

APLICAÇÃO DA PENA

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR

Revista Brasileira de Ciências Criminais • RBCCrim 32/2000 • out.dez./2000

RESUMO: O trabalho judicial para a individualização da sanção penal passa pelo exame do sistema de penas, com especial relevância para as hipóteses de substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direito, ampliadas com as modificações introduzidas pela Lei 9.714 de 1998. Depois de feita a classificação da conduta, com as elementares e as qualificadoras do delito, o juiz calculará a pena; nesse trabalho, considerará

as circunstâncias do delito, passando por três fases. Em primeiro lugar, com as circunstâncias judiciais, definirá a pena-base; depois, fará incidir as circunstâncias atenuantes ou agravantes; por último, as causas de aumento ou diminuição. É trabalho técnico, complexo, de grave repercussão sobre a liberdade do réu.

PALAVRAS-CHAVE: Pena – Aplicação – Substituição – Circunstâncias – Regime.

SUMÁRIO: I. Sistema de penas. Penas substitutivas. *Sursis* – II. Elementos e circunstâncias do delito – III. Cálculo da pena.

I. Sistema de penas. Penas substitutivas. *Sursis**

1. Reunidos os elementos da conduta punível (ação típica, antijurídica e culpável) e inexistindo causa de não-aplicação da pena (ex.: art. 140, § 1.º, do CP) ou extintiva da punibilidade (art. 107 do CP), cumpre ao juiz, na sentença, aplicar a sanção penal prevista para o caso.

2. Essa sanção, por preceito constitucional (art. 5.º, XLVI, da CF/88), deve ser individualizada. A individualização já começa na elaboração da lei (individualização legislativa), quando são escolhidos os fatos puníveis, as penas aplicáveis, seus limites e critérios de fixação. A individualização feita na sentença, ao réu, no caso concreto, corresponde à segunda fase

* Aula proferida no Curso de Preparação ao Concurso de Juiz de Direito – Escola Superior da Magistratura/RS. Texto básico ampliado e atualizado em março de 2000.

(individualização judicial), seguida da individualização executória, durante o cumprimento da pena. Aqui nos interessa a segunda etapa.

3. A individualização judicial é uma garantia do réu e deve ser sempre fundamentada, não de forma vazia, com a repetição dos dizeres da lei e termos abstratos, mas com a indicação precisa dos fatos provados nos autos. A boa individualização judicial depende de o juiz ter-se preocupado, durante a instrução do feito, com a colheita e o registro dos elementos que serão necessários para a posterior definição da pena.

Nos termos do art. 59 do CP, o juiz deve obedecer ao seguinte: 1) estabelecer as penas aplicáveis, dentre as cominadas. A cominação constante da norma incriminadora, que prevê o tipo e a pena, pode ser *isolada* (uma só pena); *cumulativa* (duas penas, privativa de liberdade e multa; ou três penas, privativa de liberdade, restritiva de direito e multa, como acontece no art. 308 do CTB) ou *alternativa* (uma ou outra pena). A escolha de uma ou de outra tem a sua razão de ser e por isso deve estar fundamentada; 2) graduar a pena escolhida dentro dos limites legais; 3) determinar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; 4) decidir sobre a substituição da pena ou a sua suspensão condicional se, em princípio, a pena aplicada as admitir.

O julgador deve examinar ainda a possibilidade de substituição da pena por medida de segurança quando o réu for semi-imputável e necessitar de especial tratamento curativo (art. 98 do CP).

4. O nosso sistema penal contempla as *penas institucionais*, que são as penas privativas de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples), e as *penas alternativas*, que são as penas restritivas de direitos (art. 43 do CP), a multa penitenciária, cominada na norma incriminadora, e a multa reparatória (art. 297 do CTB).

5. As penas privativas de liberdade (que não são as penas corporais, açoite, flagelo etc.) são: reclusão, detenção ou prisão simples (Código Penal e Lei das Contravenções Penais). A reclusão distingue-se da detenção porque: a) é a única em que o regime inicial pode ser o fechado; b) é a única que pode ter o efeito de perda do pátrio poder, tutela ou curatela (art. 92 do CP); c) não permite tratamento ambulatorial ao imputável, que deverá ser internado se respondeu por crime punível com reclusão (art. 97 do CP). A prisão simples está prevista na Lei das Contravenções Penais e será cumprida, sem rigor penitenciário, em regime aberto ou semi-aberto (art. 6.º da LCP).

6. Os regimes de penas são:

– *fechado*: a) para o reincidente punido com reclusão, qualquer que seja o tempo da pena; b) para o não-reincidente punido com reclusão superior a oito anos. É preciso ter em conta que o regime fechado é destinado ao início do cumprimento da pena de reclusão, não da de detenção (art. 33 do CP), enquanto o semi-aberto e o aberto são reservados aos não-reincidentes. Logo, os reincidentes, aos quais não é permitido iniciar o cumprimento da pena nos regimes semi-aberto e aberto (art. 33, § 2.º, *b e c*, do CP), começam o cumprimento no regime fechado, desde que punidos com pena de reclusão (art. 33, *caput*, do CP). Entende-se que o regime fechado só é obrigatório como fase inicial do cumprimento da pena de reclusão se a condenação for superior a oito anos (“deverá começar a cumpri-la”, diz o § 2.º, *a*). Isso significa que o juiz pode deixar de optar por esse regime inicial para o reincidente com pena igual ou inferior a oito anos, atendendo ao disposto no art. 33, § 3.º, do CP.

Os condenados por crime decorrente de organização criminosa “iniciarão” o cumprimento da pena em regime fechado (art. 10 da Lei 9.034/95), enquanto a pena aplicada ao autor de crime hediondo será cumprida integralmente em regime fechado (art. 2.º, da Lei 8.072/90; STJ – RHC 5345-RN; RHC 9157-SP; HC 10.195-MS: “A Lei 9.714 de 1998 não reformou a forma de execução penal preconizada no art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90”). É nessa orientação que se consolidaram as jurisprudências tanto do STF como do STJ. Foi julgada constitucional a regra que veda a progressão do regime de pena para o condenado por crime hediondo (STF – HC 73.924-SP). Deve-se ponderar, porém, que sendo a individualização da pena um preceito constitucional, e nela incluindo-se a fase executória, a eliminação da atividade jurisdicional nessa etapa – que é substituída *a priori* pela decisão do legislador, única para todos os condenados, como se todos fossem iguais – parece destoar da exigência de adequação da pena ao condenado e corresponde, *mutatis mutantis*, à determinação legal de pena privativa única, sem possibilidade de graduação.

De outra parte, a Lei 9.455, de 07.04.1997, que dispõe sobre o crime de tortura e admitiu a progressão da pena, não abrange os demais crimes hediondos e equiparados (STF – HC 76.371-SP; STJ – REsp 205.472-RS; HC 10.996-MS; HC 10.000-MS).

Para o condenado por crime de tráfico de entorpecentes, o regime de pena é o fechado (STJ – HC 10.613-RJ), que por isso não pode merecer a substituição por restritiva (RHC 9.517-SP; HC 9.694-SP), embora possa receber *sursis* (REsp 151.769-PR).

– *semi-aberto*: a) para o não-reincidente punido com pena de reclusão de mais de quatro anos até oito; b) para o não-reincidente punido com

pena de detenção superior a quatro anos; c) para o reincidente punido com pena de detenção superior a quatro anos. A hipótese (a) é facultativa, pois o juiz pode escolher o regime fechado para início de cumprimento, se assim o determinarem as circunstâncias do art. 59 do CP. As hipóteses (b) e (c), prevendo o regime semi-aberto para o punido com detenção, são obrigatórias porque o detento não poderá cumprir a pena no regime fechado, desde o início. Poderá cumprir depois, por necessidade de execução. A solução dada ao caso do reincidente punido com detenção é uma construção, porque a lei não dispõe expressamente, dizendo apenas que o regime fechado se destina ao início do cumprimento da pena de reclusão (vedando, portanto, o ingresso inicial do detento) e impondo como condição para ingresso no semi-aberto e no aberto não ser o condenado reincidente. O detento reincidente ficou sem previsão específica, e é razoável que ele fique nos dois regimes mais favoráveis ante a aparente dificuldade na interpretação da lei.

– *aberto*: a) para o não-reincidente punido com pena de reclusão igual ou inferior a quatro anos; b) para o não-reincidente punido com pena de detenção igual ou inferior a quatro anos; c) para o reincidente punido com pena de detenção até quatro anos.

O cumprimento da prisão albergue em regime domiciliar pode ser feito nos termos do art. 117 da LEP, no caso de sentenciado maior de 70 anos, do doente, da mãe com filho menor ou da gestante.

Para a escolha do regime inicial, não pode o juiz considerar apenas a gravidade do delito (STJ – HC 9830-SP), devendo atender fundamentadamente ao disposto no art. 59 e apreciar as circunstâncias consideradas para a fixação da pena-base (STJ – HC 9830-SP; REsp 68136-SP). Assim, é incompatível com o sistema a fixação do regime inicial fechado se a pena imposta permite o semi-aberto e as circunstâncias judiciais foram consideradas como sendo favoráveis ao réu (STJ – HC 10042-SP; HC 9559-SP, 6.^a T., rel. Min. Fernando Gonçalves: “Fixar a pena-base no mínimo legal e agravar o regime inicial da sanção penal são fundamentos incompatíveis”). No eg. STF, assim decidiu a 2.^a T., HC 78223-SP, rel. Min. Marco Aurélio: “O regime de cumprimento da pena é fixado a partir do disposto no art. 33 do CP. Excetuada a hipótese da alínea *a* do § 2.^o do referido artigo, cumpre sejam consideradas as circunstâncias judiciais (arts. 33, § 3.^o, e 59, III, do CP)”. Não é necessário, porém, para determinar o regime, explicitar a mesma fundamentação sobre as circunstâncias judiciais se já apontadas na fixação da pena-base (STF – HC 68496-DF).

Quando houver a condenação em mais de um crime, a determinação do regime inicial será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas (art. 111 da LEP).

