

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA FASE JUDICIAL

Tatiane Marques de Faria

Presidente Prudente/SP
2006

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA FASE JUDICIAL

Tatiane Marques de Faria

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Antenor Ferreira Pavarina.

Presidente Prudente/SP
2006

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA FASE JUDICIAL

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial
para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Dr. Antenor Ferreira Pavarina

Dr. Andrei Mohr Funes

Dr. Cyro Outeiro Pinto Moreira

Presidente Prudente/SP, 27 de novembro de 2006.

Os erros reparados são conquistas, que honram a razão e inspiram aos espíritos enfraquecidos pelo obstáculo habitual da prepotência e da incapacidade à vontade do dever e a reconciliação com a ordem moral.

Rui Barbosa.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por me acompanhar durante toda trajetória da minha vida, me dando forças e sabedoria para superar os momentos de dificuldade, bem como serenidade para desfrutar das minhas conquistas.

Em segundo lugar, mas não menos importante, agradeço aos meus pais, Celso e Olinda, a minha irmã, Denise, que estiveram presentes em meus primeiros passos e palavras e com muito amor, esforço, respeito e dignidade procuraram me orientar da melhor maneira possível.

Agradeço ao meu orientador, professor Dr. Antenor Ferreira Pavarina, pessoa pela qual aprendi a admirar, pela atenção e paciência e por ter-me apresentado a este trabalho inédito em minha vida, me abrindo novos horizontes e possibilidades na busca do conhecimento.

Agradeço aos meus amigos, aos novos, conquistados durante longos 5 anos de faculdade, e aos antigos, da minha infância, que muito contribuíram para a formação do meu caráter e torceram pelo meu sucesso. Ao meu amigo Aurê, pela forcinha na formatação da monografia e a todos que direta ou indiretamente deram a sua colaboração.

Muito obrigada.

RESUMO

A individualização da pena é um princípio constitucional expresso no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, representando, ainda, um direito humano fundamental e, ao mesmo tempo, uma garantia humana fundamental. Trata-se 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, cada qual com sua vida e personalidade. Mas no Brasil fala-se muito na padronização da pena, ou seja, há aplicação de um certo *quantum* de pena pré - estabelecido ao invés de em cada caso concreto analisar qual a pena adequada. Importa convir que a realização do sistema trifásico está longe de se concretizar no Brasil, como merecido. Por vezes, passa o juiz ao largo dos elementos estampados no artigo 59 do Código Penal, despreza agravantes e atenuantes, bem como elege aumentos e diminuições sem critério subjetivo, mas simplesmente aritmético. Urge sanar-se esse desvio, concentrando na aplicação da pena as metas previstas no artigo 68 do Código Penal. Individualização da pena, além de preceito constitucional, significa a concretização da justiça de se atribuir a cada um o que é seu, a cada um o que efetivamente merece.

Palavras-chaves: Garantia Constitucional. Penas Individuais. Fixação da Pena. Sistema Trifásico.

ABSTRACT

The individualization of the penalty is a constitutional principle expressed in the article 5, XLVI of the Federal Constitution, representing also both an essential human right and, at the same time, an essential human guarantee. It attends all accused right of getting, in condemnation case, the just penalty, without any standardization, natural occurrence of the human's individual condition, each one with your life and personality. But in Brazil, it is quite talked over the penalty standardization, e. g., there is a pay-established quantum of penalty, instead of analyzing the appropriate penalty in each concrete case. It is worth noting that the three-phase system consummation is far from its concretion in Brazil, as deserved. Sometimes the judge ignores the printed elements in article 59 of the Criminal Code and beyond despising aggravatings and attenuants, as well as elects increases and decreases without subjective criterion, however even only arithmetical. It is necessary to cure this deveation, focusing the predicted aims in the article 68 of the Criminal Code during the application of the penalty. Besides being a constitutional precept, the penalty individualization means the concretion of the justice, attributing to each one what is own, to each one what effectively deservers.

Key – words: Constitutional guarantee. Individual Penalties. Setting of the penalty. Three-phase system.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DA PENA	11
1.1 Princípio da individualização da Pena	11
1.2 Princípio da legalidade, da taxatividade, da anterioridade e da irretroatividade	13
1.3 Princípio da isonomia	15
1.4 Princípio da proporcionalidade	15
1.5 Princípio da responsabilidade pessoal e da culpabilidade	16
1.6 Princípio da humanidade	16
2 ESPÉCIES DE PENAS	18
2.1 Teorias da pena: teoria da retribuição e teoria da prevenção	21
2.2 Penas privativas de liberdade	22
2.3 Penas alternativas e a lei nº 9.714/98	24
2.4 Penas restritivas de direitos	25
2.4.1 Prestação pecuniária	25
2.4.2 Perda de bens e valores	26
2.4.3 Prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas	27
2.4.4 Interdição temporária de direitos	28
2.4.5 Limitação de fim de semana	31
2.4.6 Prestação de outra natureza ou inonimada	32
2.5 Multa substitutiva	33
2.6 Conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade	34
3 APLICAÇÃO DA PENA	36
3.1 Circunstâncias judiciais	37
3.1.1 As penas aplicadas dentre as cominadas	39
3.1.2 A quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos	39
3.1.3 O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade	40

3.1.4 A substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível	40
3.2 Suspensão condicional da pena – <i>sursis</i>	41
4 MÉTODO BIFÁSICO E TRIFÁSICO	44
4.1 Exceção quanto à pena de multa	46
5 FASES DE FIXAÇÃO DA PENA	48
5.1 Fase primária: fixação da pena base e circunstâncias do art. 59, CP.....	48
5.2 Fase secundária: aplicação das agravantes e atenuantes	54
5.2.1 Espécies de agravantes	55
5.2.2 Agravantes no caso de concurso de pessoas	64
5.2.3 Espécies de atenuantes	66
5.2.3.1 Atenuantes nominadas	67
5.2.3.2 Atenuantes inominadas	71
5.3 Fase terciária: causas de aumento e diminuição	71
5.3.1 Na parte geral	72
5.3.2 Na parte especial	72
5.4 Regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade	73
5.4.1 Regime fechado	73
5.4.1.1 Regime disciplinar diferenciado	74
5.4.2 Regime semi-aberto	75
5.4.3 Regime aberto	76
5.5 Regime fechado integral previsto na lei dos crimes hediondos	76
5.6 Confronto entre as penas alternativas e os crimes hediondos	79
CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86

INTRODUÇÃO

O Direito de Punir do Estado surgiu quando o homem, vendo-se obrigado a conviver em sociedade, sentiu a necessidade de segurança para poder gozar de sua liberdade e de seus bens.

Para tanto, o Estado estabelece sanções, tentando tornar invioláveis e seguros os bens que protege, é o chamado *jus puniendi*.

Dessa forma, cada particular sacrifica um pouco de sua liberdade, colocando-a nas mãos do Estado e assim permitindo que este a retire, se for o caso, em troca de segurança.

Foi a forma encontrada para se viver em sociedade. Abre-se mão da liberdade de tudo fazer, aceitando as restrições impostas pelo Estado, que ficou incumbido de realizar a segurança das pessoas e por isso, pode punir aquele que violar as restrições, pois todo ato que se mostra contrário à norma de direito resulta no ilícito penal.

Como já dizia Beccaria (2000, p. 46-47): “Os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime”.

O que se retira da idéia acima, é que a finalidade da pena é retributiva, vez que visa retribuir ao infrator o mal por ele causado, e preventiva, no sentido de prevenir a ocorrência de novos crimes, seja por parte do delinqüente (prevenção especial), seja por parte de toda a sociedade (prevenção geral).

O meio de ação que se vale o direito é a pena, que quando aplicada, busca alcançar a recuperação, a ressocialização, readaptação e reeducação social do apenado, não podendo passar de sua pessoa.

A pena é a perda ou diminuição de um bem jurídico, imposta pelo Estado a quem praticou um ilícito penal, ou seja, a quem descumpriu uma restrição imposta pelo Estado.

Por isso deve haver uma proporção entre os delitos e as penas, e a forma de medir o delito é o dano que ele causa na sociedade. Assim, as penas serão

mais fortes à medida que o crime for mais contrário ao bem público. Estes são os maiores crimes; os menores, e por isso pedem penas menos fortes, são as pequenas ofensas, geralmente feitas aos particulares.

Se assim não for, se dois delitos diferentes forem punidos com a mesma pena, o homem tendencioso ao crime escolherá o que lhe for mais vantajoso, pois, não terá que temer uma pena maior.

Em outras palavras, para que se atenda ao Princípio da Proporcionalidade das Penas¹ e à mais importante das funções das penas, que é a da ressocialização do criminoso, a fim de que ele possa novamente conviver em sociedade, os delitos graves pedem penas severas enquanto que os de média ou menos gravidade podem ser punidos mais brandamente.

Se de um lado o nosso sistema penitenciário pede socorro, levando-se a criação de penas descarcerizadoras, de outro, a sociedade pede socorro frente a desenfreada e costumeira criminalidade.

Nesse patamar, verificamos a extrema relevância da presença do Princípio da Individualização da Pena no ordenamento jurídico penal brasileiro, haja vista a existência de crimes e crimes (formas de praticar o crime) e de criminosos e criminosos (personalidade, motivos que o levaram a cometer o crime, ...). Por isso, há a exigência constitucional de individualizar a pena, podendo ser feita injustiça ao adotar-se a padronização da pena, pois a execução penal não pode ser igual para todos os presos, justamente porque nem todos são iguais.

O enfoque deste trabalho volta-se a individualização judiciária da pena, omitindo qualquer análise aprofundada das fases legislativa e executória. A proposta é ressaltar o método e a larga margem discricionária do juiz ao escolher o quantum a aplicar ao condenado, dentre os limites previamente estabelecidos pelo legislador no tipo penal, além de decidir a respeito das propostas de substituição de penas por outras mais brandas ou aplicar um período de suspensão.

¹ Prado, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, vol. 1, parte geral: arts. 1º a 120, São Paulo: RT, 2001, p.85.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DA PENA

1.1 Princípio da individualização da pena

Referido princípio é um direito humano fundamental e foi formulado com o objetivo de fixar o campo de “pena livre de qualquer padronização”.

A lei deve regular a individualização da pena de acordo com a culpabilidade e os méritos pessoais do acusado, isto é, cada pessoa tem o direito de ver na pena que lhe foi imposta a medida de sua culpabilidade, de sua responsabilidade na prática delitiva.

O artigo 5º, inciso XLVI, da CF/ 88 estabelece que:

Art. 5º, XLVI: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social determinada; e) suspensão ou interdição de direitos.

Frisa-se tal dispositivo constitucional com os dizeres da doutrina, abordando²:

O princípio da individualização da pena exige estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão. Assim, a imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente.

Este inciso, criado pelo legislador constituinte, possui substrato constitucional pois se encontra explícito no texto constitucional e assim sendo merece uma aplicação sem contestação tanto do próprio criador-legislador, quanto pelo juiz. Mas nem sempre, na prática, tal aplicação ocorre.

² Moraes, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional. 2003, p. 326.

Nas palavras do professor Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 31):

Individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus.

Só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes. Portanto, o magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem comum, aumentar a pena estabelecida para um delinqüente.

Nesse sentido Luiz Luisi (1991, p.38) retrata que:

É de entender-se que na individualização judiciária da sanção penal estamos frente a uma “discricionariedade juridicamente vinculada”. O Juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentro deles o Juiz pode fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atento às exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente à pessoa a que a sanção se destina.

A individualização se vale pela pena que a lei comina para cada tipo de injusto, contemplando um mínimo e um máximo, cabendo ao magistrado eleger seu quantum frente ao caso concreto.

Com isso, busca-se a fuga de penas padronizadas, da aplicação de sanção penal já pré-estabelecida, o que tornaria o sistema injusto.

Para estabelecer a aplicação de qualquer das penas previstas na legislação penal brasileira, caberá ao magistrado analisar as características do infrator da norma e do fato por ele praticado. Vale dizer, mister se faz a individualização da conduta de cada réu em relação a cada conduta típica. Isso porque o réu tem o direito público subjetivo de saber o porquê foi condenado e, mais ainda, acompanhar todo raciocínio do juiz na fixação da sua pena.

A individualização da pena é um processo que se dá em três momentos jurídicos bastante distintos: legislativo, judicial e executório.

A fase legislativa ocorre quando o legislador fixa parâmetros para a fixação da pena, isto é, elabora o tipo penal incriminador, cabendo a ele fixar as penas

mínima e máxima, suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime. Não pode o legislador fixar diretamente a pena, pois a definição do *quantum* da pena é função do Poder Judiciário, chamada de individualização legislativa.

Ocorrida e apurada a infração penal, o juiz elege o montante da pena adequado ao caso concreto, isto é, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável e inclusive determinar o modo de sua execução, é a etapa da individualização judiciária. Por fim na execução da pena cabe ao magistrado determinar o cumprimento da sanção imposta ao condenado. É a individualização executória, pois a sanção penal se concretiza com a sua execução.

Sérgio Salomão Shecaria e Alceu Corrêa Junior (1995, p. 30-31) esclareceu o assunto ao tratar que:

Para que ocorra uma efetiva individualização, é mister que o *quantum* da pena não seja fixo, ou seja, ele deve variar entre um mínimo e um máximo que permitirá ao juiz, analisando as condições e circunstâncias do crime, assim como a culpabilidade do agente (art. 59, CP), determinar a quantidade e qualidade da pena a ser aplicada. Portanto, a pena deve ser determinada, explícita e precisa, mas nunca fixa em sua quantidade. Do contrário, ficaria seriamente comprometido o princípio da individualização da pena.

O presente trabalho objetiva analisar os aspectos deste princípio devido a grande relevância que possui no campo da fixação da pena, estando ele em evidência no decorrer de todo este estudo.

O Princípio da Individualização da Pena se relaciona a outros princípios no que tange a aplicação da pena. Vejamos alguns deles.

1.2 Princípio da legalidade, da taxatividade, da anterioridade e da irretroatividade

O Princípio da Legalidade, chamado também de reserva legal, descrito no art. 5º, XXXIX, CF, estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina,

nem pena sem prévia cominação legal”, sendo também prescrito no art. 1º do Código Penal.

Segundo ensina Luiz Luisi³, um problema de indisfarçável relevância é o relativo a incidência do postulado nas normas disciplinadoras da execução da pena. Trata-se de definir se no concernente às penas a obrigatoriedade da lei prévia para a sua disciplina se limita a sua previsão nas normas incriminadoras.

Dessa forma fica demonstrada a importância de fixar na lei os parâmetros da sanção penal, para assim evitar possíveis abusos do juiz no momento de aplicar a pena ao infrator.

Significa dizer apenas que, em campo penal, não existe crime ou pena sem lei. E só cabe a ela disciplinar sobre matéria criminal.

Junto dele, é relevante comentar sobre o Princípio da Taxatividade, colorário lógico do princípio da legalidade, também chamado de postulado da “determinação” ou de “determinação taxativa”.

Como ensina Luizi (1991, p. 18):

O postulado expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme.

Também é conveniente mencionar sobre o Princípio da Anterioridade, que trata do colorário natural da legalidade, dizendo que não há crime sem prévia lei, nem pena sem prévia cominação. E por fim o Princípio da Irretroatividade da Lei Penal, que expressa a exigência da atualidade da lei, ou seja, só alcança os fatos cometidos depois do início de sua vigência, não incidindo sobre os fatos anteriores.

O inciso XL do art. 5º, CF/88 dispõe que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, ficando consagrada a irretroatividade da lei penal.

³ Os princípios constitucionais penais, p. 17.

