática de Aplicação de Pena e Medida de Segurança*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

WELZEL, H. *El Nuevo sistema del Derecho Penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ariel, 1964.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI J. H. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.