7. As penas restritivas de direito são autônomas (podem ser *impostas* isolada ou cumulativamente, sem o caráter de acessoriedade que existia no Código Penal de 1940) e são aplicadas em substituição a uma pena privativa de liberdade.

Excepcionalmente, aparecem na legislação esparsa como pena cominada – ex.: arts. 302 e 303 do CTB, que prevêem, cumulativamente, além da pena privativa de liberdade, a suspensão ou proibição de permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor. Na legislação eleitoral, a pena restritiva está indicada como pena alternativa na própria norma incriminadora, de sorte que só pode haver substituição pela pena substitutiva ali prevista, mas independentemente do preenchimento dos requisitos de ordem subjetiva enumerados no art. 44 do CP, pois a substituição já está autorizada na lei, embora sua concessão não seja obrigatória (ex.: arts. 34, § 2.º, 39, § 5.º, e 40 da Lei 9.504/97, que cominam pena de detenção, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade, mais a multa).

As restritivas são as previstas na lei, causando ofensa ao princípio da reserva legal a criação judicial de novas hipóteses (frequentar cursos, submeter-se a tratamentos, assistir a cultos, o que também fere o princípio de liberdade religiosa etc). Convém lembrar que foram vetados os dispositivos do projeto da Lei 9.714 de 1998, que previam como penas o recolhimento domiciliar e a admoestação. O eg. STF julgou indevida a exigência judicial de doação de sangue (HC 68.309-DF).

Presentes os pressupostos do art. 44, I e II, do CP, o réu tem o direito de ver examinada a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (STF – HC 66.759-MG); se o juiz reconheceu na sentença esses fatores e ainda os do inciso III, é obrigatória a substituição (STJ – REsp 67.570-SC).

O art. 43 do CP faz a seguinte enumeração: I – prestação pecuniária; II – perda de bens e valores; III – prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; IV – interdição temporária de direitos; V – limitação de fim de semana.

A substituição acontecerá após definidas as penas cominadas ao crime. As penas restritivas “possuem caráter substitutivo, não podendo coexistir com a pena privativa de liberdade, nem ser aplicadas diretamente, sem antes ser fixada a pena privativa de liberdade” (STF – HC 70.355-MG, 2.ª T., rel. Min. Néri da Silveira; no mesmo sentido: STF – HC 74178-PB).

A privativa de liberdade pode ser substituída por multa ou por restritiva de direitos. Se a condenação for igual ou inferior a um ano, a substituição será por multa ou por uma restritiva de direitos; se superior a um ano, a substituição da pena privativa de liberdade será por duas penas alternativas: uma restritiva de direitos e mais a multa, ou duas restritivas de direitos.

Requisitos

São requisitos para a substituição: I – no crime doloso, condenação a pena privativa de liberdade não superior a quatro anos (reclusão ou detenção); no crime culposo, não há limite de pena; II – crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; III – não-reincidência em crime doloso; IV – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado, os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição é suficiente.

A Lei 9.714, de 25.11.1998, que elevou para 4 anos o limite da pena aplicada, revogou a parte final do disposto no art. 54 do CP e permitiu a substituição na grande maioria das condenações em crimes patrimoniais e na quase totalidade dos previstos na legislação esparsa sobre delitos econômicos.

No *concurso formal* de crimes e no crime *continuado*, será levada em conta a pena final, que é a única pena aplicada. No *concurso material*, se um dos crimes determinou a imposição da pena privativa de liberdade acima do limite, para este não será deferida a substituição, mas para os outros, que atenderem os requisitos, será possível a substituição. Isso porque, a teor do art. 44, § 5.º, CP, a superveniência da condenação do réu que deverá cumprir pena de prisão não é causa obrigatória da conversão da pena restritiva já concedida “se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior”. Quer dizer, o condenado pode cumprir pena privativa de liberdade e pena substitutiva; como isso é permitido ao que já foi condenado por crime anterior, e irá cumprir, com simultaneidade, as penas de natureza diversa aplicadas nas duas sentenças, nada justifica se lhe dispense tratamento diferente na sentença condenatória quando do julgamento de crimes diversos em concurso material. Portanto, a regra do art. 69, § 1.º, do CP está revogada.

A *violência ou a grave ameaça* à pessoa são hoje os verdadeiros obstáculos à substituição, uma vez que o limite de pena permite grande abrangência; na prática, os crimes violentos é que levarão seus autores ao cumprimento da pena privativa de liberdade se não lhes for concedido o *sursis*, permitido para esses casos (art. 77 do CP).

A violência não impede a substituição quando se tratar de crime culposos, em que a agressão à pessoa é o resultado da desatenção à regra de cuidado exigida para a situação, e não da intenção de ferir. Também há de se admitir a substituição da pena na condenação por crimes violentos da competência dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), definidos como de menor potencial ofensivo e aos quais é destinado tratamento especial.

A *reincidência* em crime doloso significa que os dois delitos considerados são dolosos, e apenas nesse caso haverá o impedimento legal. Se um dos crimes for culposos, a vedação não existe, e a substituição pode ser efetuada.

Mesmo sendo o condenado reincidente em crime doloso, o juiz poderá efetuar a substituição desde que *socialmente recomendável* e a reincidência não decorra da “*prática do mesmo crime*” (art. 44, § 3.º, do CP). A regra flexibiliza o efeito da reincidência, no que fez bem, pois a reincidência não se esgota em dado meramente cronológico, “impõe-se examinar se a repetição do agente evidencia tendência genérica ou específica para a criminalidade, aferindo-se, assim, a personalidade do autor” (STJ – REsp 149.936-SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro). Ao referir-se à prática do mesmo crime, o legislador empregou terminologia imprópria para dizer, na verdade, que não se admitirá a substituição quando houver reincidência *específica*, a qual consiste na prática de novo crime da mesma natureza depois do trânsito em julgado de sentença condenatória pelo crime anterior. Entende-se que são da mesma natureza os crimes previstos no mesmo dispositivo penal, ou em diversos dispositivos, desde que apresentem, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns, como estava definido no art. 46, § 1.º, do CP, com a redação de 1940 e em vigor até o advento da Lei 6.416 de 1977.

Também há de se reconhecer que a regra do art. 77, § 1.º, do CP ao permitir o *sursis* apesar da anterior condenação à pena de multa, é aplicada à substituição da pena, pois o *sursis*, para os efeitos da lei, é teoricamente mais grave do que a substituição; se, para o *sursis*, a condenação anterior à multa é irrelevante, também deverá sê-lo para a substituição.

A reincidência, portanto, só é causa impeditiva da substituição se for específica, e em crime doloso, com anterior condenação à pena privativa de liberdade. Por fim, para o efeito da reincidência, não prevalece a condenação anterior se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo maior que cinco anos, computado o período de prova da suspensão condicional ou

do livramento condicional, se não ocorrer a revogação; não se consideram os crimes políticos e os militares próprios (art. 64 do CP).

Os *requisitos* do art. 44, III, do CP, porque são também fatores para o cálculo da pena-base (art. 59 do CP), serão examinados quando dela se tratar. Registre-se, porém, como recomenda o Prof. Marco Aurélio Moreira de Oliveira, que tais elementos devem ser aqui examinados à luz da finalidade a que se destina esta decisão, simplesmente para a substituição da pena, de tal modo que o valor de cada um deles será ponderado para a fixação não da quantia da pena, mas do modo de sua execução. Por isso, como se trata de um juízo que se projeta sobre o comportamento futuro, as circunstâncias poderão ter diversa ponderação. Não foram referidas no inc. III, entre os pressupostos para a substituição, as circunstâncias judiciais sobre os motivos para o crime e o comportamento da vítima. Como não deixam de ser circunstâncias do crime, podem, a esse título, ser consideradas.

Restritivas em espécie

A pena substitutiva de *prestação pecuniária* 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 um salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos. Como tem natureza reparatória, o valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. Distingue-se da multa penitenciária, pois esta não tem aquela finalidade e se destina à Fazenda Pública (art. 51 do CP); também não se confunde com a multa reparatória do art. 297 do CTB, que, embora tenha o mesmo caráter indenizatório e seja paga em favor da vítima ou seus sucessores, tem esta como pressuposto a existência de prejuízo material resultante do delito, a cujo valor está limitada.

Aos juízes cabe evitar transformar a prestação pecuniária em principal resposta penal ao crime, como adverte o Prof. Miguel Reale Júnior. Esse cuidado deve estar presente especialmente quando a pena privativa de liberdade for alta, pois é impróprio escolhê-la em detrimento de outras alternativas mais eficazes do ponto de vista da repressão penal, como a de prestação de serviços à comunidade. Se houver dano a reparar, a prestação pecuniária será apenas a antecipação da indenização civil, que não será paga pelo desprovido de recursos, categoria a que pertence a maioria dos réus em processos criminais, e não será sentida pelo abonado, porquanto o seu valor máximo é relativamente baixo, muito aquém do que pode ser imposto a título de multa. A sua imposição pode ser feita

cumulativamente com a multa penitenciária, e o descumprimento tanto de uma como de outra apenas levará à execução forçada, nos termos do art. 51 do CP.

O art. 45, § 2.º, do CP permite a *prestação pecuniária que não seja em dinheiro*, mas em prestação de outra natureza, se houver aceitação do beneficiário. Como o juiz não pode dar uma sentença condicional, sujeita à vontade da vítima ou de seus dependentes, a aquiescência deve estar nos autos quando do julgamento, por iniciativa das partes ou provocada de ofício. A prestação substitutiva não será em moeda, mas sempre terá natureza patrimonial, como a entrega de cestas básicas, material de construção etc. A disposição alternativa do art. 45 tem sido criticada pela doutrina, que a considera também inconstitucional. Esse defeito, porém, não é evidente, pois o art. 5.º, XLVI, da CF/88 permite a pena de “prestação social alternativa”, e nesse conceito por certo se incluem as prestações de natureza econômica acima referidas. Ademais, em um país onde a fome é uma realidade, a distribuição de alimento pelos autores de delito não chega a ser um fato desarrazoado.