1.3 Princípio da isonomia

O direito deve tratar os seres humanos de maneira igualitária, ou seja, o legislador deve construir tipos penais incriminadores que valem a todos os brasileiros, mas quando necessário, tratar desigualmente os desiguais. Assim, matar alguém é crime (homicídio) para qualquer indivíduo que tira a vida de alguém. Contudo, aquele que mata em legítima defesa será tratado diferentemente, não sendo condenado por se tratar de ato considerado lícito.

Os réus são iguais perante a lei, mas tratados por esta desigualmente, quando em posição de desigualdade. É o campo da individualização da pena.

1.4 Princípio da proporcionalidade

A Magna Carta, juntamente com o Princípio da Individualização da Pena previu o Princípio da Proporcionalidade da Penas, ambos consagrados no inciso XLVI do art. 5º da CF/88, prevendo que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social determinada; e) suspensão ou interdição de direitos”.

Neste processo individualizador se insere o princípio da proporcionalidade. A graduação da sanção penal faz-se tendo como parâmetro a relevância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa contra ele dirigida e deve ser fixada na espécie e no quantitativo que lhe sejam proporcionais.

Mas vale mencionar que tal assertiva não se encontra presente na maioria dos tipos penais do Código de Trânsito Brasileiro, especialmente nos arts. 303 e seguintes do referido diploma, uma vez que condutas cujos resultados são distintos não deveriam prever a mesma pena mínima, como ocorre neste caso.

1.5 Princípio da responsabilidade pessoal e da culpabilidade

O Princípio da Pessoalidade consagra a responsabilidade pessoal atingindo apenas o sentenciado. Ninguém responde senão pelo seu crime. Art. 5º, XLV, CF/88: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”.

A pena não pode se estender a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços de parentesco ou de sangue.

Conforme esse Princípio, a responsabilidade penal é sempre pessoal, jamais transcendendo a pessoa do criminoso. E em relação a este, a sanção deve ser aplicada na justa e merecida medida. É o que preza a individualização da pena.

Como decorrência da responsabilidade pessoal, encontra-se previsto o Princípio da Culpabilidade, vale dizer, “não há crime sem dolo e sem culpa”. E esse princípio contribui para a caracterização do crime, fundamenta e limita a aplicação da pena, afirmando ser esta personalíssima, não podendo ultrapassar a pessoa do delinqüente e a medida da reprovação social por ele merecida.

1.6 Princípio da humanidade

Adotado pela CF, o princípio da humanidade das penas é o maior obstáculo para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio significa que o Estado não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. O Poder Punitivo Estatal deve pautar-se pela benevolência na aplicação da sanção penal.

O condenado deve ser reconhecido como pessoa humana, e como tal deve ser tratado.

Determina-se, então, que não haverá penas “de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”, “de caráter perpétuo”, “de trabalhos

forçados”, “de banimento”, “cruéis” (art. 5º, XLVII), além de se estabelecer que ao preso deve ser assegurado o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX).

A individualização da pena se faz presente aqui, especialmente no que concerne à individualização executória, pois as condições carcerárias no Brasil, na sua maior parte, estão completamente abandonadas, gerando estabelecimentos infectos, lotados e insalubres, o que não deixa de ser uma verdadeira crueldade.

2 ESPÉCIES DE PENAS

Verificada a existência de infração penal, segue-se a análise da tipicidade (descrição abstrata de uma conduta proibida – tipo penal incriminador), da ilicitude (contrariedade de uma conduta com o ordenamento jurídico, provocando lesão efetiva a um bem jurídico tutelado) e a culpabilidade (juízo de reprovação social voltado ao fato criminoso), chegando a fixação da pena, revelando-se como juízo de reprovação social, fundado em outros elementos, fornecidos pela própria lei.

Inicialmente, a culpabilidade é a primeira das circunstâncias que estão estampadas no artigo 59, sendo preciso para a fixação da pena a análise das demais circunstâncias que ali também se encontram previstas: antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e comportamento da vítima.

Num segundo momento, volta-se a mencioná-la no contexto das penas alternativas, para verificar se é viável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, III, CP), bem como da multa (art. 60, § 2º, CP). Para a concessão do *sursis*, torna-se a fazer referência à culpabilidade (art.77, II, CP).

Direcionamos nesta ocasião ao estudo da pena exclusivamente.

O direito codificado brasileiro prevê a sanção em cada tipo penal.

Na origem do termo, Pena vem do grego “POINE”, que significa vingança, ódio, ou ainda, nas palavras de Ana Messuti: “a retribuição destinada a compensar um crime, a expiação de sangue”⁴.

A pena deve ser definida como a sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes.

A sanção penal voltada a retribuição vem expressa em lei, como se vê no disposto no artigo 59, CP:

⁴ Nucci, apud Messuti, op. Cit., p.57.

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

Na dosagem da pena, o juiz deve escolher a sanção mais adequada, levando em consideração a personalidade do agente e demais elementos do artigo citado.

A sanção penal voltada a prevenção de crimes desdobra-se em dois aspectos: o geral e o especial.

O geral – preventivo positivo, em que a aplicação da pena tem por finalidade reafirmar à sociedade a existência e força do Direito Penal; - e o preventivo negativo, em que a pena concretizada fortalece o poder intimidativo estatal, representando alerta a toda a sociedade, destinatária da norma penal.

O especial também pode ser positivo e negativo. O preventivo positivo é o caráter reeducativo e ressocializador da pena, porque assim sendo, se pode remodelar o criminoso em um novo homem para uma nova vida, respeitando as regras impostas pelo ordenamento jurídico.

A Lei de Execução Penal preceitua no seu art. 10 que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Ainda na mesma lei, o art. 22, dispõe que “a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade”.

Para finalizar, temos o preventivo negativo, cuja pena volta-se igualmente à intimidação do autor da infração penal para que não torne a agir do mesmo modo, ou se for o caso, afastá-lo do convívio social, na garantia de não voltar a delinquir.

A existência da pena se dá por diversos fundamentos: fazer com que a sociedade desaprove a prática do crime; desaconselhar as pessoas de um modo geral e, particularmente, o próprio criminoso à prática delitiva; proteger a sociedade do criminoso, retirando-o de circulação; reeducar o ofensor da lei

penal, trazer alguma recompensa à vítima; aplicar ao condenado uma pena proporcional ao delito cometido.

Diante do que foi exposto acima, a pena deve ser vista como pena e não como vingança.

A pena tem por finalidade e fundamento reafirmar os valores impostos pelas normas vigentes, aquietando o espírito da vítima, para que não se volte contra o delinqüente, bem como voltando os olhos à justa punição, que, como já exposto, retribui, previne e busca a ressocialização.

Figura importantíssima no tema das penas é Cesare Beccaria, com sua obra *Dos delitos e das penas*, pois pregou o princípio da proporcionalidade da pena à infração praticada. Sua obra foi um marco para o Direito Penal, pois se contrapôs ao arbítrio e à prepotência dos juízes, sustentando-se que somente leis poderiam fixar penas, não cabendo aos magistrados interpretá-las, mas somente aplicá-las como postas. Afirmou ser contra a tortura como método de investigação criminal e pregou o Princípio da responsabilidade pessoal, buscando evitar que as penas pudessem atingir os familiares do infrator, o que na sua época era corriqueiro. Para ele, a pena deveria sustentar-se na missão de regenerar o criminoso.

Por fim, é conveniente lembrar que a pena é indispensável, ainda que se possa falar de um mal necessário, mas de suma importância no atual estágio imperfeito da humanidade.

A pena como sendo retribuição é tarefa da civilização moderna, e acresce Miguel Reale Júnior (2002) apud Nucci (2005, p. 84):

A pena é reconhecida como aflição e castigo, antes de tudo como decorrência da própria realidade, pois desde a persecução penal, recaindo sobre o indiciado o aparato estatal para apuração do fato, até a execução, a pena é vista e sofrida pelo agente como um castigo e assim entendida pela sociedade, até mesmo depois de cumprida, quando permanece atuando na forma de rejeição do condenado.

2.1 Teorias da pena: teoria da retribuição e teoria da prevenção

A partir do Iluminismo e com base na doutrina européia, surgiram duas teorias voltadas à pena.

A teoria da retribuição, adotada por Carrara, Kant, Hegel, entre outros, tinha como fundamento que a pena era a justiça e a necessidade moral, não visando necessariamente sua efetiva utilidade, pelo contrário, era voltada exclusivamente ao castigo do criminoso, tendo portanto uma finalidade retributiva.

A teoria da prevenção, adotada por Beccaria, Feuerback, entre outros, interpretava que a pena deveria ter um fim utilitário, caracterizado na prevenção geral e especial do crime.

Como base nessas duas teorias, surgiram a escola positiva e a escola clássica.

Para a escola clássica, o Direito Penal deveria se voltar ao estudo da investigação científica, proporcionando o surgimento da antropologia criminal, ou seja, seus estudos são voltados à pessoa real e viva do delinqüente. Para os adeptos a essa escola, o ser humano seria responsável pelos danos que causasse simplesmente porque vivia em sociedade e o fundamento da punição era a defesa social. Assim, a finalidade da pena unificava-se na prevenção a novos crimes.

A escola clássica surgiu visando contrapor-se à denominada escola positiva e esta por sua vez teve entre seus representantes e consolidador Carrara, afirmando que o crime seria fruto do livre-arbítrio do ser humano, devendo haver proporcionalidade entre o crime e a sanção aplicada e manifestou-se contrário à pena de morte e às penas cruéis.

No contexto, o livre-arbítrio é a justificção às penas que se impõem aos delinqüentes como um castigo merecido, pela ação criminosa e livremente voluntária. O escopo da pena era retribuir o mal do crime com o mal da sanção.

Ambas as escolas, mesmo sendo contrapostas, tem relevância com o tema, mas a escola positiva exerceu forte influência sobre o campo da individualização da pena, princípio que rege o Direito Penal até hoje, levando em

consideração, por exemplo, a personalidade e a conduta social do delinqüente para o estabelecimento da justa sanção.

Apreciando as escolas penais, Frederico Marques (1997) apud Nucci (2005, p. 74) conclui que:

O Direito Penal deve estudar o criminoso como espírito e matéria, como pessoa humana, em face dos princípios éticos a que está sujeito e das regras jurídicas que imperam na vida social, e também ante as leis do mundo natural que lhe afetam a parte contingente e material.

Após a II Grande Guerra, novos estudos de Direito Penal provocaram o surgimento do movimento denominado de nova defesa social, reconhecendo que a prisão é um mal necessário, embora possua inúmeras conseqüências negativas, devendo-se abolir a pena de morte.

Nas últimas décadas, surgiu a teoria denominada de teoria da prevenção geral positiva, reafirmando que a pena não serve para intimidar criminosos, mas apenas para reafirmar a consciência social da norma, demonstrando a sua vigência por meio da aplicação da sanção penal. Deve-se, portanto, dar evidência a esta teoria.

2.2 Penas privativas de liberdade

A prisão, como pena privativa de liberdade, surgiu a partir do século XVII, consolidando-se no século XIX.

Tal pena consiste no encarceramento do indivíduo, recebe críticas contundentes, mas também explícitas manifestações de apoio.

É bastante criticada pois no ambiente carcerário não é permitido qualquer trabalho útil de ressocialização e suas condições materiais e humanas não permitem a reabilitação do sentenciado. Lá, o condenado aprofunda sua identificação com os valores criminais, de acordo com o real alcance que a prisão exerce sobre cada detento.

Em contraposição, atualmente não se vê outra opção mais adequada do que a prisão, especialmente para os criminosos violentos.

Com a retirada do condenado do convívio social, diante da imposição de pena privativa de liberdade, o que se está fazendo, na verdade, é prevenindo novos delitos. Busca-se então, com sua reeducação, que a prevenção se torne eficiente e definitiva.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos seus artigos 5º e 6º dispõe expressamente que: “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

Sendo assim, o que se busca é a reeducação e a ressocialização do condenado.

Embora o Estado deva ter a meta ressocializadora do condenado, esta nem sempre é atingida com a pena privativa de liberdade, pois, muitas vezes, o próprio sentenciado deixa de ser receptivo a qualquer processo de reeducação, mantendo-se firme no seu propósito de vida fácil ou desregrada, descompromissada, enfim, com os valores não firmados pelo ordenamento jurídico.

Portanto, já que o Estado Democrático de Direito não quer valer-se de sanções drásticas e definitivas, como a pena de morte ou de castigos corporais de toda ordem, tem-se a pena privativa de liberdade, que não é a solução única para todos os delitos, mas uma das mais adequadas para crimes considerados graves.

Finalmente a pena é cumprida de modo severo e a sua finalidade sob todos os aspectos transmite que ela é e sempre será de retribuição, funcionando como prevenção positiva e negativa e abrangendo ainda a ressocialização do condenado.

As penas privativas de liberdade estão disciplinadas no art. 33 e seguintes do código penal e são as seguintes:

a) Pena de Reclusão, cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto;

b) Pena de Detenção, cumprida em regime semi – aberto ou aberto, salvo a hipótese de transferência excepcional para o regime fechado;

c) Pena de Prisão Simples, prevista apenas para as contravenções penais e pode ser cumprida nos regimes semi – aberto ou aberto.

2.3 Penas alternativas – lei nº 9714/98

As alternativas à pena privativa de liberdade foram introduzidas no nosso ordenamento na Reforma Penal de 1984 através da Lei nº 7209/84, sob a forma de restritiva de direitos. No entanto, vários fatores impediram sua aplicação o que levou ao avanço da criminalidade e sensação de impunidade.

Dessa forma, foi criado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Projeto de Lei nº 2684/96, e em sua exposição de motivos, esclarecia-se a necessidade da adoção do Sistema das Penas Alternativas no Brasil, tendo em vista o atual estado do nosso sistema prisional, totalmente falido, distante de seu objetivo ressocializador.

Ademais, explicava que a pena de prisão deveria ser reservada para os agentes de crimes graves e de alta periculosidade, aplicando-se aos menores delitos as penas restritivas, evitando a retirada do indivíduo do contexto social. Com isso, seria evitada uma lotação ainda maior nas penitenciárias.

Em linhas gerais, foi essa a proposta do Sistema de Penas Alternativas, o que foi adotado pelo nosso ordenamento através da Lei nº 9714 de 25 de novembro de 1998.

Este Sistema consiste na substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos nas condenações não superiores a 04 anos de reclusão em que o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça a pessoa.

2.4 Penas restritivas de direitos

A expressão penas alternativas não tem previsão no Código, sendo uma criação doutrinária, e assim sendo há de se falar em alternatividade como sendo um instituto de penas substitutivas, pois só podem ser aplicadas em substituição à pena privativa de liberdade, tendo por fim, portanto, evitar o encarceramento de determinados criminosos, autores de infrações penais consideradas mais leves, promovendo-lhes a recuperação através de restrições a certos direitos.

No JECRIM também são utilizadas penas alternativas à pena de prisão e são aplicadas em substituição a pena privativa de liberdade.

A natureza jurídica da pena alternativa é de sanção penal autônoma e substitutiva. Substitutiva porque deriva da permuta que se faz após a aplicação, na sentença condenatória, da pena privativa de liberdade, ou seja, não são previstas em abstrato no tipo penal e, assim, não podem ser aplicadas diretamente. Por isso, o juiz deve aplicar a pena privativa de liberdade e, presentes os requisitos legais, substituí-la pela restritiva (art. 54, CP).

2.4.1 Prestação pecuniária – art. 43, I e art. 45, § 1º

Consiste no pagamento de importância fixada pelo juiz na sentença condenatória, não inferior a 01 salário mínimo, nem superior a 360 salários mínimos, à vítima, seus dependentes ou a entidades públicas ou privadas com destinação social.

