



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A Correta Aplicação da Pena Privativa de Liberdade

André Luiz Matos Miranda da Rosa

Rio de Janeiro
2010

ANDRÉ LUIZ MATOS MIRANDA DA ROSA

A Correta Aplicação da Pena Privativa de Liberdade

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Dr.^a Kátia Araújo
Dr. Nelson Tavares
Dr.^a Neli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro
2010

A CORRETA APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

André Luiz Matos Miranda da Rosa

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Assessor de Desembargador.

Resumo: Aplicar sanções penais ou fiscalizar sua imputação e cumprimento fazem parte do cotidiano dos profissionais de direito que se dedicam à judicância criminal, defesa ou acusação nesse âmbito. Assim, tornasse necessário conhecer a correta aplicação das penas, em especial o critério trifásico adotado pelo Código Penal Brasileiro: Primeira fase (pena base), segunda fase (pena intermediária) e terceira fase (pena final). A essência do trabalho é abordar essa classificação, verificar qual a relevância de cada uma, bem como o momento oportuno em que devem ser empregadas.

Palavras-chave: Princípios, Critério, Fases, Aplicação, Pena.

Sumário: Introdução. 1. - Princípios constitucionais relacionados à fixação das penas. 2. Importância da individualização das penas; 3. O sistema trifásico de dosimetria da pena. 4. As peculiaridades relacionadas à pena de multa. 5. – A relação *quantum* de pena privativa x regime de cumprimento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a análise dos artigos 68 e 59, ambos do Código Penal, vale dizer, a individualização da pena, caracterizada pela correta aplicação do critério trifásico de dosimetria. Para tal, estabelece como premissa a reflexão sobre a maneira mais adequada para a aplicação de cada elemento individualizador das penas e, ainda, qual o momento correto em que cada um desses elementos devem ser aplicados à luz do critério trifásico de dosimetria. Vale mencionar que existem, no exercício da função judicante, magistrados criminalistas que encerram a atividade jurisdicional aplicando penas injustas, ou até mesmo ilegais, tanto em prejuízo de acusados, quanto em prejuízo da própria sociedade,

muitas vezes ao argumento da discricionariedade encontrada nos preceitos secundários das normas penais incriminadoras, contando, por vezes, com a inércia do Ministério Público e da própria defesa. Diante desse panorama, a aplicação correta dos princípios relacionados e do critério adotado pelo legislador, contribuiria para a redução das injustiças praticadas por aqueles que, ao menos em tese, possuem o poder/dever de combatê-la.

Busca-se despertar a atenção para a quantidade de acórdãos que reformam sentenças de primeiro grau, no que tange à dosimetria das penas, bem como aos inúmeros casos de inércia por parte tanto da acusação quanto da defesa, diante de uma pena absurda e erroneamente aplicada.

Objetiva-se direcionar o magistrado criminalista no exercício da função judicante, para uma correta aplicação das penas, bem como fornecer elementos de controle aos responsáveis pela acusação e defesa, diante de possíveis irregularidades e ilegalidades praticadas pelo magistrado quando da fixação da pena, mostrando a necessidade de atentarem e, se preciso insurgir-se, quanto às sanções impostas.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: a aplicabilidade de princípios específicos quando da fixação das penas, a importância da individualização das penas, a correta interpretação e aplicação do critério trifásico de dosimetria da pena, as peculiaridades relacionadas à aplicação da pena de multa e, ainda, a influência dos artigos 68 e 59, ambos do CP, no momento de fixação do regime de cumprimento da pena. A metodologia será pautada pelo método pesquisa de campo e análise de casos concretos.

Nesse contexto, resta saber se há, de fato, uma regra legalmente estabelecida que, se bem avaliada e empregada, efetivamente conduza o magistrado à aplicação de uma pena justa, proporcional e efetiva, bem como possibilite uma espécie de controle de legalidade das sanções pelas partes envolvidas, acusação e defesa.

1 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À FIXAÇÃO DAS PENAS.

A pena no sistema jurídico brasileiro não é aplicada somente com o escopo de retribuição pelo mal perpetrado. Não há esta conotação puramente taliônica. Hoje, a novel

interpretação constitucionalista de todos os ramos do direito impõe que, além deste inegável fundo retributivo da pena, há que se buscar como finalidade precípua a ressocialização do indivíduo apenado. De fato, a ressocialização tem este escopo da pena desde o direito canônico. Antes, a finalidade era adstrita à retribuição pelo crime.

O duplo aspecto da pena – socializador e retributivo –, hoje, é inegável, mas já constitui um avanço em relação à pena puramente vingativa. Não há como se negar que há ainda o aspecto retributivo, mesmo porque a gravidade da pena acompanha proporcionalmente a gravidade da infração.

Com esta tendência evolutiva em mente, veremos então a principiologia mais importante que paira sobre a teoria da pena, valendo assinalar que o termo “princípio” deve ser entendido como disposição fundamental, ou seja, caracteriza-se como mandamento nuclear de um sistema.

1.1 - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE:

A pena a ser aplicada deve estar prevista na lei, justamente por isso o art. 1º, do CP repete a redação do art. 5º, XXXIX da CRFB, asseverando que “não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal”.

Este princípio possui tamanha importância no direito penal que se divide em pelo menos três outros postulados: 1. Princípio da reserva legal – que deve ser entendido como a necessidade da existência prévia de lei para criminalizar a conduta ou impor as penas; 2. Taxatividade – onde as normas penais devem ser claras e objetivas possibilitando formulações precisas; 3. Princípio da anterioridade – que determina a irretroatividade da lei penal incriminadora ou que tenha como escopo agravar a pena de um fato praticado anteriormente, permitindo apenas a aplicação retroativa da lei penal mais benéfica.

Nesse sentido Shecaira (2002, p. 76-77) afirma que “O princípio da legalidade penal pode ser entendido sob três aspectos, (...) o princípio da reserva legal, o princípio da anterioridade e o princípio da taxatividade. Tais princípios formam o próprio conteúdo do princípio da legalidade penal”.

Para ser crime, não é preciso que haja previsão de imposição de pena privativa de liberdade, basta que haja previsão de sanção. Mesmo que pareça que a Lei de Introdução ao Código Penal, no artigo 1º, suporte a tese de que só há crime se há aprisionamento, o conceito de crime não se mede pela natureza da pena.

Na realidade, o que este dispositivo pretende é apenas distinguir as penas privativas de liberdade destinadas aos crimes – detenção ou reclusão – da pena desta natureza destinada às contravenções – prisão simples. Portanto, entender que a natureza da pena integra o conceito de crime é uma falsa premissa, levando a uma falsa conclusão.

Por fim, deve-se compreender que o ordenamento jurídico brasileiro permite ao magistrado alguma discricionariedade quando da aplicação da pena, isso porque prevê uma margem entre a pena mínima e a máxima a ser aplicada para aquele delito analisado casuisticamente, porém, sua decisão deve estar fundamentada em pontos definidos na própria regra geral da aplicação da pena, não cabendo aplicação de outros elementos ou de reserva íntima pelo magistrado, que se vê obrigado a exteriorizar as razões que o levaram a aplicação daquela pena, razão pela qual a doutrina chama esta discricionariedade de mitigada, já que deve observar critérios legais de movimentação e não simplesmente a oportunidade e conveniência para o magistrado.

1.2 - PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE; PESSOALIDADE; INTRANSCENDÊNCIA:

O princípio em tela encontra-se expresso no art. 5º, XLV, da Constituição Federal, e dispõe que “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”.

A pena não pode suplantiar a figura do condenado. Apenas ele poderá cumprir seu ônus criminal. Não se admite que ninguém possa assumir a responsabilidade pelo cumprimento de pena em nome do condenado, tampouco que se possa cominar pena a quem não tenha sido o autor da infração.