A *perda de bens* (móveis ou imóveis) ou *valores* (depósitos, títulos, ações etc.) pertencentes aos condenados dar-se-á em favor do Fundo Penitenciário Nacional, no limite do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

Essa novidade introduzida pela lei de 1998 não elimina o disposto no art. 91 do CP, que prevê, como efeito da condenação, a perda, em favor da União – ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé – dos instrumentos do crime (objetos que serviram à prática da ação), do produto do crime (coisas obtidas diretamente com a prática do fato) ou do seu proveito (coisas adquiridas com o produto do crime). A medida aplicada como efeito da condenação incide *sobre* o produto ou o proveito, ao passo que a pena restritiva do art. 43, II, definida no art. 45, § 3.º, do CP, considera o proveito apenas como *limite de pena*, pois a sanção pode recair sobre outros bens do condenado, não necessariamente produto ou proveito do delito. Convém seja aplicada a pena restritiva no caso de impossibilidade de aplicação da regra do art. 91 do CP. Se os bens que existem são produto ou proveito do crime, a perda já é efeito da condenação, cumprindo aplicar, em substituição à prisão, outra pena restritiva.

Entre os bens e valores pertencentes ao condenado, incluem-se os direitos dele sobre bens de outros, adquiridos mediante contrato (ex.: promessa de compra e venda). A alternativa entre o montante do prejuízo ou do proveito se explica porque pode haver prejuízo sem proveito, como no caso da imediata destruição da coisa apropriada, ou proveito sem

prejuízo, como na hipótese do numerário a final devolvido, que esteve empregado com êxito no jogo da bolsa.

A *prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas* é a pena restritiva que melhor atinge as finalidades da substituição: afasta o condenado da prisão e exige dele um esforço a favor de entidade que atua em benefício do interesse público, tornando-o partícipe e colaborador de seus programas e objetivos; tem eficácia preventiva geral, pois evidencia publicamente o cumprimento da pena, reduzindo a sensação de impunidade, e é executada de forma digna, de modo socialmente útil e sem maior despesa para o Estado; tem eficácia especial, pois apresenta um dos menores índices de reincidência, conforme evidenciam os relatórios das varas de execução onde instalados a contento os serviços para controle dessa pena. A dificuldade está em que a escolha dessa alternativa depende de um mínimo de organização dos serviços da vara de execuções penais, que deve contar com: (1) levantamento prévio das entidades nas quais possam ser prestados os serviços e assinatura de convênio sobre os procedimentos e responsabilidades; (2) serviço estruturado na vara, para manter esse relacionamento com as entidades, organizar a lista de postos de serviços, natureza e localização, receber os condenados e encaminhá-los aos locais adequados; (3) fiscalização do cumprimento da pena. Isso é muito pouco, do ponto de vista administrativo, e depende de poucos recursos, mas parece que tem sido demasiado para o Judiciário, tanto que em apenas poucas comarcas do país foi implantada tal estrutura. Porém, onde o foi de modo adequado e suficiente, como ocorreu na Vara de Execuções de Porto Alegre a partir de 1988, os resultados são animadores. É da responsabilidade dos juízes, adverte Reale Júnior, impedir que essa solução alternativa, a melhor delas, seja absorvida pelo comodismo da prestação pecuniária.

A pena alternativa de *prestação de serviços* é permitida em condenações superiores a seis meses de privação da liberdade (art. 46 do CP) e consiste em desempenho de tarefas gratuitas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e estabelecimentos congêneres, atribuídas de acordo com as aptidões do condenado e cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho (art. 46 do CP e seus parágrafos). A prestação, como de resto todas as penas restritivas que possam ser medidas pelo tempo, terá a mesma duração da pena privativa de liberdade (art. 55 do CP), mas a superior a um ano poderá ser cumprida em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade (art. 46, § 4.º, do CP). Essa exceção cria desigualdade entre o condenado a treze meses, que gozará do benefício de encurtar o tempo, o que não é permitido a quem foi

condenado a um ano. Por isso, voltará a ocorrer na prática o que acontecia no regime originalmente implantado pelo Código Penal/40, quando o livramento condicional tinha como requisito pena superior a dois anos: os tribunais, quando aplicavam pena de dois anos, fixavam-na em dois anos e um dia. Para o efeito da substituição, esta será a solução para obviar a desigualdade criada pela lei atual: fixar a pena privativa de um ano em um ano e um dia. O art. 46, § 4.º, do CP, define a possibilidade de redução do tempo como uma faculdade do condenado, o que há de se entender como um direito de requerer ao juiz a redução do prazo, a ser deferida caso não prejudique o objetivo da sanção, mas que não pode ser imposta porque exigirá maior prestação diária.

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

As penas dos incisos I e II do art. 47 são destinadas aos autores de crimes cometidos no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes (art. 56).

A regra do art. 47, III, do CP, sobre a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, não se confunde com o efeito da condenação previsto no art. 92, III, do CP, consistente na inabilitação para dirigir, sanção imposta a quem se utilizou do veículo para a prática de crime doloso.

A disposição sobre essa pena restritiva deve ser interpretada hoje em harmonia com o disposto no Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503, de 23.09.1997), que é especial quanto aos crimes dessa natureza. Nos termos desse Código, a suspensão da *habilitação* para dirigir veículo pode ser imposta como penalidade principal, isolada ou cumulativa com outras penalidades (art. 292 do CTB), com duração de dois meses a cinco anos (art. 293), pelo que não cabe aplicar a suspensão da habilitação para dirigir, prevista no art. 47, III, do CP, como substitutiva da pena por crime cometido no trânsito.

O Código de Trânsito Brasileiro ainda prevê como pena principal, genericamente prevista no art. 292 do CTB ou na própria norma incriminadora (arts. 302, 303, 306, 307, 308, do CTB), a suspensão (para quem já a obteve) ou a proibição de vir a obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. A permissão é concedida a candidato aprovado

em curso e tem validade por um ano, ao término do qual será concedida a habilitação para dirigir se o candidato não tiver cometido infração grave ou gravíssima e não for reincidente em infração média (art. 148 do CTB). O Código Penal não se refere à pena de proibição nem ao ato de permissão para dirigir, razão pela qual também não se aplica a essas situações.

A suspensão de *autorização* para dirigir veículo não está prevista no Código de Trânsito, daí que persiste a regra do Código Penal, aplicável a quem conduz ciclomotor e veículos de propulsão humana e de tração animal (art. 141 do CTB).

As penas privativas de liberdade em delitos de trânsito podem ser substituídas por restritivas de direitos, desde que não seja a de interdição para dirigir veículos, cominada no Código de Trânsito Brasileiro como pena principal.

Se o crime tiver sido praticado com violação a dever inerente a cargo, função ou atividade pública, a mandato eletivo, a profissão, atividade ou ofício que dependam de licença ou autorização do poder público, seja ele um fato doloso ou culposos, a substituição dar-se-á por interdição temporária de direitos (arts. 47, I e II; art. 56 do CP). Sendo a pena igual ou inferior a um ano, na alternativa entre multa e restritiva de direitos, o juiz deve optar por uma das restritivas previstas no art. 47, I e II, do CP, se superior a um ano, uma das restritivas será a interdição de direitos ali mencionados.

A *proibição de freqüentar determinados lugares* (art. 47, IV, do CP), que já era prevista como uma das condições do *sursis* (art. 78, § 2.º, *a*, do CP), passou a ser pena restritiva, como uma interdição temporária de direitos. Deve ser aplicada somente quando o lugar foi uma das causas determinantes do delito.

A *limitação de fim de semana* (art. 48 do CP) consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Durante a permanência do condenado, poderão ser ministrados cursos, palestras ou atribuídas atividades educativas. Como são escassas as casas de albergados, e os nossos presídios somente por eufemismo podem ser considerados “estabelecimentos adequados” para a convivência humana, essa espécie de pena alternativa não tem sido aplicada e, quando o foi, o cumprimento revelou-se necessariamente insatisfatório, desconhecendo-se a existência de algum curso que tenha sido ministrado aos condenados nesse regime.

Legislação esparsa

As disposições do Código Penal sobre substituição de pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos nele previstas são aplicáveis às condenações impostas com base em *leis esparsas* se nestas não houver disposição em sentido diverso:

a) assim acontece com o novo *Código de Trânsito Brasileiro*, no que se mostra incompatível com as normas do Código Penal, como visto acima;

b) a Súm. 171/STJ tem o seguinte enunciado: “Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa da liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa”. Por isso, decidiu-se contrariamente à substituição da pena privativa de liberdade pela de multa em crime contra a *economia popular* (REsp. 9.157-SP) e no crime de porte de substância entorpecente (art. 16 da Lei 6368/76, HC 9862-SP);

c) a Lei 8.072 de 1990, sobre os *crimes hediondos*, embora não exclua, expressamente, a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, impõe o regime fechado para o início do cumprimento daquela, o que tem sido julgado na 5.^a T. do STJ como decisivo para o indeferimento da substituição por multa ou restritiva de direitos (STJ, HC 9271-RJ, 5.^a T., rel. Min. José Arnaldo: “À luz do princípio da especialidade (art. 12 do CP), as alterações introduzidas no CP pela lei das penas alternativas (Lei 9.714 de 1998) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei 9.072 de 1990 – de cunho especial – impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado”; no mesmo sentido: RHC 9062-MG; RHC 9061-MG; HC 10169-RJ. Em sentido contrário: HC 8753-RJ, 6.^a T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro: “O crime hediondo não é óbice à substituição”. No REsp 71267-SP, julgou-se impossível a substituição por multa, mas adequada a substituição por restritiva de direito, tratando-se de crime de uso de substância entorpecente, desde que presentes os requisitos do Código Penal. O certo é que os crimes hediondos, quando praticados com violência, ficam desde logo excluídos e são eles a maioria; a questão se põe em se tratando de crime sem violência, com pena de até quatro anos, como acontece no crime de tráfico de entorpecentes. Para estes, em princípio, faltará atender aos fatores enumerados no art. 44, III, do CP. Porém, em caso excepcional, quando for o único recurso para a realização da justiça, e sem que tal solução se transforme em mais uma via de impunidade desse grave delito, se plenamente atendidas as exigências do inc. III, parece possível a substituição por restritiva de direitos apenas em favor do agente que se situa na zona cinzenta entre o uso e o tráfico. O Min. Assis Toledo votou vencido no REsp. 54588-SC e