Trata-se de pena pecuniária de natureza reparatória, pois a finalidade é reparar o dano causado pela infração penal. Como prova disso, “... O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil se coincidentes os beneficiários”. (art. 45, § 1º, in fine).

O montante da condenação destina-se à vítima ou a seus dependentes. Excepcionalmente, em duas hipóteses, terá outro destinatário.

Destinar-se-á a entidade pública ou privada c/ destinação social quando:

- não houver dano a reparar;
- não houver vítima imediata ou seus dependentes.

Ao analisar essas duas possibilidades, tem-se que a finalidade primeira é reparar o dano ou prejuízo causado à vítima ou a seus dependentes, sendo que, a finalidade secundária refere-se ao caráter indenizatório.

2.4.2 Perda de bens e valores – art. 43, II e art. 45, § 3º

Consiste na perda dos bens e valores⁵ pertencentes ao condenado para o Fundo Penitenciário Nacional. Leva-se em conta, o prejuízo causado pela infração penal ou o proveito obtido pelo agente ou por terceiro.

Sendo assim, essa pena será aplicada aos crimes que produzirem um prejuízo econômico, ou então quando o agente ou terceiro tenham auferido algum proveito econômico.

Considera-se como teto, o prejuízo causado pela infração penal ou o proveito obtido pelo agente ou por terceiro, o que for mais elevado dos dois casos. O valor do prejuízo causado e o proveito do crime não são confiscados; servem de parâmetro para a fixação do valor.

A lei excepciona a “legislação especial”. Assim, o valor será destinado a outra pessoa que não o Fundo quando a legislação especial definiu. É o caso do art. 243 da CF, que prevê que os imóveis rurais expropriados por cultivo de drogas serão destinados ao assentamento de sem terras. Outro exemplo é o art. 34 da Lei de Tóxicos que permite a apreensão e o leilão de bens relacionados com o tráfico.

⁵ Segundo René Ariel Dotti, em sua obra *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9714, de 25.11.98*. São Paulo: RT, 1999, p. 111, “... entende-se por bem a coisa material ou imaterial que tem valor econômico e pode servir de objeto a uma relação jurídica”. E, “... consideram-se valores as coisas que têm interesse econômico. (...) títulos de crédito, públicos ou particulares e outros bens disponíveis representativos de dinheiro que podem ser negociados na Bolsa”.

2.4.3 Prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas – art. 43, IV e art. 46

Consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado em entidades assistenciais, hospitais, orfanatos e outros estabelecimentos similares.

Essa pena guarda características de gratuidade e utilidade social, sendo dispensável a aceitação do condenado.

Trata-se da melhor sanção penal substitutiva da pena privativa de liberdade, pois obriga o autor de crime a reparar o dano causado através de seu trabalho, reeducando-se, enquanto cumpre pena.

As tarefas atribuídas ao condenado devem guardar correspondência com suas aptidões pessoais e não coincidir com a jornada normal de trabalho.

As entidades arroladas como beneficiárias dos trabalhos, são exemplificativas. Assim, toda instituição filantrópica, de utilidade pública ou comunitária, poderá ser beneficiada. Excluem-se, entretanto, as entidades privadas que visem lucro. Isso, para que não se elimine a criação de empregos.

É competente para aplicar esta pena, o juiz da condenação, e a designação da entidade ou programa a ser beneficiado, é da competência do juiz da execução (art. 149, I, LEP).

A prestação de serviços é pena restritiva de direitos, embora com conotação de privativa de liberdade, pois o condenado fica sujeito a recolher-se em entidades públicas ou privadas, durante determinadas horas da semana, para atividades predeterminadas⁶.

O condenado trabalha uma hora por dia de condenação, ou seja, sete horas semanais, durante todo o montante da pena fixada, sem poder finalizar antecipadamente.

⁶ Esse o entendimento de Nucci, *Individualização da Pena*, p. 322.

Convém, por ocasião da substituição, que o juiz converta a pena em dias para se ter noção do número de horas que devem ser prestadas pelo sentenciado, inclusive porque ele pode pretender antecipar o cumprimento⁷.

Para seu implemento, exige-se que a pena privativa de liberdade seja fixada em condenações superiores a seis meses. O professor Nucci⁸ explica que a razão consiste no fato de incentivar o magistrado a aplicar outras modalidades de restrição de direitos, como a prestação pecuniária ou a perda de bens e valores, bem como para facilitar a fiscalização e o cumprimento.

Como já se sabe, o tempo da pena de prisão corresponde ao tempo da pena substitutiva. Entretanto, abre-se uma exceção no que diz respeito à prestação de serviços à comunidade, permitindo que a pena seja cumprida em menor tempo, trabalhando o condenado mais horas por dia ou semana.

Mas para que o condenado antecipe a finalização de sua pena, é necessário que esta seja superior a 01 ano, sendo assim, poderá ser cumprida em menor tempo do que a pena correspondente à pena substituída.

Nunca poderá ser reduzida além da metade da pena substituída.

Finalizando, a prestação de serviços à comunidade é ato de ressocialização promissor, merecendo incentivo.

2.4.4 Interdição temporária de direitos – art. 43, V e art. 47

É a autêntica pena restritiva de direitos, com exceção da proibição de freqüentar determinados lugares, que segundo Nucci (2005, p. 324):

Tem por finalidade impedir o exercício de determinada função ou atividade por um período determinado, como forma de punir o agente de crime relacionado à referida função ou atividade proibida.

⁷ Op. Cit. p.323

⁸ Op. Cit., p. 322.

Ao contrário das outras penas que são genéricas, a interdição de direitos é específica, aplicando-se a determinados crimes.

Essa pena é aplicada independentemente das sanções que couberem no campo ético ou administrativo.

Espécies:

I – PROIBIÇÃO DO EXERCÍCIO DE CARGO, FUNÇÃO OU ATIVIDADE PÚBLICA, BEM COMO DE MANDATO ELETIVO.

O inciso I do art. 47 é utilizado para proibir o condenado de exercer cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo, que não deixa de ser um cargo público.

Essa restrição engloba toda atividade desenvolvida por pessoas que ocupam cargo efetivo de funcionário público (art. 327, CP).

Somente pode ser aplicada essa pena se relacionado o fato delituoso com o exercício funcional (art. 56, CP).

É uma suspensão temporária que terá a duração da pena de prisão substituída.

Cumprida a pena, o condenado poderá voltar as suas ocupações se não houver impedimento de ordem administrativa.

II – PROIBIÇÃO DO EXERCÍCIO DE PROFISSÃO, ATIVIDADE OU OFÍCIO QUE DEPENDAM DE HABILITAÇÃO ESPECIAL, LICENÇA OU AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO.

São os casos que, o condenado fica proibido de exercer profissão, atividade ou ofício dependentes de autorização ou regulamentação do poder

público⁹, embora se encontrem na esfera privada, citamos como exemplo os advogados, arquitetos e médicos.

A pena será aplicada aos profissionais condenados por infringirem os deveres inerentes à profissão, atividade ou ofício e somente a eles atinge, podendo o condenado realizar outros trabalhos.

III – SUPENSÃO DE AUTORIZAÇÃO OU HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO.

Aplicável aos crimes culposos praticados no trânsito, com igual duração da pena privativa de liberdade substituída.

- Autorização: para conduzir veículos de propulsão humana e animal (ex. bicicletas, carroças).
- Habilitação: para dirigir veículos automotores.
- Permissão: para recém aprovados nos exames de habilitação, com duração de um ano.

Diante do disposto no Código de Trânsito Brasileiro, que regulou, completamente a pena de suspensão ou proibição de dirigir veículos, bem como sendo necessária a aplicação deste dispositivo somente aos crimes de trânsito, como determina o art. 57 do CP, está ele parcialmente revogado, restando unicamente a possibilidade do juiz determinar a suspensão de autorização para dirigir veículo, que não foi prevista na Lei do Trânsito. A autorização destina-se, entretanto, à condução de ciclomotores, praticamente inexistente nos dias de hoje.

IV – PROIBIÇÃO DE FREQUENTAR DETERMINADOS LUGARES.

Esta interdição sempre foi utilizada para servir de condições a outros benefícios, mas, a partir da Lei 9714/98, passou a ser pena autônoma.

⁹ A exigência pode ser: cursos superiores ou profissionalizantes, registros etc.

Não há critério rígido, estabelecido em lei, para a eleição dessa modalidade de restrição de direito, motivando, se aplicada pelo juiz, soluções criativas nem sempre razoáveis ou de fiscalização garantida.

Os lugares a que se proíbe que se frequente são aqueles onde se cometeu o crime, ou aqueles que guardem relação com o crime.

Em geral, serão lugares como casas de prostituição, diversões públicas noturnas, onde companhias e álcool podem interferir no sentido de romper a moral e a integração social.

Como condição imposta no contexto de outras penas ou benefícios da execução penal ou de leis especiais, como do livramento condicional (art. 132, § 2º, “c”, LEP), da suspensão condicional da pena (art. 78, § 2º, “a”, CP) ou da suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º, II, da Lei 9099/95) sempre foi sujeita a diversos problemas, muitos dos quais ligados à indispensável fiscalização por parte do Estado, que jamais foi eficiente.

2.4.5 Limitação de fim de semana – art. 43, VI e art. 48

Trata-se do estabelecimento da obrigação do condenado de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em “casa de albergado” ou lugar adequado.

Consiste numa pena restritiva de liberdade à qual foi atribuída a qualidade de restritiva de direitos.

Cumre-se a pena em dias de descanso para não prejudicar a jornada normal de trabalho e a relação familiar do condenado.

A finalidade desta pena é impedir que a família do condenado sofra os efeitos de sua condenação, seja econômica, seja socialmente. Ademais, tem também um caráter educativo, com o fim de participar de cursos, ouvir palestras, bem como outras atividades educativas durante o tempo em que o albergado permanecer no estabelecimento.

Não obstante a boa intenção em promover a educação, a ausência de pessoal especializado, bem como a falta de espaço físico para desenvolver essas atividades, torna difícil sua aplicação.

O art. 79, I e II, bem como os artigos 151/153, da Lei de Execução Penal, cuidam da pena de limitação de fim de semana.

A casa de albergado deve situar-se em centros urbanos, e de acordo com o art. 94 da LEP, deve “caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga”.

O estabelecimento deverá ter acomodações para os presos, um local adequado para a realização de cursos e palestras (art. 95, LEP, in fine).

A pena poderá ser cumprida em horários diversos: diurno, noturno, vespertino ou matutino, de acordo com a disponibilidade de estabelecimento e principalmente do albergado.

Não existe no sistema penitenciário nacional as ditas casas de albergados, com exceção de duas em Porto Alegre e duas ou três no Estado de São Paulo¹⁰.

2.4.6 Prestação de outra natureza ou inonimada – art. 45, § 2º

Trata-se de pena substituta da substituta da pena de prisão, que é a prestação pecuniária.

Embora substitua a pena de prestação “pecuniária”, crê-se que não precisa guardar essa natureza. Dessa forma, a prestação pode ser de natureza diversa da pecuniária, ou seja, que não tenha cunho pecuniário. E mais, que não seja privativa de liberdade¹¹.

Esta pena, ao permitir ao juiz a imposição de sanção não cominada especificadamente na lei, prevê uma pena inonimada e isto isola o princípio da legalidade ou reserva legal, previsto no art. 5º, XXXIX, da CF e no art. 1º, do CP¹²,

¹⁰ Bitencourt, Cezar Roberto. Novas Penas alternativas, p.152.

¹¹ Damásio. Penas alternativas. p. 145.

¹² “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

que exige que os preceitos primários e secundários sejam claros, certos e determinados.

Geralmente, aplica-se como pena de prestação de outra natureza, a obrigação de doar material escolar, equipamentos hospitalares, mão de obra, cestas básicas¹³, sendo esta última a mais utilizada.

A substituição tem caráter consensual, pois depende da aceitação do beneficiário, que é o credor da prestação pecuniária (vítimas ou seus dependentes). No caso de ser beneficiária a entidade pública ou privada com destinação social, independe de sua aceitação¹⁴. A razão do consentimento reside no fato de que ao credor seja preferível receber a importância (em dinheiro).

Esta substituição somente é possível no caso de prestação pecuniária, não se admitindo nem para a pena de multa, nem perda de bens ou valores. Isto, porque a prestação pecuniária destina-se à vítima ou a seus dependentes, enquanto as outras se destinam ao Fundo Penitenciário Nacional.

2.5 Multa substitutiva – art. 44, § 2º e art. 58

Preceitua o § 2º do art. 60 do CP que a pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 meses, pode ser substituída pela multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código.

Para haver a substituição, deverá ser levado em conta o caso concreto e aí sim verificar se será suficiente para a reprovação que o crime merece, respeitadas as circunstâncias favoráveis de culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do acusado, bem como os motivos e circunstâncias do fato.

Atualmente, há posição defendendo que o disposto no referido § 2º, do art. 60 foi revogado pelo art. 44, § 2º, do CP, isto é, poderia o juiz substituir a pena

¹³ Dotti, op.cit., p.109.

¹⁴ Lopes, Mauricio Antonio Ribeiro. p.365.

privativa de liberdade, que não ultrapasse um ano, por uma só pena de multa, nos termos do que dispõe este último preceito legal.

De acordo com o professor Guilherme Nucci¹⁵, existe a possibilidade da composição de ambos os dispositivos, ou seja, reserva-se à pena igual ou inferior a 6 meses a possibilidade de substituição por multa (aplicando-se o art. 60, § 2º) ou por restritiva de direitos (aplicando-se o art. 44, § 2º), conforme o caso, bem como à pena superior a 6 meses e igual ou inferior a 1 ano somente uma pena restritiva de direitos. Há possibilidade de harmonia, uma vez que penas menos elevadas (6 meses ou inferiores) podem ser convertidas em multa ou restritiva de direitos, enquanto penas mais elevadas (mais de 6 meses até 1 ano) podem ser substituídas por uma única pena restritiva, já que para penalidades acima de 1 ano é indispensável fixar duas restritivas de direito ou uma restritiva acompanhada de uma multa.

O art. 60 é especial em relação ao art. 44 e este cuida da aplicação de penas restritivas de direitos, tratando somente a questão da multa. O art. 60 demonstra a sua inserção no capítulo relativo à aplicação da pena: “critérios especiais da pena de multa”.

2.6 Conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade – art. 44, § 4º e 5º

“Art. 44.....

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

.§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior”.

¹⁵ Op.cit. p. 330.

A finalidade da conversão é garantir a execução das penas substitutivas, é medida coercitiva.

A conversão será obrigatória quando houver descumprimento injustificado da restrição imposta (§ 4º); será facultativa quando sobrevier condenação a pena privativa de liberdade por outro crime, podendo o juiz deixar de convertê-la se houver a possibilidade do condenado cumprir a restritiva imposta anteriormente juntamente com a pena da nova condenação.

Estas são as causas gerais de conversão. Existem, no entanto, causas especiais de conversão para as penas de prestação de serviços a comunidade, de limitação de fim de semana e interdição temporária de direitos que estão estabelecidas no art. 181 da Lei de Execução Penal.

Na conversão deduz-se o tempo cumprido da pena restritiva, cumprindo-se o restante da pena aplicada, respeitando-se o prazo mínimo de 30 dias a serem cumpridos. Dessa forma, se o prazo para o fim da execução for inferior a 30 dias, ainda assim o condenado deverá cumprir 30 dias de pena privativa de liberdade. Isto evita impedir que o condenado descumpra a pena por serem os últimos dias de seu cumprimento.