Assim, tem-se que a punição criminal, ou seja, a pena aplicada, deve ser cumprida pelo autor do fato, sendo impossível seu cumprimento por pessoa diversa. Valendo esclarecer que em relação à pena de multa, esta pode ser cobrada dos herdeiros, não como exceção a regra da intranscendência, mas porque se torna dívida ativa inscrita no juízo da Vara de Execuções Penais, razão pela qual se torna dívida do *de cuius* transmitida aos herdeiros nas limitações do quinhão, conforme as regras do direito sucessório.

1.3 - PRINCÍPIO DA HUMANIDADE:

Ainda entre os princípios constitucionais relativos à pena, e que se encontram expressos na Carta Magna, há de se mencionar o relevante princípio da humanização da pena, ressaltando-se que este princípio está previsto em diversos dispositivos e não de forma única e sintetizada.

Como exemplos de previsão constitucional sobre este tema podemos citar os artigos 1º, III e 5º, incisos III, XLVII e L, além dos dispositivos infraconstitucionais, a saber, artigos 3º e parágrafo único, e 82, parágrafo primeiro, ambos da Lei 7.210/84, dentre outros.

Com o emprego efetivo deste princípio busca-se o bem estar de todos na comunidade, inclusive dos condenados, que não merecem ser excluídos somente porque delinqüiram, lembrando-se que a ressocialização constitui uma das finalidades da pena. Isto significa que o Estado deverá utilizar-se de meios e investimentos para garantir cárceres humanizados e civilizados. Sobre este tema ensina Shecaira (2002, p. 87) que: “Ademais, é através da forma de punir que se verifica o avanço moral e espiritual de uma sociedade, não se admitindo, pois, nos termos atuais, qualquer castigo que fira a dignidade e a própria condição do homem, sujeito de direitos fundamentais invioláveis.”

Assim, pode-se afirmar que este princípio está intimamente ligado às condições dos cárceres fornecidos pelo Poder público, à impossibilidade de aplicação de penas desumanas ou degradantes, bem como a proibição de tratamentos cruéis e trabalhos forçados, assegurando-se aos presos o respeito à integridade física e moral.

Aqui tem relevo a discussão quanto ao Regime Disciplinar Diferenciado – RDD -, pois não sendo possível a aplicação da pena desumana, *lato sensu*, tem-se questionado a constitucionalidade do instituto, constante do artigo 52 da Lei de Execuções Penais, Lei 7.210/84.

O RDD – Regime Disciplinar Diferenciado -, impõe severas restrições à dignidade da pessoa humana, e por isso só pode recair sobre presos que causem, enquanto encarcerados, graves desestabilizações do sistema prisional, colocando em risco a própria dinâmica do seu cumprimento de pena, ou de outros presos. Este regime tem sua origem na precaução e repressão a rebeliões em presídios. A administração penitenciária já se viu diante de situações tais que, sem as restrições do regime, seria impossível o controle sobre o sistema.

Ocorre que este sistema diferenciado de cumprimento ainda é altamente questionado em sua constitucionalidade, porque há quem defenda-o verdadeira pena cruel, desumana. Todavia, prevalece, o entendimento de ser perfeitamente constitucional. Sendo as medidas do RDD condizentes com aquilo que se espera da reclusão, sobremaneira nos casos em que se justifica.

Quanto à limitação das visitas, fixadas em duas vezes por semana, também não há indício de inconstitucionalidade alguma, passando longe de ser medida desumana.

A limitação a duas horas de banho de sol diárias também é perfeitamente adequada, sendo mais do que suficiente para manter digna a rotina do preso.

O trabalho do preso também guarda relação com a humanidade da pena. Previsto no artigo 39 do CP e no 28 da Lei de Execuções Penais, o trabalho é um direito e um dever do preso. Tanto é um dever que o seu descumprimento é considerado falta grave, na forma do artigo 50 da LEP.

Deve-se observar o trabalho como um direito do preso, sendo condição da sua dignidade humana. Inclusive, o trabalho do preso merece remuneração, não inferior a três quartos de um salário-mínimo vigente, o qual será destinado ao preso ou sua família. E mais, o trabalho dá direito à remição da pena, como diz o artigo 126 da LEP.

O trabalho como dever não se opõe à vedação constitucional ao trabalho forçado, constante no artigo 5º, XLVII, “c”, da CRFB. Isto porque o que é vedado não é o dever de trabalhar, e sim a pena de trabalhos forçados, que é um conceito específico: são trabalhos forçados aqueles desumanos, degradantes, vis – e somente estes são vedados. Esta preocupação constitucional veio inspirada pelo Pacto de São José da Costa Rica, e o termo “forçado” não é sinônimo de “obrigatório”, e sim de “degradante”, neste dispositivo.

1.4 - PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE:

Diferente dos princípios tratados até aqui, a proporcionalidade não foi prevista de forma expressa na Constituição, porém, pode ser extraído de diversas normas no texto constitucional e infraconstitucional. Justamente por isso Lopes (2000, p.453) sustenta que o art. 5º, caput da CRFB “cria naturalmente um mecanismo para o equilíbrio das consequências jurídicas decorrentes dessa eleição axiológica, daí aferível o princípio da proporcionalidade, muito embora não expresso na Constituição”.

Aqui cinge-se que deve haver proporcionalidade entre o crime previsto na moldura da norma penal e seu preceito secundário, assim como deve haver proporcionalidade entre o tipo penal efetivamente praticado, bem como suas razões, e a pena final aplicada.

A grande questão sobre o princípio da proporcionalidade é firmar-se que a pena deve ser proporcional ao bem jurídico tutelado, considerando sempre a relação entre os meios utilizados e os fins obtidos.

Ao tratar deste tema, Nucci (2008, p. 42) ensina que “Ao elaborar tipos penais incriminadores, deve o legislador inspirar-se na proporcionalidade sobre pena de incidir em deslize grave, com arranhões inevitáveis a preceitos constitucionais”.

Por fim, assim como será tratado adiante, na individualização da pena, tem-se que proporcionalidade integra um princípio genérico devendo ser observado em três momentos distintos, ou seja, no momento legislativo – de cominação da sanção penal; no momento judicial – de aplicação da pena em concreto; e, também, no momento de execução da pena.

1.5 - PRINCIPIO DA ISONOMIA:

As normas penais, em especial, são dotadas de generalidade e abstração, ou seja, criadas para casos futuros, servindo como base para toda a sociedade de forma igualitária, devendo o legislador construir tipos penais incriminadores que valham a todos.

Em se tratando de dosimetria da pena, tem-se que o preceito secundário previsto no tipo penal deve ser o mesmo, independente de quem seja o autor do delito, mesmo assim, caberá ao magistrado sentenciante a responsabilidade de atenuar as desigualdades sociais observando as condições tanto do agente quanto do fato praticado.

Vale esclarecer que existe em nosso ordenamento previsão de tipos penais idênticos que, se praticados pelas pessoas ali determinadas obterão, em abstrato, penas menores. Nesses casos, em respeito ao princípio da isonomia, tem-se que praticado o crime em concurso de pessoas entre uma na condição especial ali determinada e outra “comum”, o preceito secundário mais benéfico aproveitará aquele indivíduo que não possuía a condição, buscando-se, assim, um tratamento igualitário na aplicação da pena, o que não significa dizer que todos os envolvidos terão sempre a mesma pena, pois a isonomia, em outra vertente, busca tratar de forma desigual os desiguais, na medida de sua desigualdade, que, em critérios legais, poderá representar pena maior ou menor concretamente.

Ao tratar do princípio da isonomia Nucci (2008, p. 40) afirma que “Os réus são iguais perante a lei, mas tratados por esta desigualmente, quando em posição de desigualdade. É o campo de individualização da pena (...). Caberá ao juiz a eleição do *quantum* compatível com a situação concreta do fato e de seu autor”.

2 – IMPORTÂNCIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Embora a individualização da pena seja um princípio correlato, a nosso ver merece especial atenção, por isso será tratada em um capítulo a parte.

A individualização da pena está expressamente prevista no artigo 5º, XLVI, representando direito humano fundamental e garantia fundamental. Trata-se, em última

análise, do direito de todo acusado de obter, em caso de condenação, a pena justa, livre de qualquer padronização, decorrência natural da condição individualizada do ser humano, a cada qual com vida e personalidade ímpares.