deferiu a substituição por multa, defendendo o mesmo ponto de vista em artigo doutrinário. Sobre os crimes hediondos, ver *supra* 6;

d) a Lei 9.504, de 30.09.1997, que estabelece normas para as *eleições*, permite, como única alternativa para a pena de detenção, a prestação de serviços à comunidade para os crimes dos arts. 34, § 2.º, 39, § 5.º, 40, 87, § 4.º, e 91, par. ún.;

e) a Lei 9.099 de 1995, sobre os *Juizados Especiais Criminais*, na hipótese do art. 76, autoriza a imediata aplicação da pena restritiva de direitos como pena principal, não como substitutiva, de tal modo que o juiz pode fixar desde logo a restritiva especificada na proposta do MP, sem necessidade de prévia aplicação da pena privativa de liberdade. Essa aplicação da pena restritiva tem os pressupostos do art. 76, § 2.º, da Lei 9.099/95, e não os do Código Penal. Se houver a falta do pagamento da multa, esta será executada; se o descumprimento for da restritiva, parece inadequada a conversão, pois, para a pena privativa de liberdade, não houve o devido processo, oportunizando-se o oferecimento de denúncia. Embora tenha havido a sentença, não houve ainda a extinção da punibilidade. Para a 2.ª T. do STF, a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, em virtude do descumprimento da transação penal, ofende o princípio do devido processo legal (art. 76, Lei 9.099/95). Com base nesse entendimento, e salientando a natureza não condenatória da sentença que homologa a transação penal, a Turma deferiu *habeas corpus* impetrado pelo Ministério Público para reformar o acórdão do STJ que permitira a conversão. O entendimento é de que, uma vez descumprido o termo de transação, impõe-se a declaração de insubsistência deste, retornando-se ao estado anterior e dando-se oportunidade ao Ministério Público para que requeira a instauração de inquérito ou proponha a ação penal, ofertando denúncia (HC 79.572-GO – rel. Min. Marco Aurélio – j. 29.02.2000; *Boletim Informativo Juruá* 249, mar., 2000). A orientação em sentido contrário, que prevalecia no STJ, está bem expressa na seguinte ementa: “A sentença homologatória da transação tem, também, caráter condenatório impróprio (não gera reincidência, nem pesa como Maus antecedentes no caso de outra superveniente infração), abrindo ensejo a um processo autônomo de execução, que pode – legitimamente – desaguar na conversão em pena restritiva de liberdade, sem maltrato ao princípio do devido processo legal” (RHC 8198-GO, 6.ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves);

f) o art. 78 da Lei 8.078/90 (*Código de Defesa do Consumidor*), dispõe que, além das penas privativas de liberdade e da multa, podem ser impostas, cumulativa ou “alternadamente”, observado o disposto nos arts. 44 e 47 do CP, a interdição temporária de direitos, a publicidade sobre os fatos do processo e a prestação de serviços à comunidade. A hipótese de aplicação

“alternada” significa a possibilidade, uma vez atendidos os requisitos do art. 44 do CP, da substituição da pena privativa de liberdade por uma das três penas restritivas de direitos mencionadas no art. 78 da Lei 8.078/90 (a – interdição temporária de direitos, que só pode ser a do art. 47, II, do CP, de proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; b – prestação de serviços à comunidade; c – publicação de notícia sobre os fatos e a condenação). A pena de publicação de notícias sobre os fatos e a condenação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, é uma nova espécie que não está entre as restritivas do Código Penal, mas se justifica pelas circunstâncias da relação de consumo e pela necessidade de proteção preventiva da economia popular, para o que a divulgação ampla serve como útil e muitas vezes indispensável instrumento. Essas restritivas podem ser impostas cumulada ou alternativamente. Algumas especificações, porém, devem ser feitas sobre tal escolha. A pena de publicação deve ser aplicada, de preferência, cumulativamente com as outras penas, pois mais se aproxima de um efeito da sentença e decorre da necessidade de lhe dar efetiva publicidade. Já a de interdição de direitos pode ser aplicada em substituição ou cumulativamente com as principais de privação da liberdade e de multa. Observa-se que essa possibilidade de cumulação não destoa de outras hipóteses legais, como a que está no Código de Trânsito, que permite a soma da privativa de liberdade, interdição de direitos e multa, e não ofende o sistema, visto que a interdição, muitas vezes, é também efeito da própria condenação. Porém, há de se entender que a prestação de serviços à comunidade, pela sua própria natureza, deve ser usada apenas como substitutiva da pena privativa de liberdade. Não está vedada a aplicação das outras restritivas do art. 43 do CP, mas para a substituição devem ser usadas, preferentemente, as do art. 78 do CDC. Em resumo, a pena de interdição de direitos (art. 78, I, do CDC) pode ser usada cumulativamente ou em substituição à pena privativa de liberdade; a de prestação de serviços convém seja apenas substitutiva da pena privativa de liberdade, enquanto a de publicação, apenas cumulativa.

8. A pena de multa penitenciária a que se refere o art. 49 do CP há de ser aplicada em dias-multa, dentro dos limites do art. 49: de dez a trezentos e sessenta dias-multa; no valor de 1/30 a cinco vezes o maior salário mínimo, podendo ser elevada até o triplo (art. 60, § 1.º, do CP).

No Código Penal, ela está prevista em cada tipo, mas seus valores são calculados de acordo com o disposto na parte geral (art. 49 do CP). A multa substitutiva independe de previsão no tipo. Nas leis esparsas, a multa ora obedece a esse mesmo critério, ora tem seus valores definidos na pró-

pria lei, no que se observa grande variedade. Pode estar estipulada em valor certo (art. 183 da Lei 9.472/97, R\$ 10.000,00) por um legislador que confia na definitiva extinção da inflação; em percentual sobre o montante do valor econômico do delito (10%, Dec.-lei 167 de 1967, crédito rural, art. 54 da Lei 8.685/1993, sobre audiovisuais, 50% sobre o valor da redução); sobre o valor do aluguel (Lei 8.245 de 1991); em OTN (Lei 7.347 de 1985, dano contra o meio ambiente; Lei 7.643 de 1987, proteção aos cetáceos); pelo maior valor de referência (Lei 7.802 de 1989); em BTN's (Lei 8.137 de 1990, ordem tributária; Lei 8.176 de 1991, combustível); em UFIR's (Lei 9.100 de 1990 e Lei 9.504 de 1997, sobre eleições). Quando calculada a partir do número de dias-multa, a sua quantidade obedece ao disposto no Código Penal, ou a outros parâmetros, como aos da Lei 9.279 de 1996 (propriedade industrial), cujos limites são de 100 a 360 DM, de 100 a 150, de 200 a 360 DM, e assim por diante, ou ao art. 77 do CDC, que determina seja o número de dias calculado de acordo com os limites da pena privativa de liberdade (art. 77 do CDC).

Para o cálculo da multa, a lei ordena sejam consideradas, principalmente, as condições econômicas do réu. Isso permite sejam levados em conta outros fatores, secundariamente. A necessidade de adequado ajustamento da pena recomenda seja ponderada também a gravidade da infração, em obediência ao princípio da proporcionalidade que deve existir entre um e outro. Por isso, conveniente que este dado interfira quando da fixação do número de dias a fim de manter o sistema geral do Código, em que a gravidade da infração determina a natureza e os limites mínimo e máximo da sanção. Fixado, segundo a gravidade do crime, o número de dias-multa, o valor de cada um deles ficará na dependência da avaliação das condições econômicas do condenado.

O cálculo da pena de multa não sofre os efeitos das causas de aumento ou de diminuição. Discute-se sobre a pena do crime tentado, que é um tipo de crime, e por isso deve ter seus limites abstratamente reduzidos em relação ao crime consumado. Ocorre que esse fator pode e deve ser ponderado quando da definição do número de dias, daí por que seria inadequado fazê-lo atuar novamente como causa de diminuição.

Em caso de concurso de crimes (material ou formal - art. 72) e também no crime continuado, as penas de multa são aplicadas cumulativamente, isto é, distinta e integralmente.

Transitada em julgado a sentença, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe a legislação sobre dívida ativa da Fazenda Nacional, devendo ser promovido o devido processo de execução pelos

seus procuradores perante a jurisdição civil. Não há, portanto, conversão da pena de multa em privativa de liberdade.

A pena de multa também pode ser substitutiva, aplicada isolada ou cumulativamente com pena restritiva de direitos, preenchidos os requisitos do art. 44 do CP. Se a condenação à pena privativa de liberdade for igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por restritiva de direitos; se superior a um ano até quatro, inclusive, a substituição pode ser por uma pena de multa e uma restritiva de direitos, ou por duas restritivas de direitos. A ela também se aplica a regra do art. 51 do CP que impede a sua conversão em pena privativa de liberdade.

Os requisitos para a substituição por multa são os mesmos do art. 44 do CP. O disposto no art. 60, § 2.º, do CP, foi implicitamente revogado pela Lei 9.714 de 1998.

Na escolha de uma das alternativas permitidas, o juiz deve ponderar a eficácia da substituição, pois a substituição da privativa de liberdade pela de multa, para quem sabidamente não tem condições de pagá-la, significará a efetiva ausência de resposta do Estado.

A pena a ser considerada para a substituição é a final; se houver concurso de crimes, atender-se-á à soma das diversas penas (no concurso material) ou à pena já aumentada (no concurso formal ou no crime continuado). Essa substituição se permite também para as leis especiais.