3 APLICAÇÃO DA PENA

Se, mesmo sabendo que caso viole a norma, ainda assim o homem não se importar e praticar um fato definido como crime, ele será punido por tal ato e receberá a pena correspondente.

Ao julgador de tal fato não lhe é facultado escolher qual pena aplicar, ou seja, é um processo de discricionariedade juridicamente vinculada, através do qual o juiz, visando à suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais, estabelece a pena cabível, dentro dos limites determinados previamente pela lei.

E além do mais, quanto maior a discricionariedade judicial, maior possibilidade tem o juiz de fazer a devida individualização da pena.

A lei prevê o tipo penal e qual pena deverá ser aplicada. Para estabelecer a pena a ser cumprida, caberá ao juiz analisar as características do infrator da norma e do fato por ele praticado.

Portanto, a individualização da pena dentro dos limites previstos na lei faz parte da atividade discricionária do juiz, que, observadas as peculiaridades do fato, e a culpabilidade, fixará a pena.

Fala-se em discricionariedade quando o magistrado elege o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento, embora com fundamentada exposição do seu raciocínio – juridicamente vinculada.

Na visão de Luiz Luisi (1991) apud Nucci (2005, p. 161):

É de entender-se que na individualização judiciária da sanção penal estamos frente a uma discricionariedade juridicamente vinculada. O juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentre eles o juiz pode fazer suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atendendo as exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente a pessoa em que a sanção se destina....

Cabe ao juiz individualizar a pena, fixar a pena, escolhendo, entre a pluralidade de possibilidades previstas legalmente, a adequada para o autor e o

fato por ele praticado. Desta forma, a individualização é a aplicação da norma abstrata ao caso concreto, atendendo-se às peculiaridades do fato. E assim sendo, a individualização judicial da pena sempre comportará um juízo de valor. A lei contém indicações úteis para orientar o juiz sobre os elementos que deve levar em consideração, mas ainda assim esses critérios jamais serão exaustivos e a individualização da pena, por sua própria natureza, escapa a uma completa predeterminação legal. Deve o juiz, no entanto, motivar a decisão com argumentos pertinentes que evidenciam as inevitáveis premissas valorativas que, de qualquer forma, devem limitar-se ao ato concreto e ter por fundamento a imparcialidade e vinculação à lei e aos valores constitucionais.

Individualizada a pena, o agente deve ver nela a exata medida de sua culpabilidade. Se um comportamento humano dá motivo à reação do Estado através da pena, essa reação deve ser proporcional, atendendo-se à gravidade e duração da pena imposta. O princípio da proporcionalidade deve reger a reação estatal, coibindo o excesso, proporcionando correspondência entre ação e reação, delito e pena.

A fixação da pena alcança a espécie estabelecida no preceito secundário (privativa de liberdade ou multa) e também o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e a possibilidade de sua substituição por outra modalidade, quando cabível.

A pena deve ser justa, proporcional, aplicada dentro dos limites legais e ser necessária e suficiente para punir o infrator.

3.1 Circunstâncias judiciais

A reforma penal de 1984 aperfeiçoou o tratamento da individualização judiciária da pena, consignando no item 50 da Exposição de Motivos que

As diretrizes para a fixação da pena estão relacionadas no artigo 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo elenco de penas. Previu o Projeto a expressão “culpabilidade” em lugar de “intensidade de dolo e grau de culpa”, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena (...) a finalidade da individualização está

esclarecida na parte final do preceito; importa em optar dentre as penas cominadas, pelo que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para “reprovação e prevenção”. (...) Assinale-se, ainda, outro importante acréscimo: cabe ao juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, fator indispensável à individualização que se completará no curso do procedimento executório, em função do exame criminológico.

Dessa forma, o Código Penal de 1984 adota no art. 59 critério definido a ser utilizado pelo juiz ao determinar a medida da pena, segundo o qual cada pessoa tem o direito de ver na pena que lhe foi imposta a medida de sua culpabilidade.

O citado art. 59 fornece os critérios objetivos e subjetivos que orientam o juiz na árdua tarefa de individualizar a pena, prevendo que:

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

Ao cuidar da aplicação da pena, o magistrado precisa, em primeiro lugar, verificar se alguma das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal perfaz, igualmente, outra circunstância prevista expressamente em lei. Caso não ocorra esse perfil, passa a analisá-las de per si, criando um conjunto de elementos positivos ou negativos, que lhe propiciará a formação de um juízo de censura (culpabilidade) maior ou menor. Assim sempre foi da tradição de nosso Direito Penal: ligar a culpabilidade à pena.

Na lição do doutrinador Damásio de Jesus¹⁶, a imposição da pena está condicionada à culpabilidade do sujeito. A fixação da sanção penal, sua qualidade e quantidade estão presas ao grau de censurabilidade da conduta (culpabilidade).

Cabe ao juiz considerar as circunstâncias do homem, sua conduta social, culpabilidade, seus antecedentes, personalidade do infrator, possíveis motivos

¹⁶ Damásio. Direito penal: parte geral. 1999, p. 584.

que o levaram a cometer o crime, circunstâncias do fato criminoso, conseqüências do crime e comportamento da vítima.

Observadas essas circunstâncias judiciais, imaginando que todas elas sejam favoráveis, a pena deve situar-se em seu patamar mínimo. Entretanto, caso todas as circunstâncias sejam desfavoráveis ao réu, a culpabilidade será composta em grau máximo, razão pela qual justifica-se a pena-base no máximo.

A tendência moderna para a científica individualização judiciária da pena volta-se para a adoção das penas paralelas, constituindo-se esse regime em um primeiro passo para a individualização judicial, mas evidencia-se como procedimento muito delicado, porque se torna indispensável definir sob que bases de apreciação o juiz deverá aplicar uma ou outra categoria.

3.1.1 As penas aplicáveis dentre as cominadas

Quando o preceito secundário da norma incriminadora comina penas de forma alternativa, o juiz deve escolher uma delas com fundamento nas circunstâncias judiciais.

Quando a pena é única ou quando o Código impõe penas cumulativas, não é necessária a escolha, sendo aplicável aquela pena que está no tipo e ponto.

Para a infração penal considerada crime a lei comina pena de reclusão, detenção e/ou multa; e infração penal na modalidade contravenção a lei comina pena de prisão simples e/ou multa (art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal).

3.1.2 A quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos

A eleição do *quantum* da pena prevista no preceito sancionador do tipo, a ser extraído da faixa variável entre o mínimo e o máximo abstratamente previstos no tipo penal incriminador, precisamente no preceito secundário, faz-se em respeito às circunstâncias judiciais, previstas no art. 59, CP.

É indispensável que haja a devida justificativa quando o juiz elege o mínimo legal previsto no tipo como pena-base, pois a Constituição Federal garante que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser motivadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX).

3.1.3 O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

A opção pelo regime de cumprimento da pena privativa de liberdade em fechado, semi-aberto ou aberto, também faz parte do processo judicial discricionário, mas não abusivo, devidamente fundamentado de concretização da pena.

Não pode o juiz optar por um regime qualquer, havendo mais de uma opção oferecida pela lei, sem dar as razões que o levaram a tomar a referida decisão. Além disso, deve o juiz observar o princípio da Detração Penal, de acordo com o art. 42, CP.

3.1.4 A substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível

Estando concreta a pena privativa de liberdade, cabe ao julgador decidir acerca da possibilidade da sua substituição por alguma das penas restritivas de direitos, denominadas penas alternativas, assunto este já analisado por conta do capítulo 2.3.

3.2 Suspensão condicional da pena - *sursis*

A lei não prevê de modo expreso no artigo 59 a possibilidade do *sursis*, mas é oportuno no momento lembrar-se dele em relação ao tema.

Não sendo cabível nem uma opção substitutiva nem outra, vale-se, ainda, o magistrado da alternativa da suspensão condicional da pena, deixando de dar execução à pena privativa de liberdade, por razões de política criminal.

O *sursis* nasceu no Brasil através do Decreto 4577 de 05/09/1992, que autorizou o Poder Executivo a instituir o benefício.

O instituto da suspensão condicional da pena é visto como medida de política criminal para evitar o encarceramento inútil de condenados com possibilidade de recuperação por outra forma de cumprimento da sanção penal.

Para que isso ocorra, são requisitos: não ser reincidente o condenado e que a pena não seja superior a dois anos (ou quatro para condenados maiores de 70 anos ou enfermo), a observância de determinadas condições fixadas pelo juiz, durante um período de prova pré-definido.

O artigo 32 do Código Penal enumera as penas previstas no nosso ordenamento, e o *sursis* não está lá, não podendo, portanto, ser considerado como tal; e a suspensão é medida destinada justamente a evitar a aplicação de uma delas, todas privativas de liberdade.

O *sursis* não deve ser considerado somente como benefício, pois ele traz condições obrigatórias, consistentes em medidas restritivas da liberdade do réu. Por isso, deve ser tratado como medida alternativa de cumprimento da pena privativa de liberdade, não deixando de ser um benefício, como se vê no art. 77, II do CP, nem uma reprimenda, pois.

O *sursis* é sempre condicionado ao cumprimento de medidas restritivas de direitos.

Estabelece o art. 78, CP que o juiz deve fixar, no primeiro ano do período de prova, a prestação de serviços à comunidade ou a submissão à limitação de fim de semana (§ 1º) ou, se o condenado tiver reparado o dano, salvo se não puder fazê-lo, bem como as circunstâncias judiciais do art. 59 lhe forem

favoráveis, aplicar a proibição de freqüentar lugares, de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz e o comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (§ 2º).

Ainda, existe a possibilidade de estabelecer outras condições, não especificadas expressamente em lei, desde que sejam adequadas ao fato e à situação pessoal do sentenciado, conforme especifica o art. 79 do CP.

A vantagem da suspensão condicional da pena em lugar das denominadas penas alternativas é que, havendo descumprimento das condições ou o cometimento de outra infração durante o período de prova, pode o juiz revogar o benefício, fazendo o condenado cumprir integralmente a pena privativa de liberdade.

No caso das penas restritivas de direito, caso haja algum tipo de descumprimento, a reconversão em pena privativa de liberdade somente será feita levando em conta o restante da pena ainda não cumprida. Logo, o *sursis* é mais rigoroso.

O Código Penal, no art. 59, caput, diz que compete ao juiz, na fixação da pena, atender às circunstâncias judiciais, “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Assim, impõe-se a pena “necessária” para atender ao grau de reprovação da conduta. E ela deve ser “suficiente” para prevenir o crime (prevenção genérica e específica).

Desta forma, Damásio¹⁷ ensina que num primeiro momento, com fundamento no princípio da pena retributiva, é fixada sua qualidade e quantidade, elaborando um juízo sobre o passado (juízo de culpabilidade), atendendo à gravidade objetiva do delito, antecedentes e personalidade do agente, sua conduta social anterior, motivos determinantes do ato e suas conseqüências (art. 59, I e II). Depois, num segundo momento, atendendo ao princípio preventivo da pena, faz um juízo sobre o futuro, levando em conta a finalidade preventiva da sanção penal, considerando a personalidade do agente, sua conduta posterior ao

¹⁷ Op. Cit., p. 586

fato etc., fixando o regime inicial de cumprimento e, se for o caso, aplicando o sistema das penas substitutivas (incisos III e IV).

Observe-se, por fim, que ao individualizar a pena, o juiz, além de observar os critérios estabelecidos no Código Penal, está vinculado aos princípios do Estado de direito.

4 MÉTODO BIFÁSICO E TRIFÁSICO

Na doutrina penal brasileira duas opiniões sempre estiveram em evidência na questão das fases de fixação da pena.

Costuma-se vincular o critério trifásico ao magistério preconizado por Nelson Hungria, enquanto o outro, bifásico, a Roberto Lyra.

Vale ressaltar, desde já, que o Código Penal, em seu art. 68, consagrou o critério trifásico para a fixação da pena, significando dizer que a pena será estabelecida em três fases distintas, embora interligados os seus elementos.

Art. 68, CP: “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”.

Para Hungria, o juiz deve estabelecer a pena em três fases distintas: uma primeira fase na qual são analisadas as circunstâncias do art. 59 do CP. Ao final da primeira fase é fixada uma pena provisória que é denominada de pena-base. Para ele, pena-base é o *quantum* encontrado pelo juiz com fundamento nas circunstâncias judiciais, abstraindo as circunstâncias legais genéricas (agravantes e atenuantes) e as causas de aumento ou de diminuição.

Em seguida, havendo quaisquer das circunstâncias agravantes ou atenuantes previstas nos arts. 61 e seguintes do CP, a pena será aumentada ou diminuída, conforme o caso e uma nova pena provisória será fixada.

Por fim, sobre esta nova pena provisória incidirá as chamadas causas de aumento ou diminuição de pena, encontradas tanto na parte geral como na parte especial do código e que se caracterizam por serem expressas por frações (aumenta-se da metade, diminui-se de dois terços). A pena resultante deste processo será a pena final do réu.

O método trifásico parece ser o mais adequado, pois permite ao condenado o exato conhecimento do processo pelo qual passa o juiz até

concretizar a pena. Sem dúvida, há possibilidade de haver *bis in idem*, caso o magistrado não proceda com extrema cautela, pois as circunstâncias do delito espalham-se por todas as fases (pena-base, agravantes e atenuantes, causas de aumento ou diminuição), quando não servem para qualificar ou privilegiar o crime, antecipando-se, pois, ao processo individualizador.

De toda forma, com o devido cuidado, pode o julgador expor ao réu a pena concreta, individualizando-o frente aos demais acusados de delitos similares.

Para Lyra, a fixação da pena concreta pode ser desenvolvida em duas fases: as circunstâncias atenuantes e agravantes merecem ser analisadas em conjunto com as circunstâncias do art. 59 para a fixação da pena-base. Somente após, aplicará o juiz as causas de diminuição e aumento.

A fundamentação para este posicionamento consiste na coincidência das circunstâncias judiciais com as legais, não havendo razões sólidas para separá-las.

A despeito disso, se o Direito Penal moderno tem por princípio fundamental a individualização da pena, e se é obrigatória sua motivação pormenorizada na sentença, a tríplice operação atende ao interesse de o réu saber por que o juiz fixou determinada quantidade. As três fases não prejudicam o réu, mas ao contrário, permitem que análise, em etapas sucessivas, por que o juiz chegou a condená-lo a determinada pena. Quanto mais pormenorizada a sentença, mais se atende ao reclamo de individualização da sanção penal.

Como já ressaltado, prevaleceu o critério proposto por Hungria.

É oportuno ressaltar nesse momento a possibilidade ou não de na primeira fase fixar a pena-base aquém do mínimo legal.

A fixação da pena-base como primeira etapa da fixação da pena privativa de liberdade deverá estar, para a maioria dos doutrinadores, entre os limites da sanção fixada abstratamente na lei penal.

Isto é, deve o juiz em primeiro lugar fixar a pena-base atendendo os critérios estabelecidos na lei, ou seja, considerando as circunstâncias judiciais (art. 59, CP). Essa fixação inicial, fundada nos elementos do referido artigo, deve obedecer aos limites mínimo e máximo previsto em lei (art. 59, II, CP).

Quando as circunstâncias judiciais não militam contra o acusado, a pena-base deve ficar no limite mínimo cominada em abstrato, ou aproximar-se desse limite.

A maioria dos julgados prevê a pena-base em patamar próximo do mínimo (em se tratando de circunstâncias judiciais favoráveis, claro), nada dispondo sobre a possibilidade de estabelecer pena-base aquém do mínimo legal.

4.1 Exceção quanto a pena de multa

A fixação da pena de multa não obedece ao rito previsto para a pena corporal. Após a fixação da pena privativa de liberdade e do seu regime de cumprimento, se o tipo penal trazer a previsão da pena de multa, passará o magistrado a um novo procedimento que determinará a pena pecuniária do agente.