O sistema jurídico-penal brasileiro adota penas relativamente indeterminadas, ou seja, o legislador, ao escrever as molduras penais, atribui gravidade mínima e máxima ao preceito secundário dos tipos, conferindo ao magistrado certa discricionariedade, devendo este atuar dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, mas com certo grau de subjetivismo frente ao caso concreto.

Nem sempre foi assim. O sistema atual é fruto de longas mudanças, aprimoradas em nosso ordenamento e concretizadas apenas em 1940, com o advento do Código Penal, isso porque à época das monarquias absolutas, em que o Rei corporificava as funções de legislador e julgador, além de administrador, as penas eram em geral arbitrárias, representando um sistema abusivo e injusto. Nessa esteira, ensina Boschi: “Fácil ver que só quando os sistemas jurídico-penais adotarem penas relativamente indeterminadas, como o nosso, é que se poderá falar em individualização das penas”.

Torna-se necessário compreender que a individualização da pena se processa em fases distintas, tendo início na fase legislativa – com a elaboração da lei, escolhendo-se os fatos puníveis, as penas aplicáveis, bem como seus limites e critérios de fixação; prossegue na fase judicial - com a individualização operada na sentença; e culmina na fase executiva – por ocasião do cumprimento da pena.

Assim, tem-se que a individualização incide na fase legislativa, ao se determinar a cominação em escala, tornando-se inadmissível a fixação de pena em quantidade única; na fase judicial, posto que dentro de patamares mínimo e máximo o juiz poderá estabelecer a pena ideal ao caso concreto, de acordo com as peculiaridades do fato e do agente, o que não seria possível em caso de pena única ou fixa; e, por último, na fase de execução da pena, onde cada condenado terá a sua pena executada de acordo com suas características pessoais, oportunidade em que também participará o Poder Executivo, ente competente para

administrar a execução das penas, razão pela qual esta etapa é chamada de híbrida – pois conta com a participação do Judiciário e do Executivo.

Individualizar a pena é torná-la certa e única em razão da prática de fato certo e único por acusado certo e único. Nesse contexto, o juiz sentenciante estaria autorizado a impor tratamento rigoroso em dadas circunstâncias e tratamento mais benigno em outras, embora o enquadramento jurídico seja no mesmo tipo penal. Segue-se, então, que a aplicação da pena no caso concreto se insere no contexto mais amplo da garantia da individualização da pena, sendo concretizado por um conjunto complexo de operações que envolvem cooperação e separação de tarefas e responsabilidades entre o legislador, o juiz e o executor.

Nesse contexto vale assinalar que o enfoque deste artigo volta-se à individualização judiciária da pena, omitindo-se qualquer análise das fases legislativa ou executória.

Assim, na fase judicial da pena tem-se que a individualização se manifesta na necessidade de que o juiz siga corretamente a sistemática trifásica, bastando, por agora, mencionar que é a mais pura aplicação do princípio da individualização da pena, na forma do artigo 68 do CP.

Por fim, tem-se que individualizar quer dizer particularizar o que antes era genérico, respeitando as características do agente e as situações peculiares que envolvem a ocorrência do fato, tendo por finalidade fugir da padronização da pena, da mecanizada ou computadorizada aplicação da sanção penal, tornando-a única em relação ao apenado e distinta dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo corréus.

3 - O SISTEMA TRIFÁSICO

Com o advento do CP de 1940, duas correntes, entestadas por Nelson Hungria e Roberto Lyra, divergiam sobre a forma de realizar o cálculo da pena. Para Lyra, a operação era bifásica, enquanto para Hungria o procedimento era trifásico.

A reforma em análise, seguindo o moderno pensamento segundo o qual o grau de incerteza deve ser minimizado, adotou o procedimento trifásico da seguinte forma: Art. 68 “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão

consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Assim, deve-se compreender que na fase judicial de individualização da pena, esta será realizada em três etapas. Na primeira fase, a fixação da pena-base, o juiz observará o artigo 59 do CP. Em seguida, na segunda fase, fixa a pena intermediária, em que observará as circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos artigos 61 a 66 do CP. Por fim, passa à terceira fase, em que fixará a pena final, observando as causas de aumento e de diminuição da pena, previstas tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal e em leis extravagantes.

Antes de adentrar no estudo de cada fase, imperioso se faz a observância de alguns conceitos necessários para a compreensão da matéria central. O primeiro é a diferença entre elementar do crime e circunstância do crime. Elementares, em última análise, são componentes do tipo penal que, se retirados da narrativa sobre o crime, altera-o quanto a tipificação ou, até mesmo, torna atípica a conduta. Por outro lado, circunstâncias são termos que, se suprimidos, não alteram a natureza do delito, são moduladoras da aplicação da pena, servindo apenas para reduzi-la ou aumentá-la, não interferindo na tipificação da conduta.

A relevância dessa diferenciação é justamente na aplicação da pena, porque há circunstâncias que, por vezes, funcionam como elementares do crime, e se assim o forem, não poderão ser computadas na segunda etapa, sob pena de controverter a vedação ao *bis in idem*, como exemplifica a súmula 241 do STJ, sobre a reincidência: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.”

O segundo ponto está na diferença entre qualificadoras e causas de aumento de pena. Na qualificadora, o balizamento penal, a escala da pena, é completamente alterado. Modificar-se o mínimo ou o máximo da pena cominada, seria como se estivéssemos alterando a própria tipificação do crime. Enquanto nas causas de aumento de pena não há variação expressa da escala penal. Há uma variação fracionada da pena, ou seja, as causas de aumento de pena são sempre representadas por frações.

Ainda quanto a este tema, verifica-se que as qualificadoras devem ser observadas, em regra, na primeira fase do cálculo penal, pois alteram o preceito secundário relacionado à pena base, enquanto as causas de aumento de pena são incidentes na terceira e última etapa da dosimetria.

Relevante aqui é a possibilidade de incidência de duas ou mais qualificadoras quando da prática de um mesmo crime, porém, não há como valer-se das duas na alteração da escala penal. Uma solução encontrada está na possibilidade de a primeira qualificadora alterar a escala penal, e a segunda (ou quantas mais houver) deveria influenciar a pena base, servindo como circunstância das que incrementam a pena base afastando-a do mínimo legal. A segunda possibilidade, porém, defende que a segunda qualificadora não deve servir como quesito para mensurar a pena-base, mas sim como agravante considerada na segunda fase, desde que haja previsão legal da agravante genérica correspondente – e, diga-se, entendem que se não houver esta previsão, que se a considere na primeira fase, tal como indica a primeira solução.

Outra questão relevante é a necessidade de fundamentação das decisões e exteriorização dos motivos, previsto em nosso ordenamento.

Faz-se válido apresentar que no sistema atual, para que a atuação do juiz seja apreciada e valorada, deve o magistrado demonstrar como fez uso da discricionariedade que a lei lhe outorgou na aplicação da pena. Assim, deve ele motivar e fundamentar a orientação que seguiu, sob pena de ser declarado nulo seu pronunciamento.

Para Shecaira (1995, p. 176), “a defesa e a acusação têm o direito de saber por quais caminhos e com quais fundamentos o juiz chegou à fixação da pena definitiva. Escamotear tais caminhos é cercear a defesa ou desarmar a acusação”. Nesse momento o juiz deverá fundamentar plenamente a aplicação da pena, tal como fundamenta a incriminação do condenado. Deverá explicar a adução de cada aspecto na pena, ou seja, a cada passo, cada agravante ou atenuante reconhecida, a cada aumento ou diminuição de pena, deverá explicar o porquê da sua decisão. A falta de fundamentação na fixação da pena, para os Tribunais superiores, é causa de nulidade, entendendo como parcialmente nulas as sentenças na parte

relacionada ao cálculo penal, havendo, por outro lado, jurisprudência que opta pela redução da pena ao mínimo cominado, ao invés de nulificar a decisão.