É possível cumular a pena de multa cominada no Código Penal com multa substitutiva. Porém, em se tratando de legislação especial, com cominação de pena privativa de liberdade e de multa, a Súm. 171 do STJ veda a substituição da pena de prisão por outra pena de multa, conforme acima referido.

A pena de multa ainda pode ser reparatória, definida no art. 297 do CTB, como o depósito judicial em favor da vítima, ou de seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no art. 49, § 1.º, do CP (entre 1/30 do s.m. e 5 vezes o s.m.), sempre que houver prejuízo material resultante do crime, não podendo ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo, e será descontada quando da indenização civil do dano. O pressuposto, portanto, é a existência de dano material, isto é, patrimonial, assim compreendido tanto o que incide sobre coisas como sobre a pessoa, tanto o prejuízo material emergente como o lucro cessante, que é também um dano material. O que exclui a imposição da multa reparatória é a existência apenas de dano moral, ou extrapatrimonial, isto é, quando não existe uma diminuição do patrimônio do lesado, economicamente apreciável. Para a definição do valor da multa reparatória, cujo

teto máximo é o equivalente ao prejuízo demonstrado nos autos, deverá o juiz, durante a instrução, colher elementos que facilitem o seu trabalho na sentença, o que não significa que tal avaliação dependa de perícia, pois é mais uma estimativa, um arbitramento judicial fundado nos elementos de que o juiz dispõe para o julgamento. Trata-se de inovação útil, porque antecipa a indenização do lesado, a ser usada com critério e de acordo com os parâmetros da lei. O depósito será feito até dez dias depois do trânsito em julgado da sentença em favor da vítima ou de seus sucessores, podendo o valor arbitrado ser objeto de execução judicial se o devedor não pagar nem requerer o pagamento parcelado, em processo a ser instaurado pelo beneficiário ou pelo Ministério Público.

9. *A suspensão condicional da execução da pena* pode ser comum ou especial. O *sursis* comum (ou simples) tem como *requisitos*:

I – *Objetivo* – a fixação da pena privativa de liberdade em até dois anos (inclusive). Para essa verificação, deve ser computada a causa de aumento (STJ – HC 7389-AM), entre elas a do crime continuado (STJ – RHC 7779-SP).

II – *Subjetivo*

a) não-reincidência em crime doloso.

Isto significa que pode receber o *sursis*: a) o réu já condenado por outro crime, desde que não caracterizada a reincidência; b) o reincidente cujo crime anterior seja doloso, e o atual, culposos, ou aquele cujo crime anterior seja culposos, e o atual, doloso ou culposos; c) o réu reincidente condenado antes somente à pena de multa, ainda que substitutiva.

b) a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias autorizarem a concessão do benefício.

III – *Misto* – incabível ou não indicada a substituição por pena restritiva de direito ou multa, na forma do art. 44 do CP. O *sursis*, em razão da elevação dos limites da pena para a substituição por restritiva ou multa, passou a ser de aplicação subsidiária àquela substituição, eventualmente incabível por ter sido o crime praticado com violência ou grave ameaça. Assim, é possível deferir o *sursis* “em caso de ilícito penal qualificado de hediondo” (STJ – HC 7919-SP).

A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de 70 anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão (art. 77, § 2.º, do CP).

O período de prova, ressalvada a excepcionalidade do art. 77, é de dois a quatro anos. Durante o primeiro ano, o condenado cumprirá a pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade ou a de limitação de fim de semana e, nos seguintes, atenderá às condições impostas pelo juiz na sentença, que podem ser as de não freqüentar determinados lugares, não se ausentar da comarca sem comunicar ao juízo, ou de comparecer periodicamente em juízo. Omitindo-se o juiz quanto às condições do *sursis*, pode o juízo da execução fixá-las (STJ – REsp 69740-SP).

O *regime especial* de suspensão condicional pode ser concedido ao condenado que:

I – Atenda a todos os requisitos acima indicados.

II – Tenha reparado o dano, em qualquer tempo, salvo impossibilidade.

III – Tenha inteiramente favoráveis a si as circunstâncias judiciais do art. 59.

Nesse regime de *sursis*, não haverá, no primeiro ano de provas, o cumprimento de pena restritiva de direitos, que será substituída por uma das condições previstas no § 2.º do art. 78: proibição de freqüência, ausência mediante autorização e comparecimento em juízo.

A modificação introduzida pela Lei 9.714 de 1998, permitindo a substituição da pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, quebrou o equilíbrio estabelecido pela Lei 7.209 de 1984, que oferecia um sistema harmônico de gradual benefício ao condenado de acordo com a gravidade da sua situação, passando, desde o início, do cumprimento de pena em regime fechado, semi-aberto, prisão albergue, permitindo a suspensão condicional comum e a suspensão condicional especial, e chegando à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva ou por multa. Hoje, o *sursis* – que é, para os fins da lei, mais oneroso do que a substituição por pena restritiva, pois tem um período de provas e sempre está presente a possibilidade de revogação – tem requisitos mais exigentes para a sua concessão do que os previstos no art. 44 do CP, para a substituição da pena. Isso decorre da falta de adequação do sistema às inovações introduzidas pela nova lei. Como o juiz deve apreciar em primeiro lugar a possibilidade da substituição por uma das penas do art. 43 do CP, aplicáveis a sanções mais graves, o deferimento do *sursis* acontecerá nos casos em que, embora a condenação seja à pena menor de quatro anos, mas, regressivamente, até dois anos, não haja a possibilidade de efetuar a suspensão, como acontece especificamente nos casos de crimes violentos com penas impostas não superiores a dois anos.

10. A pena imposta a réu semi-imputável poderá ser substituída por medida de segurança se ele necessitar de especial tratamento curativo (art. 98 do CP). A substituição será pela internação em estabelecimento adequado (art. 96, I, do CP) ou sujeição a tratamento ambulatorial (art. 96, II, do CP). A lei não determina a adoção de um ou outro regime em razão da natureza da pena, mas é conveniente atentar para o disposto no art. 97 do CP que até para o inimputável permite o tratamento ambulatorial no caso de ter praticado fato punido com pena de detenção. Assim, se não houver motivo grave, o réu semi-imputável condenado à pena de detenção, que deva ter a pena substituída, será submetido a tratamento ambulatorial.

II. Elementos e circunstâncias do delito

11. A conduta punível tem elementos constitutivos essenciais (sem os quais ela não existe), que podem ser genéricos ou específicos. Os genéricos estão presentes em todos os delitos: ação típica, antijurídica, culpável. As condutas que reúnem tais características básicas apresentam-se no mundo dos fatos sob as mais diversas modalidades de comportamento criminoso. Os tipos descrevem as condutas ilícitas penais e, assim, fixam os elementos essenciais específicos de cada um dos crimes. Esses fatores, que integram um tipo básico ou autônomo, distinguindo uns dos outros, são as elementares do crime, ou os elementos constitutivos essenciais específicos daquele tipo de crime.

Todos os demais fatores que, não sendo essenciais (não elementares do crime), interessam à aplicação da pena, são as circunstâncias do crime. Estas são acidentais, podendo estar ou não presentes na realização de uma certa figura típica.

Distingue-se a elementar de uma circunstância pelo processo hipotético de eliminação. Se a exclusão de certo fator implica a descaracterização do fato como crime, ou faz surgir um outro crime, tal dado é uma elementar. Ex.: eliminando-se o fator “funcionário público”, não há crime de prevaricação, nem outro qualquer pela demora na movimentação do processo; eliminando-se o mesmo dado, deixa de existir o peculato e pode haver a apropriação indébita. Logo, ser funcionário público é elemento essencial dos crimes de prevaricação e de peculato. Se o fator excluído não impede a caracterização do crime, trata-se de uma circunstância do crime.

As circunstâncias estão descritas em várias disposições sobre aplicação de pena, na parte geral e na parte especial, e também nas leis esparsas, ao passo que as elementares compõem os tipos. Mas é preciso

observar que apenas o tipo básico (art. 121, *caput*, do CP) ou o tipo autônomo (ex.: art. 123 do CP) contêm as elementares do crime. O tipo derivado (ex.: art. 121, § 1.º ou § 2.º, do CP) tem como seu componente circunstâncias (motivo de relevante valor; traição) que são elementos do tipo derivado, mas não são elementares do crime de homicídio, e sim simples circunstâncias dele, apenas embutidas num tipo derivado. São dados acidentais, cuja existência ou inexistência não alteram a definição do crime como homicídio.

As elementares servem para a classificação do crime, com a qual o juiz conclui o juízo condenatório, iniciando logo após a aplicação da pena (art. 59 do CP). Uma vez definido certo aspecto como elementar do crime, não pode ele novamente ser ponderado para a fixação da pena em alguma de suas fases. Nesse sentido, prevalece a regra de que o mesmo fator deve ser utilizado apenas uma vez, de modo que mais atue a favor ou contra o réu.

Quanto à classificação do delito, deve-se considerar desde logo as circunstâncias especiais incluídas nos tipos derivados. Por exemplo, o furto mediante concurso de agentes classifica-se no art. 155, § 4.º, IV, do CP. Assim é feito porque a classificação do delito serve para definir as penas aplicáveis – e os seus limites mínimo e máximo, cominadas no tipo derivado.

12. As circunstâncias classificam-se em judiciais e legais. As primeiras são as enumeradas no art. 59, genericamente mencionadas na lei através do dado objetivo ou subjetivo que deve ser apreciado, ficando delegado ao trabalho do julgador a identificação do fato relevante no âmbito referido pela lei. Relativamente a elas, o Código não define quais devem ser consideradas favoráveis ou desfavoráveis ao réu, indicando apenas a sua natureza, cabendo ao juiz fazer a investigação pertinente durante a instrução probatória e depois individualizá-las na sentença.