O critério para a fixação da pena de multa merece consideração à parte, pois nos termos do art. 60, CP, o juiz deve atender, primordialmente, à situação econômica do réu.

Contudo, o legislador também estabeleceu uma faixa para a eleição do juiz, variando de 10 a 360 dias-multa, conforme art. 49, caput.

Após a escolha do número de dias-multa, deve o magistrado optar pelo valor do dia-multa, entre valores que variam de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo mensal de referência vigente ao tempo do fato a 5 (cinco) vezes esse salário.

O critério respeita, pois, duas fases. Na primeira, para eleição do número de dias-multa, entretanto, leva-se em conta, de regra e na medida do possível, o sistema trifásico do art. 68 e, na segunda, para a fixação do valor do dia-multa, utiliza-se a situação econômica do acusado.

Para a eleição do número de dias-multa, o julgador leva em conta os elementos contidos no art. 59 – as circunstâncias judiciais que servem ao juiz de critério de dosagem da pena –, bem como os outros fatores de aumento e

diminuição, caso existentes quando, então, avaliada a culpabilidade, fixará o valor do dia-multa, agora sim voltado, exclusivamente, à capacidade econômica do réu.

A multa não paga não pode se converter em prisão, pois não há prisão por dívidas no ordenamento jurídico brasileiro, salvo nos casos previstos pela Constituição (art. 5º, LXVII - alimentos e depositário infiel¹⁸). Assim, deve o seu valor ser executado.

¹⁸ A Constituição Federal em seu art. 5º, §2º dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Dessa forma, há de se observar o disposto no art. 7º, nº 7 do Pacto de San José da Costa Rica, o qual especifica que “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Diante da polêmica sobre a prisão por dívidas, deve-se tratar este assunto com a merecida cautela.

5 FASES DA FIXAÇÃO DA PENA

A fixação da pena-base se dá com estrita observância das circunstâncias do art. 59 do CP. Estas circunstâncias são chamadas circunstâncias judiciais, pois são frutos de uma análise quase sempre bastante subjetiva por parte do magistrado da causa.

5.1 Fase primária: fixação da pena base e circunstâncias do art. 59 do CP

Primeiramente, trataremos das circunstâncias de caráter subjetivo...

1. Em princípio, há de se falar da CULPABILIDADE como sendo um critério genérico para a fixação da pena-base, não sendo aquele elemento constitutivo do tipo.

No momento de fixar a pena, o julgador leva em conta a culpabilidade em sentido lato, ou seja, o grau de reprovabilidade social que o crime e o autor do ato merecem.

A culpabilidade a ser analisada na fixação da pena é um *plus* de reprovação social do delito em análise em relação aos demais crimes da mesma espécie.

A culpabilidade é elemento definidor do delito, renovando o juízo de censura em diferentes estágios da fixação da pena.

O conteúdo do art. 59 é utilizado tanto para a fixação da pena como para a análise de uma série de benefícios penais (substituição por pena restritiva de direitos, concessão de *sursis*, concessão do regime aberto).

Exige-se do magistrado dedicação, colheita detalhada da prova, voltando-se aos dados componentes da vida e da situação pessoal do acusado, sem falar da importância da discricionariedade, embora juridicamente vinculada, que lhe foi conferida pelo legislador.

A medida da culpabilidade implica em um juízo de valoração objetivo-subjetivo, ou seja, ainda que fundado em elementos concretos nos autos, não deixa de resultar da apreciação pessoal do julgador, conforme sua experiência de vida, conhecimento e cultura.

Como visto, tarefa fácil certamente não é.

A culpabilidade prevista no art. 59 é o conjunto de todos os demais fatores unidos. Assim, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, circunstâncias do delito, conseqüências do crime e comportamento da vítima resultam em culpabilidade maior ou menor, conforme o caso.

Num segundo momento é relevante tratar dos critérios específicos referentes ao autor do delito.

Trata-se das circunstâncias subjetivas, pois referem-se ao agente do crime, ocupando posição mais destacada e importante do que as consideradas circunstâncias objetivas referentes ao fato criminoso, já que as subjetivas devem sempre prevalecer sobre as objetivas no caso de confronto, como indica o art. 67 do CP.

O fato de o art. 59, CP ter tantos requisitos é para chegar à pena justa, já que julgar não é tarefa simples, sendo deplorável a pena padrão, o que nem sempre é raro e elimina as evidentes diversidades entre os réus, seres humanos diferentes por natureza.

É inaceitável igualar os acusados no momento da punição, seja por indiferença dos julgadores, por desconhecimento da importância das circunstâncias e condições pessoais ou por mera comodidade, principalmente se confrontarmos esse resultado com o princípio constitucional da individualização da pena.

A missão do julgador na avaliação subjetiva do réu é a eleição da pena justa e representa seu dever legal e constitucional.

As penas fixas quanto à quantidade e qualidade da reprimenda violam o princípio da culpabilidade, ferindo a individualização da pena.

Por isso, deve ocorrer a legítima busca por todos os elementos estabelecidos no art. 59 do CP para encontrar a pena justa.

A culpabilidade concentra-se, para a constituição do crime, no fato (comportamento típico e antijurídico gerador do resultado), embora não se perca de vista a culpabilidade do autor apenas no momento de fixação da pena. Sua personalidade, seu caráter, seu temperamento, sua conduta social não servem para determinar se cometeu ou não a infração penal, mas somente para graduar a sanção penal.

2. Fala-se em ANTECEDENTES em relação a tudo o que ocorreu no campo penal, ao agente antes da prática do ato criminoso, ou seja, sua vida pregressa no âmbito criminal.

Não se confunde com a reincidência. O art. 63 do CP dispõe que:

Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Assim, só haverá reincidência quando houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado e o novo crime for praticado após o trânsito em julgado da primeira sentença condenatória.

Para a melhor doutrina¹⁹, são considerados antecedentes as anotações na folha de antecedentes, devidamente comprovadas pela emissão de certidão cartorária, representativas de condenações, com trânsito em julgado, que já não sirvam para gerar reincidência ou que possam com esta conviver.

A constatação de antecedentes criminais proporciona a elevação da pena-base para quantificação acima do mínimo, sendo mais adequada e segura a exigência da comprovação de condenação definitiva, em homenagem ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Não se poderia aumentar a pena de quem foi anteriormente absolvido, fundado no fato de que possui antecedente criminal.

O registro de vários antecedentes criminais conduz à crença de que o agente possui personalidade desajustada aos regramentos impostos pelo direito, motivo pelo qual devem ser levados em consideração para a aplicação da pena.

¹⁹ Nucci, op.cit., p. 199

3. Há dentro desse contexto a CONDUTA SOCIAL do agente, isto é, a figura do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança.

Não somente a conduta antecedente do agente em seus vários setores de relacionamento, mas sobretudo o ambiente no qual está inserido são capazes de determinar a justa medida da reprovação que seu ato criminoso possa merecer.

O magistrado precisa conhecer a pessoa que está julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório²⁰, e às testemunhas, durante a instrução.

Não há dúvida de que uma pessoa de excelente conduta anterior ao crime merece menor censura do que outra que está acostumada a incomodar pessoas, provocar arruaças, agredir a família.

E não há como fugir, neste aspecto, de uma culpabilidade voltada aos fatos da vida e não simplesmente ao fato criminoso praticado.

Quando o fato delituoso for levado ao tribunal, os estragos provocados por ele anteriormente, sem ter havido julgamento criminal devem ser levados em consideração como conduta social, a fim de buscar a pena justa.

Fatores ponderáveis neste contexto são também a situação social do infrator, como educação e boas maneiras, o ambiente social em que vive, a relação em família.

Ocorre que a elevada dificuldade de se conhecer o passado do acusado reflete na difícil tarefa para o julgador de ponderar e analisar sua conduta social precedente, obstando assim o dever constitucional de individualizar a pena.

Isso acaba incentivando uma limitação da individualização da pena e estabelecendo penalidades fixas ou com margens muito limitadas, levando a injustificada desproporcionalidade na aplicação da pena concreta.

²⁰ A Lei 10.792/03 fez incluir o interrogatório sobre a pessoa do acusado, a fim de se obter vários dados relacionados à sua inserção social e familiar (art. 187, CPP).

4. Outro critério é o da PERSONALIDADE DO AGENTE, que é o conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, ou seja, elementos da personalidade, buscados na análise do modo de ser do autor da infração penal.

Ao cometer um crime, deve-se levar em conta, para o estabelecimento da pena, características como a liberdade de ser e de se expressar do indivíduo.

No entanto, a pena só será aumentada se houver nexo de causalidade entre o delito e a característica da personalidade do agente.

Invadir o interior do réu através de sua personalidade, para melhor conhecê-lo, não como mero objeto da aplicação da pena, mas como sujeito de direitos e deveres, isto é, como pessoa humana, torna a pena mais justa e sensata no seu *quantum* e na sua finalidade.

Da mesma forma que não existem duas pessoas perfeitamente iguais, não há personalidades idênticas, sendo esta a razão pela qual a individualização da pena é uma questão de extrema necessidade, pois se busca num estado justo e democrático dar a cada um o que efetivamente merece.

É precisa a colocação de que quando o julgador analisa detidamente a personalidade do réu deve levar em conta os fatores que se esgotam na atividade delituosa e não no ser humano que é como um todo, afinal, defeitos todos nós possuímos e nem sempre eles se revelam em móveis propulsores de ação criminosas.

5. Há ainda os MOTIVOS, uma vez que no contexto do art. 59, CP esta palavra indica uma série de situações psíquicas que faz alguém agir criminosamente.

São precedentes psicológicos do crime, ou seja, os fatores que desencadearam, que levaram o agente a cometê-lo.

O art. 59, CP traz em seu texto expressa referência a motivos do crime, fazendo com que o juiz busque as razões de ser da conduta bem como os objetivos a serem alcançados pelo agente em qualquer delito. Assim, terá um quadro concreto a respeito de um dos fatores a compor a maior ou menor reprovação ao agente.

Todo crime tem um ou mais motivo, que pode ser mais ou menos nobre ou repugnante. A avaliação disso faz com que o juiz exaspere ou diminua a pena base.

Conhecer o motivo determinante do delito pode fazer brotar, como consequência natural, a análise da personalidade do agente, tendo em vista que a ação ou omissão do ser humano toma forma a partir de inclinações afetivas ou sentimentais.

Não há delito cometido sem que possua o autor um motivo, por vezes até inconsciente, mas invariavelmente presente.

Por fim, têm-se os critérios específicos referentes ao fato, que são denominados como sendo as circunstâncias objetivas, pois são ligadas ao fato e não ao seu autor.

Tem menor relevância em relação às circunstâncias subjetivas, mas nem por isso deixam de provocar aumento ou diminuição de pena.

São 3:

1. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME: são aquelas que não participam da estrutura do tipo, mas envolvem o delito.

Podem estar expressamente previstas em lei e assim sendo são chamadas de circunstâncias legais, como por exemplo as agravantes e atenuantes.

Quando estiverem genericamente previstas, isto é, quando não for uma circunstância prevista como qualificadora, privilegiadora ou causa de aumento ou diminuição, devem ser analisadas e discernidas pelo juiz, sendo assim chamadas de circunstâncias judiciais, podendo perfeitamente ser usadas.

Para Victor Eduardo Rios Gonçalves (2002, p. 126):

Circunstâncias do crime referem-se à maior ou menor gravidade do delito em razão do *modus operandi* no que diz respeito aos instrumentos do crime, tempo de sua duração, forma de abordagem, objeto material, local da infração.

2. CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME: diz respeito ao mal causado pelo crime, que transcende o resultado típico; é a conseqüência a ser considerada para a fixação da pena. Ou seja, é a maior ou menor intensidade da lesão produzida no bem jurídico em decorrência da infração penal.

Nucci²¹ exemplifica claramente este contexto quando refere que no crime de homicídio, a conseqüência natural é a morte de alguém e, em decorrência disso, uma pessoa pode ficar viúva ou órfã. Diferentemente, um indivíduo que assassina a esposa na frente dos filhos menores, causando-lhes um trauma sem precedentes, precisa ser mais severamente apenado, pois trata-se de uma conseqüência não natural do delito.

3. COMPORTAMENTO DO OFENDIDO: trata-se evidentemente de conduta ativa por parte da vítima que induza o réu à prática do crime. E o comportamento do ofendido será considerado na fixação da pena, haja vista que, se ficar demonstrado que o comportamento anterior da vítima de alguma forma estimulou a prática do crime ou de alguma outra maneira influenciou negativamente o agente, a sua pena deverá ser abrandada.

O comportamento da vítima constitui inovação com vistas a atender aos estudos de vitimologia.

5.2 Fase secundária: aplicação das agravantes e atenuantes

Analisadas as circunstâncias judiciais do art. 59, em seguida serão consideradas as causas agravantes e atenuantes previstas nos art. 61, 62, 65 e 66 do CP. As agravantes e atenuantes são chamadas causas legais na fixação da pena, pois sua previsão é bastante objetiva na lei penal, não merecendo uma análise subjetiva mais apurada pelo magistrado.

O montante do aumento referente ao reconhecimento de agravante ou atenuante genérica fica a critério do juiz, não havendo, portanto, um índice preestabelecido, já que a norma do art. 61 limitou-se a estipular que as

²¹ Individualização da pena, p. 226.

circunstâncias ali previstas sempre agravam a pena, embora não tenha fornecido qualquer valor.

O mesmo ocorre com o disposto no art. 65, que determina dever a pena ser atenuada, porém sem qualquer menção ao montante.

Na prática, o critério mais usual é aquele no qual o magistrado aumenta em um sexto a pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou de diminuição da pena), afinal, serão elas (agravantes e atenuantes) consideradas na segunda fase de aplicação da pena, necessitando ter uma aplicação efetiva.

As circunstâncias agravantes são somente aquelas previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal, constituindo, portanto, um rol taxativo.

As circunstâncias inseridas no inciso II são dispostas para envolver crimes dolosos apenas, já a reincidência, prevista no inciso I do art. 61, é cabível nos crimes dolosos e culposos.

5.2.1 Espécies de agravantes

I – REINCIDÊNCIA

No art. 63 do CP, preceitua-se que a reincidência é o cometimento de uma infração penal após já ter sido o agente condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior.

Não se pode esquecer, entretanto, da regra descrita no art. 7º da Lei das Contravenções Penais que, ao complementar o conceito de reincidência, estabeleceu verificar-se esta quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou no Brasil, por motivo de contravenção.

Portanto, admite-se, para efeito de reincidência, as seguintes situações:

- Condenação por crime praticado no Brasil ou no exterior e nova infração na modalidade de crime: reincidente pelo art. 63 do CP;
- Condenação por crime praticado no Brasil ou no exterior e nova infração na modalidade de contravenção: reincidente pelo art. 7º da Lei;
- Condenação por contravenção praticada no Brasil e nova infração na modalidade de contravenção: reincidente pelo art. 7º da Lei.

Não se admite: contravenção antes e crime depois, por falta de previsão legal, isto é, tanto o Código Penal quanto a Lei de Contravenção Penal são omissos.

A lei penal considera primário quem não é reincidente. Este é aquele que comete novo delito nos 5 (cinco) anos depois da sua última pena.

No teor do art. 64, I, do estatuto penal, após o decurso do prazo de 5 anos, caso cometa novo crime, deve ser considerado primário, embora possa ter maus antecedentes.

Para a comprovação de condenação anterior é preciso juntar aos autos certidão judicial da sentença condenatória transitada em julgado, pois não se deve reconhecer a reincidência através da análise da folha de antecedentes, que pode conter muitos erros, já que não é expedida diretamente pelo juízo da condenação.