Ressalte-se que a jurisprudência tem entendido que quando o juiz fixa a pena final no mínimo possível, significa que todas as circunstâncias - das três fases do cálculo - foram favoráveis ao réu, e, por isso, a fundamentação seria dispensável, já que o fundamento, implicitamente, seria todo favorável ao réu.

3.1 - PRIMEIRA FASE: PENA BASE

A pena base é aquela que atua como ponto de partida para as operações que se seguirão, devendo ser fixada dentro dos limites estabelecidos pelo legislador para que sobre ela incidam as diminuições e os aumentos decorrentes de agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes. Quanto a essa primeira fase é fundamental entender que pena base é o preceito secundário previsto no próprio tipo penal e deve partir sempre do mínimo legal.

Na primeira fase da dosimetria da pena, a individualização se manifesta na necessidade de que o juiz siga, na quantificação, as diretrizes do artigo 59 do CP, examinando cada uma das circunstâncias ali determinadas.

Para Boschi (2002, p 183), “não há no CP conceito de pena-base. Como o próprio nome sugere, a pena-base é aquela que o juiz aplicaria, em definitivo, se não existissem causas legais de modificação definidas como agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes, de incidência obrigatória na segunda e na terceira fases do método trifásico”.

Vale dizer que o prolator da sentença não está compelido a referir-se sobre cada uma das circunstâncias previstas no art. 59 do CP, bastando fixar-se nas reputadas decisivas para a dosagem.

3.1.1 - CULPABILIDADE

Culpabilidade é sinônimo de reprovabilidade, censurabilidade. Medir se um fato é mais ou menos reprovável é altamente relativo, e por isso a medida da culpabilidade é igualmente subjetiva, dependendo das experiências e da mente do julgador.

Para Mirabete (2001, p. 366) “o grau de culpabilidade do agente deve ser aferido de acordo com o índice de reprovabilidade, não só em razão de suas condições especiais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a sua conduta”.

Destarte, a culpabilidade que se afere na pena base não é a culpabilidade que se verifica para compor o crime, ao lado da tipicidade e ilicitude. É, sim, o maior ou menor grau de exigência de conduta correta do agente. Se a culpabilidade não exaspera à normal do tipo, aquela que se presta a configurar o crime em si, ela não pesa contra o agente na medição da pena base; se supera o normal do tipo a culpabilidade pesará contra na fixação da sua pena-base.

3.1.2 – ANTECEDENTES

Antecedentes são todos os fatos penais pretéritos ao crime, praticados pelo réu, capazes de retirar-lhe a condição de primário. Para seu reconhecimento, é necessário que haja sentença condenatória irrecorrível, salvo a hipótese de configuração da reincidência, que, como agravante genérica, incidirá na segunda fase da dosimetria, oportunidade em que seu reconhecimento e valoração também nessa fase incidiria em inaceitável *bis in idem*.

O STF já se pronunciou sobre o tema firmando entendimento que impossibilita o reconhecimento de maus antecedentes com base em fatos penais pretéritos que tenham redundado apenas em inquéritos policiais ou processos judiciais ainda em curso, ainda que haja sentença condenatória recorrível.

A exigência da sentença penal irrecorrível, que não tenha incidido em reincidência, tem haver com o princípio da não culpabilidade, estampado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal e da vedação ao *bis in idem*. Para não caracterizar *bis in idem* quando da majoração pela reincidência, é necessário que o cumprimento da pena tenha ocorrido a mais de cinco anos da data da prática do “novo crime” ou quando o trânsito em julgado da sentença

referente ao fato praticado anteriormente se der depois da prática do “novo crime”, logo, podem ser argumentos de majoração pelos maus antecedentes. Ressalte-se que também é admitido, em casos onde o réu possua duas ou mais condenações que gerem a reincidência, aplicar-se uma como reincidência - na segunda fase - e a outra como maus antecedentes.

3.1.3 - CONDUTA SOCIAL

A conduta social é circunstância que se aproxima bastante da análise da personalidade do réu, pois é colhida de todas as atitudes que o réu tome em sociedade, ou seja, de sua conduta social colhe-se, em regra, sua personalidade. Por isso, isolá-la é bem difícil, pois o magistrado avaliará a conduta antecedente do agente em seus vários setores de relacionamento, sobre tudo o ambiente no qual está inserido, capazes de determinar a justa medida da reprovação que seu ato criminoso possa merecer.

Para o STF processos criminais sem condenação irrecurável ou inquiridos policiais, assim como não geram maus antecedentes, não podem ser considerados como má conduta social, sob pena de, mais uma vez, infringir-se o princípio da não culpabilidade. O tema é controvertido, mas não há no ordenamento razão para os operadores do direito se colocarem em rota de colisão com a mais alta Corte.

Para Nucci (2008, p. 182), “não há dúvida de que uma pessoa de excelente conduta anterior ao crime merece menor censura do que outra, acostumada a incomodar pessoas, provocar arruaças, agredir a família, enfim, ainda que não tenha formalmente cometido um crime”.

3.1.4 - PERSONALIDADE

Trata-se da síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo, do traço mais preciso possível de sua índole, o que é medido de acordo com inúmeras e diversas variantes. A agressividade, as experiências pretéritas do indivíduo, tudo isto se inclui na personalidade.

Há quem critique a possibilidade de que o juiz faça esta análise, afinal, é atividade por vezes bastante técnica, dada a psicólogos, pessoas peritas na psique humana, e o juiz não teria o conhecimento técnico suficiente para traçar a personalidade de uma pessoa.

Trata-se de um conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada parte adquirida e, assim, alguns julgadores, atentos a esta limitação, não computam a análise da personalidade na fixação da pena base, nem contra, nem a favor do réu.

3.1.5 - MOTIVOS DO CRIME

Não existe crime sem motivo. Não existe conduta humana sem motivo. Partindo dessa premissa, tem-se que todo crime é praticado por alguma motivação interna. Contudo, esta condição deve ser analisada com cautela, porque na segunda fase da fixação da pena há uma agravante expressa referente ao motivo, que assevera a pena intermediária quando este for torpe ou fútil. Por isso, em regra, quando o motivo for fútil ou torpe e não qualificar o crime será observado como agravante genérica na segunda fase, e não na fixação da pena base.

Veja que o fato de o motivo não ter sido descoberto não torna o crime sem motivo, tampouco revela torpeza ou futilidade. O motivo existe, e se não foi descoberto, não podendo ser computado a favor nem contra o réu.

Deve-se abordar que há uma diferença entre motivo *próximo* e motivo *remoto*, nesta fase inicial, ou quando qualifica o crime, ou mesmo na segunda, na agravante genérica, o motivo remoto, aquele que tenha dado início a uma eventual cogitação criminosa, não se confunde com o motivo próximo, que ensejou a execução do crime. Somente este último pode ser tomado para incidência em qualquer cômputo, em qualquer fase da pena.

Existe ainda a possibilidade de um motivo figurar como qualificadora, oportunidade em que haverá o reposicionamento das margens cominadas ao crime, desse modo, por terem cumprido seu papel, não podem mais ser invocadas para o exasperamento da pena base.

3.1.6 - CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME

Este critério é dos mais relevantes, tal como a culpabilidade. É por conta destes dois elementos que a pena base precisa da escala penal, porque os tipos penais, idênticos em abstrato, são absurdamente diferentes em sua prática.

Assim como os motivos do crime, as circunstâncias também podem figurar como agravantes, atenuantes, qualificadores, majorantes ou minorantes, razão pela qual deverá o magistrado tomar cuidado, evitando a dupla valoração.

Quem melhor explica esta circunstância é Boschi (2002, p.211), ao afirmar que “são circunstâncias influenciadoras do apenamento básico todas as singularidades propriamente ditas do fato e que ao juiz cabe ponderar para exasperar ou abrandar o rigor da censura”.