A primeira circunstância judicial, e de todas as mais importante, é a culpabilidade, pois “a pena não pode superar a medida da culpabilidade”. Para o fim da definição da pena, ao juiz cumpre avaliar o grau de censurabilidade do réu por adotar um comportamento ilícito, tendo condições de se conduzir de acordo com o direito. Não cabe levar em conta a gravidade da infração, pois esta já foi considerada para a escolha da natureza e dos limites da pena, mas sim o conjunto de circunstâncias que tornam mais ou menos reprovável a conduta do agente. Considera-se, nessa fase, que o crime representa uma quebra na expectativa de que o agente atenderia ao princípio ético vigorante na comunidade assim como expresso na lei; seu ato será tanto mais censurável quanto maior a frustração. A

avaliação do juiz ponderará o conjunto dos elementos subjetivos que atuaram para a deflagração do delito, os motivos, os fins, as condições pessoais, analisados de acordo com o sentimento ético da comunidade em relação a tais comportamentos. Não confundir com o dolo: “Dolo é aspecto do elemento subjetivo, de vontade do agente, agasalhado pelo Código Penal em dois aspectos: direto e eventual (art. 18, I, do CP). Dolo é elemento anímico, projeção de livre escolha do agente entre agir ou omitir-se no cumprimento do dever jurídico. Não tem intensidade. Intensidade refere-se a graus, do maior ao menor. Nada tem com o dolo. É relativa, isto sim, à culpabilidade, entendida no sentido moderno da teoria geral do delito como reprovabilidade, censurabilidade ao agente, não ao fato. No caso *sub judice*, a pena-base foi majorada pela ‘intensidade do dolo’. Essa qualificação é normativamente inadequada” (STJ – HC 9584-RJ, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

Os antecedentes são os fatos registrados sobre o comportamento anterior do réu, integram a sua história de vida e já não podem ser modificados, apenas conhecidos e avaliados, sempre na perspectiva do crime que está em julgamento. Serão bons ou maus, de acordo com a sua maior ou menor concordância com os preceitos de conduta aceitos, mais ou menos importantes quanto maior a sua relação com o crime. No STF, adotando a orientação que parece ser a melhor, julgou-se repetidas vezes que os inquéritos policiais e os processos criminais podem ser considerados para atribuir ao réu maus antecedentes (STF – HC 73.394-SP; HC 70.871-RJ; HC 74.967-SP; HC 72.130-RJ; HC 73.297-SP; RE 211.207-SP). Já no STJ decidiu-se que tais registros não podem ser considerados como indicadores de maus antecedentes: HC 10.907-SC; ED – REsp 123.995-SP; RHC 7.262-RJ; REsp 167.369-RJ; RHC 7.997-SP. Não se pode reconhecer a existência de maus antecedentes pela prática de outros crimes que integram o crime continuado em julgamento: “Conflita com a ordem jurídica em vigor considerar-se para a majoração da pena-base, e sob o ângulo das circunstâncias judiciais, processos que desaguarão na conclusão sobre a continuidade delitiva” (STF, HC 76631-SP, 2.^a T., rel. Min. Marco Aurélio).

A conduta social consiste no modo pelo qual o agente exerceu os papéis que lhe foram reservados na sociedade. Trata-se de averiguar, através dessa circunstância, o seu desempenho na sociedade, em família, no trabalho, no grupo comunitário, formando um conjunto de fatores do qual talvez não tenha surgido nenhum fato digno de registro especial, mas que serve para avaliar o modo pelo qual o agente se tem conduzido na vida de relação, exame esse que permitirá concluir se o crime é um simples episódio, resulta de má educação ou revela sua propensão para o mal.

A personalidade é formada pelo conjunto dos dados externos e internos que moldam um feitio de agir do réu, instrumental que ele herdou ou adquiriu e com o qual responde às diversas situações que lhe são propostas na vida diária. Foi definida como “a organização dinâmica dos sistemas psicofísicos que determinam o ajustamento do indivíduo ao meio circundante”. Quanto mais esse conjunto levou o réu a comportamentos reprováveis, tanto mais o crime é um reflexo dessa personalidade, que, por isso mesmo, deve sofrer um juízo negativo; é o que acontece quando a personalidade do autor revela tendências criminais.

“De modo geral, a personalidade refere-se ao modo relativamente constante e peculiar de perceber, pensar, sentir e agir do indivíduo, incluindo também habilidades, atitudes, crenças, emoções, desejos, o modo de comportar-se, inclusive os aspectos físicos do indivíduo, e de que forma todos esses aspectos se integram, organizam-se, conferindo peculiaridade e singularidade ao indivíduo.” (...) “Cada indivíduo tem sua história pessoal e essa é a unidade básica a ser levada em conta no estudo da personalidade. Na história pessoal, devemos considerar: os dados biopsicológicos herdados; o meio, isto é, condições ambientais, sociais e culturais nas quais o indivíduo se desenvolve; os dados adquiridos na interação hereditariedade-meio, as características e condições de funcionamento do indivíduo nessa interação.” (“Análise da personalidade para fixação da pena: contradições e ilegalidade no art. 59 do CP”, Pedro Sérgio dos Santos e Mara Lúcia Almeida Vieira, *Revista de Informação Legislativa*, p. 113). Dos mesmos autores, ainda colho as definições: “Temperamento: deve ser entendido como uma alusão aos aspectos da hereditariedade e da constituição fisiológica que interferem no ritmo individual, no grau de vitalidade ou emotividade dos indivíduos; Caráter: utilizado para designar aspectos morais dos indivíduos, bem como na referência a reações afetivas, ou, mais comumente, para designar aquilo que diferencia um indivíduo de outro, a marca pessoal de alguém; Traço de personalidade: refere-se a uma característica duradoura da personalidade do indivíduo (ser reservado, ser bem-humorado etc.). Os traços são inferidos a partir do comportamento.”

Os motivos são os fatores que animaram o agente a praticar o delito. Estão ligados à causa da conduta (agiu impelido pelo ódio à vítima) e nada dizem com a finalidade porventura perseguida (matou para encobrir a autoria de outro delito). Podem ser nobres ou vis, e dentro dessa régua de valores devem ser avaliados, contando ainda a sua intensidade para a determinação da ação.

As circunstâncias referem-se a todos os demais elementos que, como decorre da etimologia da palavra, cercaram o fato: de ordem externa (tempo, local, arma utilizada etc.) ou interna (relações com a vítima, finalidade etc.). A quantidade e a qualidade da droga apreendida são circunstâncias externas que devem ser consideradas sob esse título (HC 9242-RJ, rel. Min. Felix Fischer). Nessa fase, não devem ser consideradas as que depois atuarão como atenuantes, agravantes, causas de aumento ou de diminuição, privilegiadoras ou qualificadoras.

As conseqüências do crime podem variar substancialmente sem modificar a natureza do resultado, ainda que este integre o tipo. Sob esse tópico, é comum distinguir entre a tentativa de homicídio com lesão qualificada, que tem conseqüências graves, e a tentativa branca, quando o disparo não atinge a vítima, embora os dois crimes realizem o mesmo tipo e tenham os mesmos limites de pena; também o furto de pequena quantia de quem pouco possui, ou de quem necessitava do numerário para a aquisição de remédios etc.

A importância atribuída ao comportamento da vítima decorre dos estudos de vitimologia. É relevante para a apreciação de certos delitos, como os de lesão resultante de impulso provocado pelo agredido, os cometidos contra a honra, desde que não seja causa de não aplicação da pena (art. 140, § 1.º, do CP), contra o patrimônio de quem desleixa no cuidado de seus bens etc.

Com esses dados, o juiz iniciará o trabalho de aplicação da pena que seja necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime. No sistema brasileiro, pois, a pena tem dupla finalidade: serve para reprovar a conduta, censurando o seu autor mediante a imposição de uma sanção que, por isso, possui também o caráter de retribuição; serve para a prevenção do crime – tratando de proteger o bem jurídico a fim de que não se repita a agressão, seja a prevenção geral, exercida sobre os demais em razão da existência do processo e da imposição da pena, seja a prevenção especial, para atuar sobre o agente e impedir a sua reincidência. Há de ser necessária, porquanto se não o for, já não será uma pena justa, e suficiente, pois, com a insuficiência, o Estado se divorcia da sua finalidade.

É recorrente o debate doutrinário sobre os fins da pena. Jescheck, analisando a reforma da parte geral do Código Penal alemão (1975), registrou que “o fundamento da concepção do novo Direito Penal consiste em unir o fim da compensação da culpabilidade ao da influência especial-preventiva sobre o autor mediante a pena”. Porém, para Roxin, autor do Projeto Alternativo, seria mais exato dizer que a proteção de bens

jurídicos e a reincorporação do réu à comunidade jurídica constituem o fim geral da pena, o que refletiria uma tendência do moderno Direito Penal, a ponto de autores afirmarem a exclusão da retribuição como fim da pena e a aceitação da prevenção geral e especial como seus únicos fins (Luzón Peña). Essa discussão não se põe no âmbito da dogmática penal brasileira, em que a reprovação fundada na culpabilidade e a prevenção como necessidade de proteção do bem jurídico estão claramente definidas como sendo o objetivo do trabalho judicial na fixação da pena. A lei, no entanto, não determina o grau de influência de cada uma dessas finalidades, permitindo ao intérprete entender que a tônica deve ser dada à prevenção, para a proteção dos bens jurídicos relevantes socialmente e, por isso, protegidos pela lei penal, atuando a culpabilidade como o marco limitador da sanção, pois a pena justa não pode passar do que decorre da reprovabilidade da conduta do autor; porém, a sanção só se explica como necessária à prevenção. Por isso é que a pena de prisão, a ser cumprida em presídios definidos pelo relatório da Comissão da Câmara dos Deputados, em 1975, como verdadeiras sucursais do inferno, e que de lá para cá somente se degradaram, constituindo-se em estabelecimentos abaixo do mínimo exigido pela dignidade humana, conforme diariamente nos mostram os noticiários da imprensa, a pena de prisão, dizia, somente está legitimada quando, autorizada pelo juízo de culpabilidade e dentro do seu limite, é socialmente útil, isto é, se a liberdade do agente constitui perigo real de grave ofensa à convivência em sociedade. Fora disso, a pena privativa de liberdade é desnecessária e, portanto, contrária ao disposto no art. 59 do CP.