Ao aplicar a agravante da reincidência, deve o juiz verificar, com atenção, qual é o antecedente criminal que está levando em consideração, a fim de não se valer do mesmo como circunstância judicial, prevista no art. 59, como por exemplo maus antecedentes.

Nessa ótica está a Súmula nº. 241 do Superior Tribunal de Justiça, “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e simultaneamente, como circunstância judicial”.

Esta súmula evidentemente estabelece que uma circunstância, se reconhecida como agravante, não poderá ser utilizada também como circunstância judicial, pois tal atitude caracterizaria *bis in idem*.

Entretanto, nada impede a elevação da pena-base porque o réu possui maus antecedentes e, depois, novamente, por conta da reincidência, como agravante, se há condenações distintas em número suficiente para tal procedimento.

A pena pecuniária é capaz de gerar reincidência, pois o art. 63 não faz distinção alguma acerca do tipo de sanção aplicada. Basta haver condenação, pouco importando se é uma pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa.

O art. 64 estipula um prazo para que a condenação anterior possa surtir efeito caso alguém torne a praticar crime. Para gerar reincidência, a condenação definitiva, anteriormente aplicada, cuja pena foi extinta ou cumprida, tem o prazo de 5 anos para perder força.

Dessa forma, decorrido o quinquênio, não é mais possível, caso haja o cometimento de um novo delito, falar em reincidência.

Nesse prazo, inclui-se também o período em que o agente está em gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, não tendo havido revogação. Em ambas as hipóteses, havendo revogação do benefício, o prazo de 5 anos será contado da data em que o agente terminar de cumprir a pena.

Para fim de reconhecimento de reincidência, com base no inciso II do art. 64 do CP, não se consideram os crimes militares próprios (aqueles previstos unicamente no Código Penal Militar, portanto, praticados exclusivamente por militares), ao menos quando se misturam aos delitos comuns e assim são capazes de gerar reincidência, pois são delitos previstos no Código Penal comum.

Além disso, excluídos estão também os crimes políticos, que são os ofensivos a interesses políticos do Estado, tais como integridade territorial, soberania nacional, regime representativo e democrático, Federação, Estado de Direito, a pessoa dos chefes dos poderes da União, independência, além dos crimes eleitorais desde que envolvidos com crimes comuns.

A reincidência para efeito de elevar a pena do réu está voltada na aplicação da pena e não à punição em si, pois comprovada a prática da infração penal, passa-se à fase de individualizar a pena e não há razão para equiparar o primário ao reincidente. O autor de crime que já passou por um processo de reeducação a ainda assim, despreza os valores sociais que lhe foram transmitidos, merece maior censura do que outro, delinqüente iniciante.

II – A) MOTIVO FÚTIL OU TORPE

Motivo fútil é o motivo de mínima importância, insignificante, desproporcional à gravidade do fato praticado. Um exemplo²² é agredir a pessoa que lhe negou um cigarro.

O motivo fútil não tem nada a ver com a ausência de motivo, pois o crime sempre tem uma motivação, de modo que desconhecer a razão que levou o agente a cometê-lo jamais deverá ser considerado motivo fútil.

Ressalta-se, ainda, a questão do ciúme. Não se trata de motivo fútil, pois esse sentimento doloroso de um amor ou de uma paixão inquieta, egoísta e possessiva, apesar de injusto, não pode ser considerado ínfimo ou desprezível²³.

E a embriaguez também é incompatível com a futilidade, pela perturbação que provoca na mente humana, pois o sujeito embriagado não tem noção exata do que faz, de forma que suas razões para o cometimento de uma infração penal não devem ser classificadas como fúteis²⁴.

Motivo torpe é o moralmente reprovável, repugnante, vil, ofensivo à moralidade média e ao sentimento ético social comum. Exemplo disso é furtar dinheiro para comprar cocaína²⁵

²² Barros, Flávio A. Monteiro de. Direito penal: parte geral. V.1, p. 494.

²³ Nucci, op. Cit., p. 245.

²⁴ Nucci, op. Cit., p. 246.

²⁵ Barros, op. Cit., p. 494.

B) FACILITAÇÃO OU ASSEGURAÇÃO DA EXECUÇÃO, OCULTAÇÃO, IMPUNIDADE OU VANTAGEM DE OUTRO CRIME

Trata-se da conexão entre dois ou mais crimes. Incide a agravante da conexão ainda que o crime fim não chegue a se iniciar. Basta a intenção do agente em realizá-lo.

As circunstâncias de facilitação (tornar mais fácil, sem grande dificuldade) e assecuração (garantir, tornar infalível) estão no mesmo contexto e constituem apenas uma gradação.

Ocultar o crime quer dizer encobri-lo para que ninguém dele se aperceba.

Impunidade é característica daquele que escapa à punição. Está se voltando a circunstância à autoria de outro delito.

Vantagem de outro crime refere-se ao proveito ou ao resultado lucrativo de outra infração.

C) TRAIÇÃO, EMBOSCADA, DISSIMULAÇÃO OU OUTRO RECURSO QUE DIFICULTE OU TORNE IMPOSSÍVEL A DEFESA DO OFENDIDO

São agravantes genéricas referentes ao modo de execução.

Traição é a consagração da deslealdade, isto é, a quebra da confiança que a vítima depositava no agente. A traição divide-se em material (ex: atacar pelas costas) e moral (ex: simulação de amizade).

Emboscada é a tocaia, o agente aguarda escondido a passagem da vítima, a fim de contra ela cometer o ilícito penal.

Dissimulação é o disfarce, a utilização de artifícios para se aproximar da vítima. Escondendo a vontade ilícita, o agente ganha maior proximidade de quem pretende atingir, podendo fingir amizade para atacar.

Por fim, o legislador se refere genericamente a qualquer outro recurso que dificulte ou impossibilite a defesa, cujo significado se extrai por meio de interpretação analógica recomendada pela lei.

Assim, na lição de Flávio A. Monteiro de Barros²⁶, a surpresa funciona como agravante genérica, porque é um recurso que dificulta ou torna impossível a defesa da vítima. Aliás, entre traição e a surpresa, a única diferença é a relação de confiança.

D) EMPREGO DE VENENO, FOGO, EXPLOSIVO, TORTURA OU OUTRO MEIO INSIDIOSO OU CRUEL OU DE QUE PODE RESULTAR PERIGO COMUM

São todos meios de cometimento da infração penal.

Veneno é a substância tóxica que perturba ou destrói as funções vitais, provocando dores agudas e morte lenta e agônica.

Fogo é a combustão ou qualquer outro meio que provoque queimaduras na vítima.

Explosão é toda substância inflamável que possa produzir explosão, estouro, detonação.

Tortura é o sofrimento físico ou moral na vítima, demonstrando a insensibilidade do agente, o sadismo.

Meio insidioso é uma formulação genérica que engloba qualquer meio pérfido, que se inicia e progride sem que seja possível percebê-lo prontamente. Trata-se do emprego de veneno, considerado meio insidioso por excelência.

Meio cruel é a imposição à vítima de sofrimento além do necessário para alcançar o resultado típico pretendido. Como espécie de crueldade destacam-se a tortura, o veneno e o fogo.

A crueldade é, lamentavelmente, exclusividade quase que absoluta do ser humano, merecendo especial consideração do juiz ao fixar a pena²⁷.

Meio de que possa resultar perigo comum é a situação que coloca em risco mais pessoas do que a visada pelo agente. Como espécies, pode-se mencionar

²⁶ Barros, op. Cit., p. 495.

²⁷ Nucci, op. Cit., p. 253.

novamente o fogo (o crime de incêndio é de perigo comum) e também o veneno (toda a água contaminada da caixa d'água de um prédio para atingir uma vítima).

E) OFENDIDO ASCENDENTE, DESCENDENTE, IRMÃO OU CÔNJUGE

No caso de crime cometido contra estas 4 figuras, aumenta-se a punição devido a maior insensibilidade moral do agente, que viola o dever de apoio mútuo existente entre parentes e pessoas ligadas pelo matrimônio.

O parentesco pode ser natural (consangüíneo) ou civil (adoção).

Quanto ao cônjuge, exige-se o casamento, sendo inadmissível concubinas e companheiros.

F) ABUSO DE AUTORIDADE OU PREVALÊNCIA DE RELAÇÕES DOMÉSTICAS, DE COABITAÇÃO OU HOSPITALIDADE

O abuso de autoridade é o abuso no campo do direito privado, ou seja, nas relações de autoridade que se criam entre tutor - tutelado, guardião - pupilo, curador - curatelado.

Relações domésticas são as ligações estabelecidas entre participantes de uma mesma vida familiar, podendo haver laços de parentesco ou não, como ocorre com a união estável.

Coabitação significa viver sob o mesmo teto, mesmo que por pouco tempo, o que se dá com estudantes que dividam um apartamento.

Hospitalidade é o vínculo que se estabelece entre as pessoas durante a estada provisória na casa de alguém, como a visita na casa de um amigo.

G) ABUSO DE PODER OU VIOLAÇÃO DE DEVER INERENTE A CARGO, OFÍCIO, MINISTÉRIO OU PROFISSÃO

Neste caso, o abuso de poder é o abuso de uma função pública, isto é, pressupõe no agente a qualidade de funcionário público. E ainda o delito deve ter sido praticado no exercício de sua função ou em razão dela.

Ministério é o exercício de atividade religiosa.

Profissão é uma atividade especializada, pressupondo preparo, devidamente regulamentada por lei, pois a agravante menciona violação de dever a ela inerente.

H) OFENDIDO CRIANÇA, MAIOR DE 60 ANOS, ENFERMO OU MULHER GRÁVIDA

A fragilidade dessas pessoas e a covardia do agente justificam a exasperação da pena.

Para isso ocorrer é fundamental haver nexos entre o crime praticado e a situação de inferioridade da pessoa ofendida.

Na lição de Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 258-259) lê-se que:

O furto de um veículo de pessoa idosa, estacionado na rua, faz com que a agravante deixe de incidir, uma vez que inexiste sentido lógico no seu reconhecimento. A situação da coisa ser subtraída não se liga a maior facilidade de consegui-la porque a vítima é pessoa maior de 60 anos. Fosse o proprietário um jovem de 20 anos de idade, o carro teria sido igualmente levado. Mas o roubo de pessoa idosa, uma vez que há contato pessoal entre ofensor e vítima, torna a subtração facilitada, incidindo a circunstância legal para elevação da pena.

Quanto a criança, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, é a pessoa que ainda não atingiu 12 (doze) anos de idade.

Quanto à pessoa maior de 60 anos²⁸, caso seja ela vítima de uma agressão física, é certo que incidirá a agravante, ainda que se cuide de indivíduo saudável, distante dos sinais da decrepitude. Abandonado foi o critério biológico, adotando pois o cronológico.

Enfermo é a pessoa que, em razão de alguma doença, encontra-se com debilidade em sua capacidade física ou mental.

Para o fim de aplicação da agravante é fundamental analisar, no caso concreto, qual moléstia está o sujeito acometido, pois se esta não diminui sua capacidade de resistência no tocante ao delito do qual foi vítima, então a circunstância de sua enfermidade deve ser desconsiderada.

Ainda, em relação ao deficiente, deve ser considerado pessoa enferma, para fins de aplicação da agravante.

A mulher grávida deve ser vista sob a dificuldade de se defender. Deve haver relação entre o estado de gravidez e o delito perpetrado. É necessário que o agente tenha consciência da gravidez, devendo, portanto, ser uma gravidez num estágio mais avançado, e não aquela de apenas alguns dias.

I) OFENDIDO SOB IMEDIATA PROTEÇÃO DE AUTORIDADE

A punição é mais severa ao agente pois pratica o crime desafiando a autoridade estatal, agindo o sujeito com maior audácia. Há um flagrante desrespeito do agente para com a autoridade que mantém a vítima sob sua proteção.

²⁸ Nucci, em sua obra *Individualização da pena*, p. 259-260, ressalta que houve mudança de nomenclatura, passando-se do termo velho, antes existente, que pressupunha um critério biológico de verificação, para o critério cronológico, segundo a Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso). A análise, anteriormente, era voltada à pessoa que atingiu a senilidade ou a decrepitude. Não se tratava de estabelecer uma idade cronológica, mas buscava-se um estado físico e psíquico que demonstrasse estar a vítima incapacitada de se defender.

J) OCASIÃO DE INCÊNDIO, NAUFRÁGIO, INUNDAÇÃO OU QUALQUER OUTRA CALAMIDADE PÚBLICA OU DE DESGRAÇA PARTICULAR DO OFENDIDO

O fundamento da agravante é a falta de solidariedade e fraternidade do agente, pois se vale de situações calamitosas para cometer o delito, bem como a situação de inferioridade em que se encontra a vítima.

L) EMBRIAGUEZ PREORDENADA

Dispõe o art. 28, II do Código Penal que não exclui a responsabilidade penal “a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos”, razão pela qual pune-se o agente que, completamente alcoolizado, ainda que não tenha noção do que faz, cometa um crime.

Pior, no entanto, é aquele que propositalmente se coloca nessa situação justamente para conseguir forças suficientes para o cometimento do delito.

5.2.2 Agravantes no caso de concurso de pessoas

O enunciado do art. 62 do CP deve ser compreendido como agravantes aplicáveis aos crimes cometidos por mais de uma pessoa, não necessariamente co-autores ou partícipes, uma vez que, como exemplifica Nucci (2005, p. 264):

Pode considerar presente a agravante no caso da autoria mediata por coação moral irresistível, não constituindo caso configurador de autêntico concurso de pessoas.

I – PROMOVE, OU ORGANIZA A COOPERAÇÃO NO CRIME OU DIRIGE A ATIVIDADE DOS DEMAIS AGENTES

Nesse dispositivo a lei pune o indivíduo que comanda, organiza ou favorece a prática de um crime.

O chefe ou o líder de uma quadrilha é mais perigoso, merecendo maior censura que o mero executor. Pune-se mais gravemente quem confere força à organização da atividade delituosa.

II – COAGE OU INDUZ OUTREM A EXECUÇÃO MATERIAL AO CRIME

Coagir é constranger ou forçar alguém a fazer algo, enquanto induzir é insinuar, persuadir outrem a fazer alguma coisa.

O coator ou indutor é mais perigoso do que o mero executor, pois, este sozinho, não cometeria o delito, mas coagido ou induzido termina por realizá-lo.

III – INSTIGA OU DETERMINA A COMETER O CRIME ALGUÉM SUJEITO À SUA AUTORIDADE OU NÃO-PUNÍVEL EM VIRTUDE DE CONDIÇÃO OU QUALIDADE PESSOAL

Instigar é fomentar ou reforçar uma idéia já existente. Determinar significa mandar, impor.

Exige-se que o autor do crime esteja sob a autoridade de quem instiga ou determina (subordinação pública, privada, religiosa, profissional ou doméstica).

O agente atua por instigação ou por determinação, aproveitando-se da subordinação do executor ou em virtude de sua impunidade (menoridade, doença mental).

IV – EXECUTA O CRIME, OU NELE PARTICIPA, MEDIANTE PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA

O agente que comete o crime ou dele toma parte pensa em receber algum tipo de recompensa.

A paga é prévia em relação à execução do crime. A recompensa é posterior.

Trata-se de uma hipótese de torpeza específica, já incluída na agravante genérica da torpeza constante do art. 61, II, “a”, CP.

5.2.3 Espécies de atenuantes

Como regra, as atenuantes são particularmente descritas pelo legislador, constando do rol do art. 65, CP. Mas não se esgotam nas nominadas as atenuantes previstas em lei, pois criou-se a hipótese inominada do art. 66, fornecendo um padrão que deverá ser preenchido, no caso concreto, pelo magistrado.