3.1.7 - CONSEQUÊNCIAS DO CRIME

As consequências que devem ser consideradas para justificar um incremento na pena base são apenas aquelas que escapam à normalidade do tipo penal. Por exemplo, no homicídio, a consequência morte da vítima não pode aumentar a pena-base, porque não há homicídio sem que haja morte. Por outro lado, se o homicídio causar repercussões anormais para este delito – como o homicídio de um turista (ou mesmo o furto, ou roubo), que prejudica a economia do lugar em que se cometeu –, é caso claro de aumento da pena base.

Assim, é necessário compreender-se que as consequências aqui avaliadas são aquelas que se projetam para além do fato típico, porque se assim não fosse, configuraria afronta mais uma vez a regra do *ne bis in idem*.

3.1.8 - COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

A vítima, por vezes, colabora para a ocorrência do crime. É claro que não se está tratando de uma causa justificante da conduta criminosa, ou não seria crime, não seria injusto penal. Contudo, por haver certa cooperação da vítima para que o delito ocorra, e se assim ocorrer, deverá ser minorada a pena base.

Frize-se que o objetivo da circunstancia não é propriamente reprovar o comportamento da vítima, posto que todos os indivíduos são livres para desenvolver suas potencialidades, bem como para fazer uso de seus bens patrimoniais da maneira que achar conveniente, mas ao instigar, provocar ou desafiar o agente, a vítima, direta ou indiretamente, termina por enfraquecer a determinação do agente em manter-se obediente ao ordenamento jurídico.

3.2 - SEGUNDA FASE: PENA INTERMEDIÁRIA

Em seguida, conforme a ordem prevista no art. 68 do CP, deve-se analisar as circunstâncias agravantes e atenuantes, correspondentes à Segunda Fase de fixação da pena, que permitirá a aferição da pena intermediária. Para tal, será necessário considerar o conteúdo normativo dos artigos 61/64 e 65/66 respectivamente.

Aqui tem espaço uma crítica, a redação do art. 68 do CP, que prevê a análise primária das circunstâncias atenuantes para, em seguida, determinar a análise das agravantes não pode prevalecer. Nesse passo, tem-se que a correta aplicação do dispositivo está em respeitar-se a ordem inversa, pois as atenuantes só incidirão para reduzir à pena se a base estiver afastada do mínimo legal, quer seja pela fixação inicial acima do mínimo, ainda na primeira fase, quer seja pela incidência de circunstâncias agravantes na mesma segunda fase.

Como mencionado, esta segunda etapa é calcada nos artigos 61 a 66 do CP, mas aqui devem-se ater apenas às questões de maior relevo, que podem oferecer problemas interpretativos.

Primeiro ponto que deve ser reiterado, eis que já abordado, é a cautela extrema que se deve ter com a dupla valoração, sob pena de incidir em inaceitável *bis in idem*. Se determinada circunstância já serviu para tipificar a conduta ou qualificá-la, por exemplo, não pode, esta mesma circunstância, ser usada como agravante.

Outra questão relevante está no fato de as circunstâncias que influem na pena intermediária não possuírem parametrização legal para a valoração, ficando sua fixação ao critério do prudente arbítrio do juiz. Nessa esteira, o que há é uma orientação geral no sentido

de que cada aumento ou redução pela incidência de uma das circunstâncias aqui aviltadas não seja superior a um sexto da pena cominada na pena base, regra doutrinária, entretanto, que pode ser relativizada no caso concreto. Este quantitativo é uma opção jurisprudencial de razoabilidade, cuja lógica é simples: comparativamente, as causas de aumento de pena são mais graves que as atenuantes e as agravantes, e a menor causa de aumento de pena é de um sexto – pelo que deve ser o limite máximo para as agravantes, que d’outrarte seriam mais gravosas do que as causas de aumento da terceira fase.

Nesse sentido afirma Mirabete (2001, p. 439) que “Na segunda etapa (...) deve o julgador considerar as circunstancias (...) previstas nos artigos 61 a 66. Embora exista a praxe de que cada circunstancia tenha um valor de um sexto sobre a pena base, a quantidade dos acréscimos ou diminuições fica ao prudente critério do juiz”.

É importante ressaltar, porém, que nessa fase da dosimetria a pena não pode suplantiar a máxima ou ficar abaixo da mínima legal, conforme diz o STJ, no verbete da súmula 231: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

O STF também entende assim, como se vê em recentíssima decisão desta Corte, no RE 597.270, cuja notícia de julgamento veio no informativo 540: “(...) — fixação da pena abaixo do mínimo legal por força de circunstâncias atenuantes genéricas — e reafirmar a jurisprudência da Corte quanto à impossibilidade dessa fixação”.

O Min. Cezar Peluso, relator, fez ainda considerações sobre a tese, pela qual teria simpatia, de as minorantes especiais — que atuam na 3ª fase de cálculo da pena —, bem como as circunstâncias concretas de cada caso — as quais não se confundiriam com as atenuantes genéricas previstas — poderem conduzir a pena abaixo do mínimo legal. Asseverou, no ponto, ser necessário fazer uma distinção entre as atenuantes genéricas e as circunstâncias especiais de cada caso. Assinalando que as atenuantes genéricas, que estão previstas na lei, não caracterizariam situações tais que, por si sós, justificam a redução da pena aquém do mínimo legal. Aduzindo que, por sua vez, as circunstâncias particulares de cada caso, se não

consideradas, implicariam ofensa à individualização da pena e ao devido processo legal, em termos substantivos, haja vista que influiriam com a questão de tratamento justo de cada caso.

Vale assinalar que as circunstâncias agravantes constituem um rol taxativo, não sendo cabível a sua ampliação, e que, em regra, alcança tipos penais dolosos e culposos, com uma ressalva, as do artigo 61, II, do CP, não se aplicam aos crimes culposos, isto porque são todas circunstâncias que denotam desabono ao dolo do agente, sendo incompatíveis com a culpa. Feitas essas notas, passasse a análise de algumas das circunstâncias agravantes em espécie.

3.2.1 - CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES

A reincidência, prevista no art. 63 do CP, só ocorre quando se pratica novo crime após a condenação definitiva pelo cometimento de crime anterior. Não basta haver condenação anterior, precisa haver o trânsito em julgado. Sendo assim, é possível que um réu, com diversas condenações em sua folha criminal, seja ainda tecnicamente primário, eis que todas as condenações anteriores ainda se encontram pendentes de julgamento, ou seja, sem o trânsito em julgado.

A prova da reincidência é feita por meio de documento que traga a data do trânsito em julgado da condenação pretérita. A prova natural da reincidência se faz por meio de uma certidão cartorária, mas a folha de antecedentes criminais é aceita também como documento hábil para tanto, pois tem natureza de documento público, presumindo-se a veracidade de seus termos. É claro que a defesa, querendo, pode impugnar os fatos constantes da folha de antecedentes, mas a princípio o que ali consta é veraz.

Vale dizer que por longo tempo se discutiu a constitucionalidade desta circunstância, por suposta violação ao *bis in idem*. Ocorre que em diversas decisões em que se analisou tal constitucionalidade, posicionaram-se as cortes no sentido de que não há qualquer ofensa ao princípio mencionado.

Outro ponto de relevo está no fato de o réu, reincidente, também ostentar maus antecedentes, isso porque a reincidência nada mais é do que um mau antecedente de natureza

penal, qualificado por determinadas previsões legais. Havendo apenas uma anotação que faça incidir a reincidência, esta circunstância só se poderá considerar na segunda fase da dosimetria, e não na pena base. Não há espaço para a dupla valoração, ocorre que havendo dupla reincidência, uma poderá ser considerada como mau antecedente, na primeira fase, enquanto a outra será valorada com efeito de agravante, na segunda fase, sem constituir *bis in idem*.

Observe-se que a “vigência” da reincidência perdura pelo prazo de cinco anos, conforme previsão do artigo 64, I, do CP, após o qual esta circunstância deixará de incidir. Esse prazo conta-se da data da extinção da pena. Findo o prazo, não há mais reincidência, mas pode-se considerar que aquela condenação implique em maus antecedentes.