As *circunstâncias legais* já estão definidas na lei, daí o nome, e podem estar na parte geral (circunstâncias legais genéricas), aplicáveis a qualquer delito, ou na parte especial (circunstâncias legais especiais), ligadas a um ou mais tipos de crime.

As circunstâncias genéricas são: agravantes, previstas nos arts. 61 e 62 do CP (concurso de pessoas); atenuantes, nos arts. 65 e 66 CP, causas de aumento, previstas no art. 29, § 2.º, do CP (participação dolosamente distinta), art. 70 do CP (concurso formal); art. 71 do CP, (crime continuado); causas de diminuição, enumeradas no art. 14, parágrafo único, do CP (tentativa); art. 24, § 2.º, do CP (estado de necessidade); art. 26, parágrafo único, do CP (semi-imputabilidade); art. 28, § 2.º, do CP (embriaguez); art. 29, § 1.º, do CP (participação de menor importância).

As agravantes e atenuantes distinguem-se das causas de aumento ou de diminuição porque aquelas não têm prefixados os quantitativos de sua influência para a fixação da pena (a regra do art. 285 da Lei 4.737/65, Código Eleitoral, é uma exceção: “quando a lei determina a agravação ou

atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime”), ao passo que as causas de aumento ou diminuição atuam segundo critérios já determinados, por exemplo: o dobro, metade, ou dentro de certos limites de um a dois terços, de um sexto à metade etc. Enquanto as atenuantes e agravantes alteram a pena dentro dos limites mínimo e máximo, as causas de aumento ou diminuição podem levar a pena para além do máximo ou reduzi-la para aquém do mínimo.

Das agravantes, cabe referir a reincidência (art. 63 do CP). Nunca é demais acentuar que ela somente ocorre se o segundo fato é posterior ao trânsito em julgado da sentença relativa ao fato anterior. Se o segundo fato é um crime e este está sendo objeto de julgamento, haverá a reincidência se a condenação anterior for por outro crime; se a infração em julgamento é uma contravenção, haverá reincidência se o fato anterior for uma contravenção ou um crime. A parte geral define apenas a reincidência e, em oposição a esse conceito, emprega-se o de não-reincidência. Na parte especial, há disposições mencionando o réu primário (art. 155, § 2.º, do CP). Réu não-reincidente é um conceito genérico, aplicável: a) ao réu primário, que nunca foi condenado anteriormente; b) ao réu já condenado por crime ou contravenção anterior, mas não de forma a caracterizar a reincidência, seja porque o segundo fato não foi posterior à sentença definitiva, seja porque o fato anterior era uma contravenção e o posterior, um crime; c) ao réu que retornou à primariedade após a caducidade do efeito da primitiva sentença condenatória, na forma do art. 64, I, do CP d) ao réu anteriormente condenado por crime militar próprio ou político (art. 64, III, do CP); e) ao réu condenado na forma do art. 76 da Lei 9.099/95.

O réu não-reincidente goza de certos benefícios legais, como o de iniciar a execução da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto ou aberto; obter a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito ou pela pena de multa. O não-reincidente em crime doloso pode receber a substituição da pena (art. 44, II, do CP) e o *sursis* (art. 77, I, do CP).

O art. 76, § 4.º, da Lei 9.099/95 retirou qualquer efeito da condenação imposta ao réu. De outra parte, criou outro tipo de registro negativo, feito em razão da condenação na forma desse artigo, a qual deverá constar de certidão de antecedentes criminais extraída para o fim de ser examinada a possibilidade da aplicação do benefício do art. 76 (art. 76, § 2.º, II, e § 6.º, da Lei 9.099/95).

As circunstâncias legais previstas na parte especial do Código são as qualificadoras, as causas de aumento e as de diminuição. As qualificadoras caracterizam-se por alterar os limites mínimo-máximo da pena cominada ao crime, formando um tipo derivado (ex.: arts. 121, § 2.º; 155, § 4.º, do CP), por isso mesmo consideradas para a classificação do crime. Em alguns casos, elas apenas modificam o limite máximo (arts. 180, § 4.º e 290, parágrafo único, do CP).

As causas de aumento ou diminuição da parte geral devem sempre ser aplicadas, mas, havendo duas causas de aumento ou duas causas de diminuição na parte especial, o juiz pode aplicar apenas uma delas, a que mais influa no cálculo. Isso quer dizer que a aplicação é facultativa apenas quando houver duas causas de aumento ou duas de diminuição, ambas da parte especial (art. 68, parágrafo único, do CP).

Certas circunstâncias da parte especial não qualificam o crime, nem aumentam ou diminuem a pena, mas determinam a aplicação de uma outra pena, como acontece nos casos dos arts. 302, parágrafo único, e 227, § 3.º, do CP em que o fim de lucro impõe também a pena de multa.

A circunstância do art. 121, § 1.º, do CP (homicídio privilegiado) é, na verdade, uma causa especial de diminuição da pena. A do art. 155, § 2.º, do CP pode funcionar ou como causa especial de diminuição ou como regra especial de substituição da pena privativa de liberdade pela de multa.

III. Cálculo da pena

12. Feita a classificação do delito, com o emprego das elementares do crime e mais as circunstâncias qualificadoras incluídas em tipos derivados, deve o juiz escolher a pena aplicável, no caso de ser alternativa a cominação.

Em seguida, passará ao cálculo da pena, obedecendo ao método preconizado no art. 68 do CP: 1.º) pena-base, com as circunstâncias judiciais do art. 59; 2.º) pena provisória, com as circunstâncias agravantes e atenuantes da parte geral; 3.º) pena definitiva, com as causas de aumento ou de diminuição.

O método adotado é, sem dúvida, o trifásico (STJ – REsp 86097-SP), não podendo integrar o cálculo da primeira fase o fator que deveria ser considerado na segunda, ou na terceira (STJ – REsp 154815-RJ: “Circunstância a ser considerada na segunda etapa (atenuante) não pode

integrar o cálculo da pena-base"; no mesmo sentido: HC 9404-PR; REsp 118878-RJ). A desobediência ao critério trifásico pode gerar nulidade (STJ - REsp 194218-MG). Se não existirem circunstâncias ou causas modificativas, a primeira fase já definirá a pena final.

A garantia constitucional da individualização exige a fundamentação de todas as opções decisórias do juiz na fixação da pena. Portanto, para estabelecer a pena-base, deve ele considerar cada uma das circunstâncias do art. 59, enumerando todas as que se encontrem presentes nos autos e sejam relevantes, explicitando o modo pelo qual se realizam no caso em julgamento e indicando os fatos reveladores. Isso não significa, porém, que esteja o juiz obrigado a analisar exaustivamente cada uma das circunstâncias previstas no art. 59, "bastando fixar-se nas reputadas decisivas para a dosagem" (HC 70303-SP, 2.^a T., Min. Paulo Brossard). Não são admissíveis as fórmulas genéricas nem as conclusões sem embasamento nos fatos provados. O defeito na fundamentação da pena-base é irrelevante, se fixada no mínimo. Porém, se definida acima do mínimo, a jurisprudência se divide: a) pode ser reparado no julgamento pela segunda instância (STJ, REsp 197.071-CE, 6.^a T.: "Na espécie, com efeito, o juiz não explicitou as razões de fixar a pena-base acima do mínimo legal. A irregularidade não implica nulidade do julgamento; enseja, isso sim, tão-só, o Tribunal promover o ajuste normativo"); b) "Nula é a sentença condenatória que, ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, não apresenta fundamentação baseada nas circunstâncias previstas no art. 59, CP" (HC 4544-PB, 5.^a T.).

A pena-base, se todos os fatores forem favoráveis ao réu, deve ficar no mínimo (STJ - HC 10425-RS, 5.^a T., rel. Min. Felix Fischer: "Se as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP foram consideradas, todas, favoráveis ao agente, carece de suporte jurídico o apenamento básico acima do mínimo legal"); se houver circunstância desfavorável, deve afastar-se daí (RJTJRS, 104/159, 98/177). O que não se deve admitir é que o cálculo da pena-base já se inicie pelo termo médio, que corresponde à metade da soma do mínimo com o máximo. Conforme tendência jurisprudencial de todos os países, o cálculo da pena inicia-se próximo do mínimo, e não do máximo. É certo que para alguns fatos, cujas circunstâncias, embora apenas judiciais, revelem tão intensa gravidade, justifica-se pena aproximada do máximo. Mas isso é excepcional, pois o comum é reservar as dosagens mais altas para os casos em que se fizerem presentes circunstâncias agravantes ou causas de aumento. De outra parte, a primariedade e os bons antecedentes podem justificar com suficiência a escolha do mínimo legal: "Réu primário e de bons antecedentes. Diante da vida pregressa irreprochável, o juiz deve, tanto quanto possível e quase sempre o

será, fixar a pena-base no mínimo previsto para o tipo, contribuindo, com isso, para a desejável ressocialização do condenado” (STF – HC 72842-MG, 2.^a T., rel. Min. Marco Aurélio). No Rio Grande do Sul, magistrado de primeiro grau adota o seguinte critério para definir a pena-base: o máximo da pena-base corresponderá ao segundo termo médio, e a elevação do mínimo será feita na medida em que presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis. Assim, por exemplo, na pena privativa de liberdade cominada em 1 a 3 anos de reclusão, o primeiro termo médio (metade da soma do mínimo com o máximo) é 2 anos; o segundo termo médio (metade da soma do mínimo de um ano com o termo médio de dois anos) é 1 ano e seis meses, ou dezoito meses. Esse será, em princípio, o máximo da pena-base, que será elevada a partir do mínimo na proporção em que houver circunstâncias judiciais desfavoráveis. O sistema é bom como critério orientador, desde que não passe de um simples guia, a ser abandonado sempre que o recomendar o caso concreto.