Discute-se na doutrina e jurisprudência a possibilidade de se reduzir a pena por meio de uma atenuante abaixo do mínimo legal fixado para o crime em análise.

A leitura do art. 65, CP especifica que: “são circunstâncias que *sempre* atenuam a pena: (...)”. Essa leitura leva os defensores da possibilidade dessa redução a argumentar que se o legislador usou o adjunto adverbial “sempre” é porque queria deixar claro que em toda e qualquer hipótese dever-se-á aplicar a atenuante. Mas não é o que ocorre na prática, já que a maior parte da jurisprudência tem preferido não reduzir a pena abaixo do mínimo legal e doutrinadores como Damásio, Flávio A. M. de Barros e Fernando Capez assim também entendem. A propósito, dispõe a Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

O quantum da diminuição não é indicado pela lei, reservando-se à discricionariedade do juiz, sendo que sua aplicação é obrigatória.

5.2.3.1 Atenuantes nominadas

I – AUTOR MENOR DE 21 E MAIOR DE 70 ANOS

É a principal atenuante e, segundo grande parte da doutrina e da jurisprudência, deve ela sobrepor-se a qualquer agravante, inclusive a da reincidência. A prova da maioridade se faz por qualquer documento hábil, como preceitua a Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça.

A entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/02), não influenciou nessa circunstância atenuante.

Réu menor é o que, ao tempo do crime, tem entre 18 e 21 anos. Leva-se em conta a idade do agente na data do fato.

É irrelevante que tenha havido antecipação civil do agente ou que esse tenha casado – o menor deve ser beneficiado pela atenuante.

O mesmo critério de idade fixa foi utilizado para a concessão da atenuante da senilidade, mencionando expressamente o maior de 70 anos, seja ele considerado velho ou não, ainda que esteja em perfeita forma física e estado mental.

Quanto ao maior de 70 anos, trata-se de pessoa que, diante da idade cronologicamente avançada, pode sofrer marcantes alterações que repercutem no seu estado psíquico, de forma que deixa de ser mentalmente o que sempre foi, podendo agir irracionalmente. Da mesma forma que o menor de 21 anos pode cometer o delito colhido pela imaturidade, o homem acima de 70 anos pode fazê-lo premido pelo abalo psíquico que a velhice pode trazer.

Ambos merecem maior condescendência para que tenham melhores condições de ressocialização.

II – DESCONHECIMENTO DA LEI

“O desconhecimento da lei é inescusável” (art. 21, primeira parte, CP), embora seja possível isentar de pena o agente que erre quanto à ilicitude do fato. A diferença entre “desconhecer a lei” e “errar quanto ao conteúdo da norma” concentra-se no fato de que a lei (norma escrita) é de conhecimento presumido, a partir do momento em que é publicada no Diário Oficial, para ciência geral.

Logicamente, em países de direito codificado, como o Brasil, as pessoas comuns não lêem o Diário Oficial, de modo que o conteúdo da norma é veiculado por outras formas. Através de informação, circulando por jornais, revistas, programas de rádio e televisão, nas salas de aulas e até mesmo nas conversas entre amigos, toma-se conhecimento do ilícito.

Quando a informação era possível de ser obtida com algum esforço do agente, nenhuma excludente ou causa de diminuição de pena será considerada, mas é razoável supor que há normas em desuso ou de rara utilização, motivo pelo qual tornam-se mais distantes do dia-a-dia. Nesse caso, viabiliza-se invocar o desconhecimento da lei, como critério residual, para atenuação da pena.

III – A) MOTIVO DE RELEVANTE VALOR SOCIAL OU MORAL

Relevante valor social leva em consideração interesses não exclusivamente individuais, mas de ordem geral, coletiva (interesse coletivo ou público). No caso de relevante valor moral, o valor em questão leva em conta interesse de ordem pessoal (interesse subjetivo do agente).

Difere esta atenuante da causa de diminuição prevista no contexto do homicídio e da lesão corporal (arts. 121, §1º, 129, § 4º), porque nestes últimos casos o agente atua impelido pelo motivo de relevante valor social ou moral dominado por violenta emoção. Enquanto a atenuante é mais branda, inexigindo

forte carga emocional que leve o autor ao cometimento do crime. Possui, como várias outras atenuantes, conteúdo residual à causa de diminuição da pena²⁹.

B) ARREPENDIMENTO

O arrependimento do agente, ao executar o crime, pode conduzi-lo ao arrependimento eficaz (art. 15), ao arrependimento posterior (art. 16) ou à mera aplicação da atenuante do arrependimento. Neste último caso, consumado o delito, não sendo cabível o arrependimento posterior, pode o agente tentar por sua espontânea (sincera) vontade amenizar ou até mesmo evitar as conseqüências do crime. Deve reparar o dano antes do julgamento ou agir para minorar os efeitos da infração penal logo depois de sua prática.

O arrependimento demonstra personalidade mais afável, menor periculosidade e maior chance de ressocialização.

A atenuante demanda espontânea vontade, ou seja, agir movido pela sinceridade de propósito e com eficiência para evitar ou minorar as conseqüências do crime, bem como, quando possível, reparar o dano. A ação há de ser pessoalmente realizada, pois, do contrário, ficaria praticamente impossível detectar a sua espontaneidade.

Nosso Código exige espontaneidade (aspecto subjetivo), mas também não abre mão da reparação ou atenuação dos males causados.

C.1) COAÇÃO RESISTÍVEL

Sendo a coação física ou moral, porém resistível, pode servir como atenuante. É plausível que alguém sofra uma coação que podia refutar, mas não o fez por alguma fraqueza ou infelicidade momentânea. Ainda que não mereça a absolvição ou uma maior redução de pena, deve ser punido com menor rigor.

²⁹ Nucci, op. cit., 271.

Nucci³⁰ ilustra o caso com um exemplo em que alguém furta um estabelecimento comercial pressionado por outrem, que ameaça contar à esposa do agente seu caso extraconjugal.

C.2) CUMPRIMENTO DE ORDEM DE AUTORIDADE SUPERIOR

O agente subordinado pode alegar tê-lo feito em estrito cumprimento de seu dever, o que serve para elidir a ilicitude da conduta (art. 23, III, CP). Pode, ainda, alegar ter agido sob pressão do superior, ainda que a ordem tenha sido de duvidosa legalidade, beneficiando-se da excludente de culpabilidade da obediência hierárquica (art. 22, CP).

No entanto, quando cumpre ordem, sendo esta de manifesta ilegalidade, embora sob pressão da autoridade superior, é cabível o reconhecimento da atenuante.

C.3) INFLUÊNCIA DA VIOLENTA EMOÇÃO PROVOCADA POR ATO INJUSTO DA VÍTIMA

Basta a influência de violenta emoção, vale dizer, um estágio mais ameno, mais brando, capaz de conduzir à perturbação do ânimo, bem como não se exige seja cometido o delito logo em seguida à provocação, cabendo um maior lapso de tempo entre a ação e a reação.

A atenuante é calcada em dois elementos conjugados: o subjetivo, representado pela violenta emoção, envolvendo o agente; o objetivo, retratado pelo comportamento provocador e injusto do ofendido.

³⁰ Op. cit., p. 276.

D) CONFISSÃO ESPONTÂNEA

Para valer como meio de prova a confissão precisa ser voluntária, isto é, livremente praticada, sem qualquer coação. Entretanto, para servir de atenuante, deve ser ainda espontânea, vale dizer, sinceramente desejada.

A espontaneidade somente tem sentido no contexto da sinceridade de propósito e não superficialmente no âmbito da iniciativa de agir. Afinal, quem age voluntariamente, atua através de seu próprio empreendimento, livre de qualquer coação.

E) INFLUÊNCIA DE MULTIDÃO EM TUMULTO NÃO PROVOCADO

É requisito essencial que o agente do crime não tenha provocado o tumulto no qual se viu envolvido, bem como não se aplica àqueles que, aproveitadores da situação de desordem, conduzem a massa.

5.2.3.2 Atenuante inominada

Trata-se de circunstância leal extremamente aberta, sem qualquer apego à forma, permitindo ao juiz imenso arbítrio para analisá-la e aplicá-la.

Diz a lei (art. 66, CP) constituir-se atenuante qualquer circunstância relevante, ocorrida antes ou depois do crime, mesmo que não esteja expressamente prevista em lei.

5.3 Fase terciária: causas de aumento e diminuição da pena

As causas de aumento e diminuição de pena são os últimos elementos a serem levados em conta na fixação da pena.

Apesar de encontrarem-se dispersas no Código, tanto na parte geral como na parte especial, são facilmente identificáveis por virem sempre expressas por uma fração (aumenta-se da metade, diminui-se de um a dois terços).

Primeiramente são aplicadas as causas de aumento de pena e, em seguida, as causas de diminuição.

5.3.1 Na parte geral

São as causas que aumentam ou diminuem as penas em proporções fixas.

O concurso de crimes está inserido na Parte Geral do Código Penal, como configurador de causas de aumento de pena.

Já as causas de diminuição da pena podem ser componentes do tipo derivado, como ocorre com a tentativa (art. 14, parágrafo único, CP), implicando em diminuição obrigatória da pena de um terço a dois terços, além de compor a descrição típica do delito.

Há, ainda, causas de diminuição não participantes do tipo, mas que devem ser consideradas pelo juiz, por imposição legal, como acontece com o erro de proibição evitável (art. 21, segunda parte) ou com o arrependimento posterior (art. 16).

5.3.2 Na parte especial

As causas de aumento e diminuição de pena da parte especial estão relacionadas no tipo penal que descreve o crime em análise, isto é, para determinados crimes, no tipo penal incriminador, existem causas de aumento e de diminuição específicas, levando à elevação ou redução obrigatória da pena, ainda que rompa o mínimo ou o máximo abstratamente previstos no preceito secundário.

No homicídio e na lesão corporal (arts. 121, § 1º e 129, § 4º, CP) existe a possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo.

5.4 Regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade

Após a fixação do *quantum* da pena definitiva, o regime inicial de cumprimento de pena será definido com base no art. 33 do Código Penal.

5.4.1 Regime fechado

O regime fechado caracteriza-se pelo cumprimento da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, §1º, “a”, CP), destinando-se à pena de reclusão.

A lei estabelece que as penas fixadas em montante acima de oito anos devem se iniciadas, necessariamente, em regime fechado (art. 33, § 2º, “a”).

A propósito, estabelece a Súmula nº 718 do Supremo Tribunal Federal que “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”.

O Código Penal, em seu art. 33, § 2º, “b” e “c”, fixa a obrigatoriedade de início da pena no regime fechado a todos os condenados reincidentes, ainda que a pena fixada seja inferior a oito anos.

Atualmente, a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) determina que o regime obrigatório para o integral cumprimento da pena seja o fechado (art. 2º, § 1º), o que será analisado em tópico à parte.

As regras do regime são previstas não somente no Código Penal, mas também na Lei de Execução Penal.

5.4.1.1 Regime disciplinar diferenciado

A Lei 10.792, de 01.12.2003, criou o denominado regime disciplinar diferenciado, já vigente no Estado de São Paulo, ao menos no presídio de segurança máxima de Presidente Bernardes, que abriga vários dos líderes das facções criminosas dominantes no sistema penitenciário.

O novo regime, inserido dentro do fechado, deve ser cumprido em total isolamento, devendo haver nos presídios equipamento de bloqueio de comunicação por telefone celular e outros aparelhos, além de detectores de metais para a submissão de qualquer pessoa que queira ingressar no estabelecimento, seja ocupante de cargo público ou não.

Caracteriza-se o regime disciplinar diferenciado pelo seguinte: a) duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; b) recolhimento em cela individual; c) visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, com duração de duas horas; d) direito de saída da cela para banho de sol por duas horas diárias (art. 52, I a V, LEP).

Serão encaminhados a esse regime: a) os presos provisórios ou condenados, que praticarem fato previsto como crime doloso; b) os presos, nacionais ou estrangeiros, provisórios ou condenados, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, § 1º, LEP); c) os presos, provisórios ou condenados, que estiverem envolvidos ou participarem (com fundadas suspeitas) de organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, § 2º, LEP).

A Folha Online³¹ publicou um artigo que trata sobre o Regime Disciplinar Diferenciado e um pronunciamento do Ministro da Justiça, Márcio Thomas Bastos, onde se lê que:

O ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, disse nesta quarta-feira que não considera inconstitucional o RDD (Regime Disciplinar

³¹ MATIAS, Andreza. Ministro da Justiça descarta inconstitucionalidade de RDD. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u125090.shtml>. Acesso em: 26 ago. 2006.

Diferenciado), ao qual está submetido o líder do PCC (Primeiro Comando da Capital), Marco Willians Herbas Camacho, o Marcola.

Nesta terça-feira (15) a Justiça de São Paulo acatou um pedido de habeas corpus, para a saída de Marcola do RDD. A 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça considerou o regime inconstitucional. Mesmo assim, Marcola permanecerá isolado.

Isso porque a decisão desta terça-feira diz respeito a um pedido de prolongamento da permanência do líder da facção criminosa no RDD feito em janeiro, pela SAP (Secretaria da Administração Penitenciária). Outro pedido de encarceramento dele no mesmo regime foi aprovado, entretanto, em maio e prorrogado por mais 30 dias segundo decisão judicial dada na última quinta-feira (10).

"Não considero [o RDD] inconstitucional. Considero uma medida dura, que tem de ser aplicada com cuidado", afirmou o ministro da Justiça. "A questão da constitucionalidade vai ser discutida, vai ser tratada nas instâncias próprias, que são as judiciais. Acredito que o governo de São Paulo vá recorrer às instâncias superiores e, em última instância, ao STF (Supremo Tribunal Federal)."

Marcola está preso no CRP (Centro de Reeducação Penitenciária) de Presidente Bernardes (589 km a oeste de São Paulo), onde vigora o RDD. Nesse sistema, o preso fica em cela individual 22 horas do dia sem direito a visita íntima e acesso a TV, rádio, jornal e revista. O banho de sol tem duas horas. Além disso, os agentes são proibidos de falar com presos --usam microfone no uniforme e são monitorados

5.4.2 Regime semi-aberto

O regime semi-aberto caracteriza-se pelo cumprimento da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, ficando o condenado sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, não mais sendo necessário o isolamento durante a noite.

É admissível o trabalho externo e a freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

A saída temporária é viável para visita à família, freqüência aos cursos mencionados e para participação em atividades que concorram para a sua ressocialização (art. 122, LEP). Os requisitos para obter a autorização de saída estão previstos no art. 123, I, II, e III da LEP.

Podem ingressar, desde o início, no regime semi-aberto, os condenados a pena de detenção, qualquer que seja o seu montante (art. 33, caput, CP), bem

como os sentenciados a penas de reclusão que não ultrapassem oito anos, desde que não sejam reincidentes.

É possível também atingir este regime pela progressão, dentro do processo de individualização executória da pena, desde que haja merecimento, apurado pelo bom comportamento carcerário.

5.4.3 Regime aberto

Trata-se de regime de cumprimento de pena baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. Deve ser cumprido em Casas de Albergado, prédios situados em centro urbanos, caracterizando-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga (arts. 36, CP; 93 a 95, LEP), contendo lugares apropriados para cursos e palestras.

O condenado deve recolher-se a Casa durante o período noturno e nos dias de folga, estando liberado para trabalhar ou estudar fora do estabelecimento, sem qualquer vigilância, durante o dia.