Outra lógica para a contagem do tempo está relacionada à liberdade do réu durante a execução da pena, significa dizer que se o réu ficar solto sem delinquir, a reincidência será contada desde quando fora posto em liberdade, e não desde o fim do período de provas sem revogação, quando então se dará a extinção, por mera lógica finalística: se o réu ficou aquele período solto, e não delinuiu, não reincidiu, não há porque ignorar este tempo fora do cárcere para fazê-lo reincidente, após o fim efetivo da pena.

Por fim, ainda quanto à reincidência, vale repetir o enunciado da súmula 241 do STJ: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

Quanto às demais agravantes, vale comentar apenas pontualmente algumas questões relevantes. Motivo fútil difere do torpe, isso porque torpe é aquilo que causa repugnância, indicando depravação moral; enquanto fútil é aquilo que é banal, insignificante. Valendo assinalar que a ausência de motivo revelado não se equipara a motivo fútil. O motivo não descoberto não o categoriza como fútil. Para Mirabete (2001, p. 394) “Motivo fútil é o de somenos importância, destituído de importância (...). Motivo torpe é o indigno, imoral, próprio de personalidade profundamente anti-social”.

A facilitação ou assecuração da execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime está intimamente ligada ao motivo torpe, porém, com formulação particular,

demonstrando especial vileza. Para Nucci (2008, p. 228) essa agravante é “a pertinácia da vontade criminosa do agente que não recua diante da prática de outro crime para realizar o primeiro ou dele colher o proveito visado ou assegurar a sua impunidade aumenta a reprovabilidade”.

A traição, como agravante, difere da dissimulação, porque na primeira há realmente o laço de confiança, que acaba por consagrar a deslealdade no cometimento de um crime, enquanto na segunda há uma simulação de que haja esse laço, o criminoso finge amizade para atacar, fomentando a ilusão na vítima de que não lhe representa perigo algum.

A emboscada é o ato pelo qual o agente se esconde aguardando a passagem da vítima pelo local do ataque. Vale assinalar que a emboscada só agrava a pena quando não for inerente ao próprio tipo penal, como o é no roubo.

O emprego de veneno só pode ser considerado agravante quando a vítima não tem ciência de que está padecendo deste meio, ou seja, deve ser ministrado o veneno insidiosamente – e desde que cause sofrimento. Por isso, na eutanásia, não se considera agravante o uso de veneno consentido pela vítima. De igual forma, esta circunstância apenas terá incidência quando não concorrer como qualificadora do crime, sob pena de incorrer em *bis in idem*.

O uso de explosivo, da mesma forma, só incidirá como agravante quando não for inerente ao crime, como, por exemplo, no delito de incêndio.

As relações de parentesco que agravam a pena, assim como a idade da vítima, devem ser comprovadas documentalmente, e a companheira, a princípio, não se enquadra nos casos de agravamento, pois seria analogia gravosa ao réu – havendo que se atentar para as inovações da Lei Maria da Penha.

A embriaguez que gera a agravante é a preordenada, prevista no art. 28, II, do CP. Trata-se da teoria da *actio libera in causa*, em que o agente se embriaga propositadamente para criar condições psíquicas favoráveis para cometer o crime. Nesse ponto, vale assinalar que a embriaguez não é somente a que surge do uso do álcool, mas sim qualquer substância entorpecente, inebriante.

O artigo 62 do CP, apresenta uma agravante que só se aplica em concurso de agentes *lato sensu*, ou seja, diz respeito a crimes praticados por mais de uma pessoa, não necessariamente co-autores ou partícipes, agravando a pena daquele que dirigiu a conduta dos demais, ou seja, o líder da ação criminosa.

A coação moral ou física também agrava a pena do agente que coage o executor à prática do crime. Nessa esfera é irrelevante se a coação é resistível ou irresistível, oportunidade em que o agente terá o acréscimo na reprimenda.

O cometimento do crime para obter paga ou recompensa constitui circunstância agravante, tanto para o que recebe a recompensa, quanto para o que age em virtude da promessa ou na expectativa do recebimento. Note-se que não necessariamente a recompensa precisa ser financeira, até mesmo favores sexuais são considerados recompensa. A doutrina, conforme sustentado por Mirabete (2001, p. 405), entende que “não se aplica a agravante genérica nos crimes contra o patrimônio porque é da índole dessa modalidade de infrações penais a vantagem econômica”.

Feitas estas considerações em relação às circunstâncias agravantes, passamos à análise das atenuantes.

3.2.2 - CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

Circunstâncias atenuantes, em última análise, devem ser compreendidas como dados objetivos ou subjetivos agregados ao tipo penal que indicam menor gravidade, obrigando a atenuação da pena. Diferente das agravantes, estas circunstâncias não se esgotam nas nominadas, previstas em lei, havendo a hipótese que permite a inserção de situação não idealizada.

Vale lembrar que a incidência de circunstância atenuante impede a fixação da pena intermediária abaixo do mínimo legal e que a atenuante não será reconhecida se a mesma circunstância for considerada como causa geral ou especial de diminuição de pena, oportunidade em que incidirá na terceira fase da dosimetria.

Das circunstâncias atenuantes, tem-se que a idade do agente é a mais relevante. O réu menor de vinte e um anos na data do crime, ou o maior de setenta anos na data da sentença, tem a pena atenuada, na forma do artigo 65, I, do CP. Valendo aqui a apresentação da súmula 74 do STJ, que dispõe: “para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”. Por documento hábil, entenda-se qualquer documento público de que conste a idade, com enorme amplitude casuística. Para Mirabete (2001, p. 416), as razões que levam a diminuição da pena nesses casos são “a imaturidade do agente, que não completou ainda o seu desenvolvimento mental e moral, sendo fortemente influenciável” e “ter o réu mais de setenta anos na data da sentença, considerando-se a decadência ou degenerescência provocada pela senilidade”.

O simples desconhecimento da lei não isenta de pena o agente da conduta típica, porém, efetivamente demonstrado que o agente não tinha ciência da ilicitude de seu ato, ciência esta que lhe era potencialmente possível – pois se não fosse, estaria excluída a culpabilidade –, ele terá sua pena atenuada.

De igual forma a lei confere tratamento benéfico ao agente que, não obstante ilícita, pratica o tipo penal movido por sentimento ligado à honra, pátria ou outro bem socialmente relevante.

Por seu turno, beneficia-se o agente que procura evitar ou minorar as consequências do crime, desde que o faça espontaneamente e logo após o cometimento. Deve o agente reparar o dano antes do julgamento. Para Nucci (2008, p. 251) “é o sentimento de humanidade ou de justiça que se manifesta no gesto pelo qual, por assim dizer, o agente renega do seu crime e procura restaurar a normalidade das coisas em benefício da vítima”.

A alínea “d”, do inciso III, do artigo 65, do CP, também se destaca no que tange as atenuantes, trazendo em seu bojo a confissão espontânea. Essa circunstância atua no contexto da sinceridade do agente que, voluntariamente, admite contra si a prática de algum fato criminoso.

Com relevo a apresentação de algumas controvérsias: A doutrina se divide, por exemplo, sobre ter direito a esta atenuante qualquer agente que confesse, ou se aqueles em

que a confissão seja imprestável, inafastável ou inútil – como aquele que foi preso em flagrante inegável – não fariam jus a esta atenuante. Prevalece, diga-se, a corrente que entende que todo e qualquer réu que confessa espontaneamente o crime tem direito à atenuante, isso porque a atividade jurisdicional se reveste de maior segurança quando, além dos demais elementos de prova, ocorre a confissão espontânea. Em sentido contrário afirma Boschi (2002, p. 273) “foge ao sentido do texto, portanto, reconhecer a atenuante quando o agente é preso em flagrante e não tem como negar as evidências em torno da autoria ou imputar a responsabilidade pelo fato à terceiro”.