Quando a pena mínima cominada ao crime é também o limite para a concessão da substituição ou do *sursis*, o juiz deve ponderar se a circunstância desfavorável, determinante da possível elevação da pena acima do mínimo, é suficientemente grave para justificar a denegação do benefício. De resto, essa reflexão deve ser feita sempre que a atuação de qualquer circunstância implicar a incidência de outra regra, favorável ou desfavorável ao agente.

Para a pena-base, como já se viu, não são ponderados os fatores que integram o tipo básico ou derivado, nem os que vão atuar como agravante, atenuante, causas de aumento ou diminuição.

Ao definir o método a ser adotado pelo juiz para estabelecer a pena-base, o Prof. José Antonio Paganella Boschi sustenta a necessidade “imperiosa de redefinição do modo como influem as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP”, cuja apreciação deve ser feita em um mesmo momento, pois o juiz, “após declarar o acusado culpável, no dispositivo, deverá graduar a culpabilidade, o que fará graduando os seus elementos constitutivos, valendo-se, como recurso auxiliar, dos fatores de influência aludidos pelo citado dispositivo legal: os antecedentes, a personalidade, a conduta social, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime e o comportamento da vítima”. Para isso, propõe a seguinte redação ao art. 59 do CP: “O juiz, atendendo à culpabilidade do agente pelo fato, 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 etc.”

Na apresentação que fiz do seu excelente livro *Das penas e seus critérios de aplicação*, assim comentei:

“Trata-se de uma nova perspectiva, que pode ser praticada ainda com a redação atual da lei, daí a importância da proposição, que exigirá reflexão de todos sobre os termos em que proposta. Não posso deixar de concordar com o acerto da tese. Sendo a culpabilidade apurada por um juízo de censura sobre o agente, a pena-base será estabelecida considerando-se, em trabalho único, o conjunto de fatores que concorreram para aquela reprovação, nas circunstâncias objetivas e subjetivas do delito. É certo que a explicitação feita no art. 59, enumerando esses elementos, facilita o trabalho judicial e sua fundamentação, permitindo às partes o claro conhecimento das suas razões. Porém, a tese defendida neste livro permite a exata compreensão do conteúdo e do significado da fixação da pena-base, realçando a culpabilidade como o ponto central da atenção do juiz.”

Na *segunda fase*, serão consideradas as agravantes e atenuantes. Se a pena-base já está no mínimo, a presença de uma atenuante não ocasiona nenhuma modificação, pois a atenuante não tem força de trazer a pena para alguém do limite cominado (STJ – REsp 156432-RS; REsp 146.056-RS). Por isso é que, se o juiz não considera uma atenuante já existente, a falha será irrelevante, pois a pena ficou no mínimo.

Sobre a possibilidade de a pena ser fixada abaixo do mínimo por força de uma atenuante, a jurisprudência tem-se inclinado maciçamente pela negativa (Súm. 231 – STJ; *RJTJRS* 189/63; 181/147). Uma atenuante, porém, quando se somar a circunstâncias judiciais todas favoráveis ao réu, não pode deixar de ser considerada pelo juiz, por uma exigência do princípio da lealdade. Refiro-me à atenuante do art. 65, III, *d*: “ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime”. Feita a advertência pelo juiz, no interrogatório, de que a confissão espontânea será causa da atenuação da sua pena, o fato de o réu confessar a autoria do delito e assim fornecer elemento para a sua condenação (que poderia não acontecer à falta de outras provas) cria uma situação irreversível, a exigir do juiz – que usou da confissão para fundamentar a condenação – manter a promessa feita pela lei de que *sempre* seria atenuada a pena do réu que confessasse espontaneamente a autoria do delito. O princípio da boa-fé objetiva, que preside o sistema jurídico e exige de todos um comportamento leal, aplica-se também no âmbito do Direito Penal, a regular as relações do Estado com o réu no processo.

Havendo duas agravantes ou duas atenuantes, no mesmo sentido, ambas serão aplicadas sobre a pena-base (*RJTJRS* 103/174). No concurso entre agravantes e atenuantes, uma num sentido, outra em outro, será

aplicada apenas uma, a circunstância preponderante, assim considerada aquela de natureza subjetiva que resultar dos motivos, da personalidade ou da reincidência (art. 67 do CP). A menoridade é uma circunstância prevalente sobre todas as outras, inclusive sobre a reincidência, devendo a pena, então, aproximar-se do limite indicado pela atenuante da menoridade. “Tem-se considerado, para isso, que o caráter incompleto, imaturo e débil do adolescente é mais sensível às provocações do mundo circundante e ele ainda não possui a plenitude da capacidade de motivar livremente a própria conduta, embora tenha a capacidade integral de compreender o lado ruim e ilícito das coisas. Em outros termos, dada sua imaturidade psíquica, ainda não dispõe do pleno domínio sobre os atos e fatos de sua conduta”, na lição de Ladislau Fernando Röhnelt, o mais ilustre penalista gaúcho (*RJTJRS* 113/176). Se as duas circunstâncias em concurso forem preponderantes, ou se ambas forem não preponderantes, elas se anulam, e a pena fica imodificada. Se duas circunstâncias se equivalem, uma terceira porventura existente é que determinará o sentido da modificação da pena. Não se leva em conta como agravante ou atenuante aquela que já figura como elementar do crime, como qualificadora ou como causa de aumento. Se houver duas qualificadoras, uma será considerada como judicial, pois a jurisprudência está negando a possibilidade de que uma delas seja usada como agravante, ainda que definida como tal (STJ – RHC 7176-MS). A lei, em geral, não fixa quantidades para a agravação ou a atenuação, o que fica ao prudente critério do juiz, parecendo conveniente atender, em princípio, para a proporção de 1/4 ou 1/5 da pena sobre a qual incide.

A terceira fase do cálculo utiliza as causas de aumento ou de diminuição, genéricas ou especiais. Primeiro, aplicam-se as causas de aumento, depois as de diminuição. O cálculo da primeira modificação é feito sobre a pena até ali encontrada, que tanto pode ser a pena-base (se não houver agravantes ou atenuantes) como a pena provisória (resultante da aplicação das atenuantes ou agravantes, na segunda fase). Havendo uma segunda causa de aumento ou de diminuição, o cálculo é feito sobre a última pena, já alterada por influência da anterior causa de aumento ou de diminuição. Assim, se a pena-base é de dois anos, com a agravante, a pena provisória passou para dois anos e seis meses (trinta meses); a causa de aumento, de um terço, elevou-a para quarenta meses, e a causa de diminuição, de metade, a trouxe para vinte meses (isto é, metade da última pena até ali encontrada). Se houvesse uma nova causa de diminuição, deveria ser calculada sobre os últimos vinte meses. Este é o sistema em cascata, que leva em conta sempre a última pena encontrada.

As causas de aumento decorrentes do sistema da exasperação (toma-se a pena mais grave e sobre esta incide a causa de aumento), que regula a aplicação das penas no concurso formal (art. 70 do CP) e no crime continuado (art. 71 do CP), devem ser aplicadas depois de calculada integralmente a pena correspondente ao fato mais grave do concurso ou da continuação. Estabelecido qual dentre eles é o mais grave, a pena referente a ele será calculada de acordo com todas as fases previstas no art. 68 do CP, com as causas de aumento ou de diminuição porventura existentes. Depois de encerrado esse trabalho, será feito o aumento decorrente da continuação, ou do concurso formal. Assim, no caso de dois furtos noturnos tentados, em continuação, será aplicada a causa de aumento de um terço (art. 155, § 1.º, do CP) a diminuidora de um a dois terços, pela tentativa, e finalmente a causa de aumento pela continuação. No concurso formal ou no crime continuado, resultando prejuízo para o réu em consequência da aplicação do sistema da exasperação, utiliza-se o sistema do cúmulo material, com a soma das penas. Por exemplo: latrocínio em concurso com lesão leve.

Ao escolher o peso das modificadoras, previstas dentro de certos índices ou percentuais, o juiz deve fundamentar a escolha; no crime continuado, dará atenção ao número de fatos (HC 9642-MS; HC 10.444-MG); na tentativa, ao *iter criminis* percorrido pelo agente (STF - HC 77150-SP; RJTJRS 187/130) e ao resultado danoso da sua ação.

A pena definitiva é o resultado desse trabalho; poderá ser substituída por restritiva de direito ou por multa, ou ter sua execução suspensa condicionalmente, situações que devem ser enfrentadas na sentença sempre que presentes os requisitos objetivos (quantidade da pena ou natureza do crime). Para a pena privativa de liberdade deve haver, de logo, a fixação do regime inicial de cumprimento, ainda que ela venha a ser substituída, pois se pode dar a conversão (art. 45 do CP).

Por fim, vale lembrar a lição do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro: o trabalho dogmático de aplicação da pena não se esgota na singela obediência aos preceitos legais brevemente enumerados neste trabalho; é, principalmente, "uma operação de realização do Direito". A conclusão a que chega o juiz, com a pena definitiva, deve ser a expressão da justiça do caso, para o que o cumprimento da técnica ordenada pela lei serve apenas como instrumento da realização dessa finalidade. A pena, dizia o Des. Telmo Jobim, que durante anos orientou a jurisprudência criminal no Rio Grande do Sul, deve ser pensada a partir da cumeeira.

EDIÇÕES ESPECIAIS

REVISTA DOS TRIBUNAIS

100 anos

DOUTRINAS ESSENCIAIS

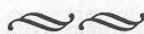
DIREITO PENAL

Volume IV

PARTE GERAL III

• PENAS

• PUNIBILIDADE



REFERÊNCIA:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Aplicação da pena**. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Direito penal**: parte geral III: penas, punibilidades. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 4. (Doutrinas essenciais). p. 933-964.

Texto também publicado em:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Pena: aplicação da pena. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, ano 1, n. 3, p. 24-48, ago./set. 2000.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aplicação da pena. **Revista da AJURIS**: doutrina e jurisprudência, Porto Alegre, ano 26, n. 79, p. 213-240, set. 2000.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aplicação da pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 187-212, out./dez. 2000.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aplicação da pena. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, Brasília, DF, v. 13, n. 2, p. 145-175, jul./dez. 2001.