Ressalte-se, também, que não se exige, como outrora, que a confissão seja motivada por arrependimento. Qualquer que seja o motivo da confissão plena, esta tem valor de atenuante, em que pese haver quem, na doutrina, entenda exigível o tom de arrependimento. Veja que, por sua vez, a confissão de prática do fato típico, mas com adução de tese excludente da ilicitude ou da culpabilidade, não acolhida na sentença que se faz condenatória, não permite a atenuação da pena por conta da confissão, isso porque não existiu confissão plena. É preciso que haja a confissão plena, chamada qualificada.

Se o réu confessa em sede policial, mas se retrata da confissão em juízo, não terá direito à atenuante da confissão. O STJ, recentemente, reafirmou esta posição, mas com uma ressalva: se o juiz, na sentença, ao valorar as provas, declarar que seu convencimento condenatório se deu em virtude da confissão feita em sede policial, esta confissão assume alta relevância, e deve ser considerada como atenuante. Se valer para o convencimento, vale para a dosimetria.

A atenuante do artigo 66 do CP, atenuante inominada, abre possibilidade de valoração, pelo juiz, de circunstâncias não previstas na lei. Pelo princípio da legalidade, uma circunstância agravante jamais poderá ser inominada, mas o juiz pode reconhecer atenuante não prevista em lei, pois beneficia o réu.

Exemplo mais corriqueiro de atenuante inominada é a co-culpabilidade *do Estado*, onde o Estado teria parte da responsabilidade pelo crime praticado pelo reincidente, vez que deveria tê-lo ressocializado quando da primeira persecução, e se não o fez, não cumpriu seu

dever, devendo ratear a responsabilidade, atenuando a pena do agente na fase intermediária. Esse entendimento é sustentado por Zaffaroni e Pierangeli, porém, é rebatido por Nucci (2008, p. 260), ao afirmar que “embora se possa concluir que o Estado deixa de prestar a devida assistência à sociedade, não é por isso que nasce qualquer justificativa ou amparo para o cometimento de delitos, implicando em fator de atenuação da pena”.

No concurso de agravantes e atenuantes, que podem incidir no mesmo fato, isolado ou cumulativamente, o juiz deve considerar as circunstâncias preponderantes, prevalecendo as de caráter subjetivo – que decorrem dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência -, sobre as de caráter objetivo – que são relativas à natureza, espécie, modalidade e forma de execução.

Deve-se também abordar o artigo 67 do CP, a fim de esclarecer o que são as “circunstâncias preponderantes” ali prevista, isso porque, na prática, existe a compensação simples de uma circunstância por outra, mas, tecnicamente, algumas agravantes, como a reincidência, possui maior “peso”, assim como algumas atenuantes, como a menoridade relativa, razão pela qual deveriam preponderar sobre as demais.

A reincidência, os motivos do crime e a personalidade do agente são circunstâncias que devem ter maior peso, mas sem que sejam eliminadas as demais: preponderar é apenas ter maior peso, e não excluir as demais circunstâncias, que também devem ser aplicadas, mas em menor monta, com menor peso.

Ocorrendo concorrência entre as circunstâncias, o STJ tem dado valor equiparado à reincidência e à confissão espontânea. Se o réu é reincidente, o aumento é tal, e se também confessou, a redução é a mesma dada à reincidência – operando espécie de compensação.

Vale dizer que, neste concurso entre atenuantes e agravantes, o juiz deve mencionar quanto cada uma “pesa” na valoração, mesmo que se compensem as quantidades de pena, a fim de que possa haver controle da regularidade do cômputo, em eventual recurso. A praxe tem definido como mais relevante circunstância atenuante a menoridade do agente, além disso, a jurisprudência tem sinalizado que a reincidência e a confissão espontânea possuem o

mesmo peso, compensando-se – porque a confissão revela personalidade regenerada do agente, e personalidade e reincidência se equiparam, segundo o artigo 67 do CP.

Para Boschi (2002, p. 291), “na presença de agravantes e atenuantes – presença cumulativa – o juiz poderá, simplesmente, declarar a neutralização ou compensação. Os motivos e as circunstâncias que resultem da personalidade tem caráter preponderante, ou seja, tem peso superior, valem mais que as outras”.

3.3 - TERCEIRA FASE: PENA FINAL

Esta é a fase da dosimetria em que se computam as causas de aumento e de diminuição da pena, onde alcançamos a medição da pena definitiva.

Estas causas de aumento ou diminuição, também conhecidas por minorantes ou majorantes, estão previstas tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal, e são apresentadas pelo legislador em frações fixas ou escalas variáveis. Sendo fixas, seu cômputo é meramente matemático. Por outro lado, quando as causas de aumento ou de diminuição aparecem em variáveis, oscilando entre frações de aumento da pena, o juiz deverá fundamentar a aplicação de uma causa de aumento ou de uma causa de diminuição, explicando a lógica da sua opção.

Sempre que houver causa de aumento ou de diminuição, é importante que se observe a seguinte ordem: primeiro as causas de aumento da parte especial do CP; em seguida, as causas de diminuição da parte especial; depois, as causas de diminuição da parte geral; e, por último, as causas de aumento da parte geral. Esta ordem é de observância necessária, inclusive quanto à inversão na parte geral.

Esta seqüência das causas de aumento e diminuição da pena deve ser aplicada em cascata, ou seja, sobre o resultado de cada operação de aplicação de uma causa de aumento ou diminuição, aplicar-se-á a subsequente, e não todas sobre a pena encontrada na segunda fase. Trata-se, em livre analogia, de uma espécie de “anatocismo penal”. Assim o é porque, do contrário, fosse cada uma das causas de aumento e diminuição aplicadas isoladamente sobre a pena intermediária, poderia acontecer de a pena ser reduzida a menos de zero.

A ordem em que se computam as causas de aumento, na conta matemática, não tem relevância, eis que não produzirá diferença a alteração da ordem dos fatores. O que não pode ser feito, jamais, é a compensação entre uma majorante e uma minorante de iguais frações, porque isto sim influencia na conta final.

Não se admite, de forma alguma, que se aplique dois aumentos de pena, devendo ser aplicada apenas uma vez a majorante. A duplicidade de circunstâncias majorantes, isto sim, pode ou não influenciar na estipulação do juiz de qual fração aplicará, mas esta correlação não é objetiva. Se o juiz encontrar caso em que haja duas majorantes, mas a situação fática as demonstre brandas, nada o impede de majorar no percentual mínimo; e, ao contrário, se encontrar apenas uma majorante, mas a considerar severa, pode majorar em percentual maior que o mínimo, sem qualquer óbice, desde que fundamentado. A análise é casuística e subjetiva, cada juiz mensurando por sua própria convicção.

Da análise da questão observa-se outros critérios para definir qual a fração mais adequada, em cada tipo de majorante ou minorante. No caso da tentativa, prevista no artigo 14, parágrafo único, do CP, pode-se adotar como critério de diminuição a proximidade da consumação, o chamado *iter criminis*: quanto mais perto de consumir-se o delito, menor a fração da redução da pena.

Em outra hipótese, no arrependimento posterior, do artigo 16 do CP, quanto antes o agente reparar o dano, maior será a redução.

Na participação de menor importância, quanto menor a relevância, maior a redução da pena; na semi-imputabilidade, quanto mais grave o distúrbio, maior a redução. No concurso de crimes, quanto maior o número de crimes, maior o aumento, havendo escala numérica proposta para tal: dois crimes, aumenta-se de um sexto; três crimes, aumenta-se de um quinto; quatro crimes, aumenta-se de um quarto; cinco crimes, aumenta-se de um terço, seis crimes em diante, aumenta-se da metade. Novamente, repita-se, esta escala numérica é sugerida.

Só há duas causas de aumento de pena na parte geral do CP, nos artigos 70 e 71, referentes, respectivamente, ao concurso formal de crimes e aos crimes continuados. Nesse

caminho Nucci (2008, p. 266) afirma que “não são propriamente causas de aumento em caso algum. (...) Poderíamos denominar espécie de aumento impróprio”.

Vale ressaltar que, no concurso de crimes de qualquer espécie há que se quantificar a pena de cada uma das infrações em separado. Assim, se houver concurso formal entre dois roubos, por exemplo, há que se quantificar a pena de cada um deles, perpassando as três fases, e, somente ao final, capturar uma delas, na forma do artigo 70 do CP, e aplicar a majorante ali prevista.

Por fim, lembre-se que, na terceira fase da pena, não há óbice a que esta supere a máxima ou se estabilize em patamar inferior ao mínimo.

4 – AS PECULIARIDADES REFERENTES À PENA DE MULTA

A pena de multa merece consideração à parte, porque sua fixação obedece, num primeiro momento, o sistema trifásico e, em seguida, observa a capacidade financeira do agente. A pena de multa está disciplinada no art. 49, do CP.

Há dois critérios de mensuração da pena de multa. O primeiro, adotado majoritariamente, é o critério legal, em que se estabelece uma proporção junto com a pena base, e sobre ela incidem as alterações das segunda e terceira fases, excluindo-se as que se originarem da aplicação do concurso formal ou da continuidade delitiva. Se a pena base ficou no mínimo cominado, assim também ficará a pena de multa, dez dias-multa; se a pena-base for a máxima, a multa será também a máxima, de trezentos e sessenta dias-multa. Qualquer variação entre o mínimo e o máximo será dada à discricionariedade do juiz.

Há um outro critério que não está previsto na lei, mas é encontrado na doutrina. Trata-se do critério “Bias Gonçalves”, assim nomeado porque criado pelo desembargador Bias Gonçalves, em que cada mês de prisão equivaleria a um dia multa, bastando fixar a pena privativa de liberdade final para que os meses indiquem quantos dias multa serão devidos. De fato é menos trabalhoso, pois não há necessidade de elaboração do cálculo, porém, não ter previsão legal dificulta seu reconhecimento perante a jurisprudência.

A situação econômica do réu não influencia em absoluto na quantificação dos dias multa, mas terá enorme relevância na definição do valor que será atribuído a cada dia multa. Mesmo que não influencie no número de dias multa, é o fator determinante para fixar o valor de cada dia. O dia multa pode ser fixado entre o mínimo, de um trinta avos do salário-mínimo, e o máximo, de cinco salários-mínimos de referência, observando as condições econômicas do réu, salvo as previsões de leis especiais, como no caso da Lei de Drogas.

Quanto à multa no concurso de crimes ou no reconhecimento da continuidade delitiva, há um detalhe importante, a pena de multa não será reunida, sendo sempre acumulada, como se fosse em concurso material, ou seja, serão somadas as penas de multa fixadas para cada crime, ainda que ao final seja reconhecida o concurso formal ou a continuidade delitiva, art. 72 do CP.

5 – A RELAÇÃO *QUANTUM* DE PENA PRIVATIVA X REGIME DE CUMPRIMENTO

Fechada à terceira etapa da dosimetria, o magistrado segue para fixar o regime de cumprimento de pena. Pela lei, art. 33, parágrafos segundo, alíneas “a”, “b” e “c”, e terceiro, do CP, se a condenação se der em até quatro anos, o regime pode ser o aberto; entre quatro e oito anos, pode ser semiaberto; e acima de oito, inicia-se, imperativamente, no regime fechado. Essa ordem legal pode variar conforme o arbítrio do juiz, desde que a decisão seja fundamentada, estando escorada em razões concretas, que, inclusive, geraram alteração na pena base, conforme o parágrafo terceiro do citado artigo.

Quanto ao regime de cumprimento da pena, em especial quanto à atuação do magistrado na imposição do regime mais gravoso que o previsto nos incisos citados, existem duas súmulas do STF que merecem especial atenção: as súmulas 718 e 719. “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada” e “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

Estas súmulas intentam definir que o regime fechado, por exemplo, se for aplicado em crimes a que se comine, na sentença, pena entre 4 (quatro) e 8 (oito) anos, logo, onde a legalmente seria o regime semiaberto, como regra, só poderá ser imposto regime mais grave se o juiz trazer fundamentos suficientes na sua decisão, que demonstrem esta necessidade, e não a mera gravidade do crime em abstrato, normal ao tipo penal.

Se o réu for reincidente e a condenação não superar quatro anos, o regime semiaberto pode ser adotado, de acordo com a súmula 269 do STJ: “É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.”

Há uma tese de que o reincidente, inobstante esta súmula, poderia até mesmo iniciar o cumprimento em regime aberto. Isto porque há que se atentar para a proporcionalidade. Se o réu reincidente pode ser beneficiado pela substituição da pena, na forma do artigo 44, § 3º, do CP, benefício maior, poderia receber o regime aberto, que seria mais gravoso do que o benefício da substituição. Seria incongruente, assistemático, entender que o apenado reincidente é passível de ser beneficiado pela medida mais branda e ser-lhe negado a mais grave – pois regime aberto ainda é prisão.

Além da fixação do regime, é nesta quarta etapa que o juiz verifica se há a possibilidade da substituição da pena. É um erro comum pensar que a substituição é providencia inicial, o que não é verdade. Somente após o cálculo trifásico é que o juiz adentrará na substituição da pena.

Por fim, vale lembrar que o ponto relativo ao concurso de crimes é parte integrante da individualização da pena, presente no Código Penal nos artigos 69 a 76, sendo certo que somente depois de fixada à pena do crime, ou seja, cumprida as três etapas da dosimetria referente a cada crime cometido em concurso, poder-se-ia aplicar as regras do concurso formal ou da continuidade delitiva, já que elas vão incidir sobre a pena em concreta, em último lugar, consignando a opção por fazer unicamente menção à sua existência, ante a necessidade de desenvolvimento de um trabalho específico por sua amplitude, que não é o objeto do artigo.

CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho de pesquisa, resumido nas laudas que seguiram e sustentam o tema proposto, tem-se que a atividade judicante da área criminal acaba por receber mais um instrumento de apoio. Não se pretende aqui esgotar o tema, mas sim, auxiliar, com a elaboração de um trabalho objetivo, as tarefas de aplicação e fiscalização das penas.

Tem-se que a tarefa desempenhada por advogados, promotores, defensores e magistrados, que atuam na área criminal, não é simples, mas conhecer os princípios constitucionais aplicáveis; o sistema trifásico adotado pelo Código Penal brasileiro, que divide a “caminhada” da aplicação da pena em três fases; bem como reconhecer a importante relação entre a pena concretizada e o regime de cumprimento a ser fixado, sem dúvidas, colaborará com a atuação, permitindo uma fiscalização segura e a aplicação de penas justas, humanas e suficientes a prevenção e reprovação das condutas penais.

REFERÊNCIAS

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Individualização da pena*. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008, (Currículo Permanente. Caderno de Direito Penal: Modulo 4).

BRASIL. Código penal. Organização dos textos e índices por Luiz Flávio Gomes. 12 ed. São Paulo: 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Penal. *Habeas corpus*. Roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes. Dosimetria da pena. Antecedentes e personalidade. Inquéritos policiais e ação penal em andamento. Utilização. Impossibilidade. Princípio da presunção de inocência. *Habeas corpus* nº154617, Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 29 de abril de 2010. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=9274985&sReg=200902297620&sData=20100531&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em 10 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº. 74. Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do reu requer prova por documento hábil. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>

jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=380>. Acesso em 03 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº. 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=221>. Acesso em 03 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº. 241. A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=211>. Acesso em 03 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº. 269. É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=181>. Acesso em 03 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Penal. *Habeas corpus*. Maus antecedentes. Reincidência. Violação ao princípio do *non bis in idem*. Inexistência. Condenações distintas. Ordem denegada. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2099044.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2099044.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2099044.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2099044.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em 10 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº. 718. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em 03 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº. 719. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em 03 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Penal. Recurso Especial. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2099044.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2099044.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2099044.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2099044.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em 10 jun. 2010.

JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES, Mauricio Ribeiro. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 3 ed. São Paulo: RT, 2008.

SHECAIRA, Sergio Salomão. *Teoria da Pena*. Rio de Janeiro: RT, 2002.

SHECAIRA, Sergio Salomão. *Pena e Constituição*. São Paulo: RT, 1995.