5.5 Regime fechado integral previsto na lei dos crimes hediondos

O art. 2º da Lei 8072/90 impõe que “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida em regime fechado”. Os delitos aos quais se refere são hediondos, enumerados no art. 1º da referida Lei, acrescidos do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e do terrorismo³².

³² Na redação original inclui-se o crime de tortura, embora com o advento da Lei 9455/97, tenha sido permitida a fixação do regime inicial fechado para esse delito, o que o exclui, portanto da previsão da Lei dos Crimes Hediondos, permitindo a progressão. Ou seja, o art. 1º, § 7º da Lei de Tortura, dispõe que o condenado por crime de tortura iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. Assim, a interpretação que se faz é que, ao contrário do art. 2º, § 1º da Lei dos Crimes Hediondos, a Lei de Tortura, admite a progressão de Regime nos casos de condenação pela prática deste delito.

Trata-se de disposição flagrantemente inconstitucional, pois fere o princípio da individualização da pena, já que individualizar implica em eleger a espécie de pena, seu *quantum* e o regime inicial para o seu cumprimento.

Sabe-se que a individualização passa por três fases: legislativa, judiciária e executória. Se o legislador define que todo condenado por crime hediondo cumprirá sua reprimenda necessariamente em regime fechado, fere o princípio da individualização da pena e até mesmo o da divisão dos poderes, pois a fixação da pena ao caso concreto cabe ao Poder Judiciário e não ao Poder Legislativo. Por outro lado, cabe ao juiz da execução conceder a progressão de regime para aqueles condenados de bom comportamento prisional e negá-lo para os de mau comportamento. O legislador ao tratar igualmente casos concretos desiguais fere visivelmente o princípio constitucional da individualização da pena.

O Supremo Tribunal Federal se posiciona da seguinte forma: até fevereiro de 2006 seu entendimento era de que o art. 2º, § 1º estava revestido de constitucionalidade em razão do seguinte argumento: a lei ordinária poderia fixar os parâmetros de cumprimento de pena, sendo que, se o legislador infra-constitucional optou por cumprimento integralmente no regime fechado em casos de crime hediondo, sua definição é legítima pois teria a prerrogativa de cuidar de regimes prisionais. Assim, na antiga ótica do STF, não havia violação do princípio da individualização da pena. HC nº 69657 e 69603.

Em 23 de fevereiro de 2006, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8072/90 que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos.

O assunto foi analisado no *Hábeas Corpus* (HC) nº 82959:

Lei 8.072/90: Art. 2º, § 1º - 4

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de habeas corpus e declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal — v. Informativos 315, 334 e 372. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba

tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º). Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiam a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. **HC 82959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 23.2.2006. (HC-82959)**³³

O Superior Tribunal de Justiça entendeu ser inconstitucional a vedação de progressão da Lei dos Crimes Hediondos:

CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME.

A Turma, por unanimidade, entendeu ser possível conceder a **progressão** de **regime** prisional aos condenados por **crimes hediondos** (art. 112 da Lei n. 7.210/1984 e art. 33, § 2º, do CP). Precedente citado: HC 34.652-PR, DJ 1º/2/2005. **HC 49.740-MS, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 7/3/2006.**³⁴

QUESTÃO DE ORDEM. REMESSA. SEÇÃO. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO.

Pela relevância do tema, a Turma deliberou, em questão de ordem, remeter o HC à apreciação da Terceira Seção. Note-se não haver divergência entre as Turmas da Seção quando a sentença estabelece que o **regime** é fechado, **regime** legal previsto na Lei n. 8.072/1990, sem fazer menção ao termo “inicialmente”. A exceção, tanto na Quinta Turma quanto na Sexta Turma, surge quando se usa, na sentença, o termo “inicialmente fechado”, sendo que não há recurso da acusação e a divergência é quando dito na sentença “**regime** fechado” sem qualquer remissão aos **crimes hediondos**, que alguns entendem, nesse caso, poder haver **progressão**. **HC 38.423-PR, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, em 7/4/2005.**³⁵

³³ Informativo de jurisprudência do STF nº 417.

³⁴ Informativo de jurisprudência do STJ nº 276.

³⁵ Informativo de jurisprudência do STJ nº 241.

Em dezembro de 2005 o Superior Tribunal de Justiça concedeu *Hábeas Corpus*³⁶ que garantia o direito de progressão de regime prisional ao famoso seqüestrador chileno Norambuena.

HC nº 42802:

Resumo Estruturado

CABIMENTO, PROGRESSÃO DE REGIME / HIPÓTESE, CONDENÇÃO, RÉU, POR, CRIME HEDIONDO / NECESSIDADE, INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA, LEI DOS CRIMES HEDIONDOS; APLICAÇÃO, ARTIGO, CÓDIGO PENAL, E, ARTIGO, LEI DE EXECUÇÃO PENAL, PREVISÃO, PROGRESSIVIDADE, REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA; OBSERVÂNCIA, OBJETIVO, LEI, REABILITAÇÃO, CONDENADO, E, PRINCÍPIO, INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

(VOTO VENCIDO) (MIN. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA)

DESCABIMENTO, PROGRESSÃO DE REGIME, REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA / HIPÓTESE, CONDENADO, EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO, CRIME HEDIONDO / DECORRÊNCIA, CONSTITUCIONALIDADE, ARTIGO, LEI DOS CRIMES HEDIONDOS, PROIBIÇÃO, PROGRESSÃO DE REGIME, E, EXIGÊNCIA, CUMPRIMENTO DA PENA, REGIME INTEGRALMENTE FECHADO; INAPLICABILIDADE, LEI FEDERAL, 1997; OBSERVÂNCIA, ENTENDIMENTO, STF, E, STJ.

5.6 Confronto entre as penas alternativas e os crimes hediondos

Sobre a admissibilidade ou não da aplicação das penas restritivas de direitos aos crimes hediondos e aos a eles equiparados, existem duas posições: uma que entende ser inadmissível a substituição a esses delitos, e uma outra a favor da substituição. Ressalte-se que a discussão refere-se apenas aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e a falsificação de produtos terapêuticos ou medicinais na modalidade tentada, pois, os demais sempre terão pena superior a permitida para a substituição. Vejamos:

³⁶ Disponível em: www.stj.gov.br

1ª) Inadmissível a aplicação das penas restritivas de direitos aos delitos de falsificação de produtos terapêuticos ou medicinais na modalidade tentada e ao tráfico de entorpecentes, ambos previstos na lei dos crimes hediondos.

Cezar Roberto Bitencourt³⁷, adepto desta corrente, explica que a política dos crimes hediondos é de exasperação de penas e endurecimento dos regimes, sendo que, no pólo oposto, encontra-se a Lei nº 9714/98, que visa evitar a pena de prisão.

Ademais, ensina que os crimes hediondos têm em si uma violência ficta, que o desvalor da ação presume a violência. No entanto, o que desautorizaria a substituição seria a natureza da própria infração penal, não importando a natureza da violência, seja real ou ficta.

Mirabete também entende pela impossibilidade de aplicação argumentando que se o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8072/90 exige que a pena privativa de liberdade seja cumprida em regime integralmente fechado, haveria um paradoxo permitir a substituição, vez que, é vedado o cumprimento em regime semi-aberto e aberto.³⁸

Os fundamentos sobre os quais se apóiam os doutrinadores e as jurisprudências para sustentarem essa posição são:

- o disposto no art. 2º, §1º, da Lei nº 8072/90, onde o legislador estabeleceu que a pena deverá ser cumprida integralmente em regime fechado. Feito isso, por certo que vedou qualquer possibilidade de substituição, posto que, ocorrendo esta hipótese, certamente a pena imposta não seria cumprida da forma como prevista.

- “lex generalis non derogat lex specialis”. É o que preceitua o art. 12, CP : “As regras gerais deste código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.”. A alteração genérica da legislação, sem explicitações acerca das leis especiais, não pode derogar textos destas últimas. Considera-se a Lei nº 9714/98 como regra geral, e a

³⁷ Op. cit., p. 103-104.

³⁸ Na obra Manual de direito penal 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.278.

Lei nº 8072/90 como norma específica, esta, prevalecendo sobre aquela.

- a Lei nº 9714/98, em sua exposição de motivos exclui crimes de maior gravidade, sendo que se incluem como de maior gravidade os crimes hediondos e a estes equiparados, nos termos do art. 5º, XLIII, da CF.

2ª) **Admissível** a aplicação da penas restritivas de direitos a ambos os delitos: falsificação de medicamentos e tráfico, previstos na Lei dos Crimes Hediondos.

Damásio³⁹, partidário, desta posição, entende que as penas alternativas não são absolutamente incompatíveis em alguns casos, e ademais, quando satisfeitos os requisitos objetivos e subjetivos exigidos no art. 44, I, II e III.

Rebate ele as teses mais utilizadas pela posição contrária, argumentando que, em primeiro lugar, o disposto no art. 2º, §1º, da Lei nº 8072/90, segundo o qual a pena deve ser cumprida integralmente em regime fechado, não é óbice à substituição, tendo em vista que as penas restritivas de direitos são autônomas, de natureza alternativa, não guardando nenhuma relação com os regimes de execução, que são próprios da pena privativa de liberdade. Sendo assim, se o juiz aplicar a pena privativa de liberdade a um dos crimes elencados na Lei nº 8072/90, incide esta mesma lei. Se, presentes os requisitos legais, o juiz substitui a privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, não há que se falar em regimes, pois estes não se enquadram na política das Penas Alternativas. Acrescenta ainda que "... a Lei dos Crimes Hediondos disciplina a 'execução da pena privativa de liberdade', não se relacionando com os pressupostos de aplicação das penas alternativas".

Também entende dessa forma o ilustre doutrinador Luiz Regis Prado.⁴⁰

Aplicada pena privativa de liberdade não superior a dois anos, é direito do apenado a concessão do sursis, devendo se manifestar o juiz sobre a concessão ou não do benefício sob pena de nulidade da sentença. Assim, aplicando-se analogicamente o dispositivo acima citado no que diz respeito à substituição da

³⁹ Citado por Damásio em seu artigo: "Os Crimes Hediondos e Assemelhados admitem Penas Alternativas?" Disponível em: <<http://www.damasio.com.br>>. Acesso em: .Ago. 2006.

⁴⁰ Op. cit., p. 393.

pena privativa de liberdade por restritiva de direito, deve o juiz nos casos de condenações de até quatro anos, analisar fundamentadamente a possibilidade de substituição sob pena de nulidade.

Assim, a doutrina inclina-se pela aplicação das penas restritivas de direitos aos crimes definidos como hediondos ou equiparados no que diz respeito aos delitos de falsificação de medicamentos e mais especialmente ao tráfico de entorpecentes e drogas afins, que é onde se concentram as maiores discussões.

Nesse sentido⁴¹:

Crime Hediondo e Substituição de Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos - 2

O Min. Gilmar Mendes, relator, concedeu o writ para que, afastada a proibição, em tese, de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, o Tribunal a quo decida fundamentadamente acerca do preenchimento dos requisitos do art. 44 do CP, em concreto, para a substituição pleiteada. Reportando-se aos fundamentos de seu voto no julgamento do HC 82959/SP, no sentido de que o modelo adotado na Lei 8.072/90 não observa o princípio da individualização da pena, já que não considera as particularidades de cada pessoa, sua capacidade de reintegração social e os esforços empreendidos com fins a sua ressocialização, e, salientando que a vedação da mencionada lei não passa pelo juízo de proporcionalidade, concluiu que, afastada essa vedação, não há óbice à substituição em exame, nos crimes hediondos, desde que preenchidos os requisitos legais. Citou, ainda, a decisão proferida no HC 84928/MG (DJU de 11.11.2005), no qual assentado que, somente depois de fixada a espécie da pena (privativa de liberdade ou restritiva de direito) é que é possível cogitar do regime de seu cumprimento. Acompanharam o voto do relator os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Marco Aurélio. Em divergência, o Min. Joaquim Barbosa, acompanhado pelos Ministros Carlos Velloso e Celso de Mello, denegou a ordem, invocando o entendimento perfilhado no julgamento do HC 83627/SP (DJU 27.2.2004) pela impossibilidade da substituição da pena, tendo em conta o disposto na Lei 8.072/90. Em seguida, o Tribunal, por maioria, acolhendo proposta do Min. Marco Aurélio, concedeu a liminar para que a paciente aguarde o julgamento em liberdade. Vencidos, no ponto, os Ministros Carlos Britto, Carlos Velloso e Celso de Mello que a indeferiam. O julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Carlos Britto. HC 85894/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 30.11.2005. (HC-85894)

⁴¹ Informativo de jurisprudência do STF, nº 411

Inconcebível deixar de anotar que, se já é possível a progressão de regimes dada a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos – Lei nº 8072/90, o que impediria, então, a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos nos crimes hediondos, uma vez que nossos tribunais já têm decisões neste sentido?

Se o mais grave já é concedido, não tem porquê não haver a substituição.

Deve prevalecer, acima de tudo, o Princípio da Individualização da Pena.

CONCLUSÃO

A individualização da pena, preceito constitucional e determinação legal, é processo judiciário discricionário, embora juridicamente vinculado, bem como devidamente fundamentado, contendo inúmeros elementos sujeitos a abordagem do magistrado por ocasião da sentença condenatória.

Verifica-se que nos últimos anos há uma tendência de muitos magistrados, de primeiro grau ou de instância superior, adotarem a denominada política de pena mínima, cuja responsabilidade é do Poder Judiciário.

Sendo assim, são ignorados os elementos e critérios fornecidos pela lei penal para a escolha, entre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, da pena ideal e concreta a cada réu.

O artigo 59 do Código Penal menciona oito elementos juntamente com quatro incisos, e se for realmente cumprido, provoca a aplicação da pena em parâmetros diferenciados para os acusados submetidos a julgamento.

Embora ainda predominante, a padronização é contrária à individualização da pena, princípio constitucional, de modo que é preciso mudar essa conduta.

Para encontrar elementos suficientes para a justa individualização da pena, o juiz deve coletá-los ao longo da instrução, não se preocupando unicamente com a colheita da prova da materialidade do delito e de sua autoria.

A pena-padrão, o regime-padrão, enfim, a automatização dos julgamentos e o cerceamento da atividade individualizadora do juiz, em qualquer fase do processo – conhecimento ou execução – é um desserviço à esfera do direito penal, que prima pela individualização, até porque é princípio constitucional, erigido a cláusula pétrea.

Há de salientar a fundamentação da individualização da pena na sentença. O art. 93, inciso IX, da CF, estipula que “todos os julgamentos

dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”.

Posto isto, a individualização fundamentada da pena é dever do juiz, seja para fixá-la no mínimo, seja para estabelecê-la em patamares superiores à base e até para dar uma satisfação legítima à sociedade, demonstrando que soube dar a cada um o que é seu, princípio basilar de justiça, não equiparando os desiguais.

Isso tudo deve prevalecer, pois não há dúvida de que as partes têm o direito indeclinável de conhecer os motivos, as razões e os fundamentos sobre os quais o juiz construiu a medida da pena, pois, se assim não fosse, haveria o puro arbítrio abusivo do Estado, incompatível com a transparência desejada na atuação de qualquer Poder da República.

A fundamentação da sentença deve voltar-se tanto à parte referente à culpa do réu quanto ao tópico relativo à fixação da pena. Individualização sem fundamentação é procedimento aleatório inadmissível num Estado Democrático de Direito e a sentença sem a devida fundamentação sobre a aplicação da pena leva a nulidade absoluta em virtude de ferir uma norma constitucional.

Se o magistrado colher dados concretos, abandonar o comodismo de não levá-los em conta e as partes deixarem de se conformar com penas-padrão, é impossível que a referida política continue em vigor, dando lugar a individualização que é exigida pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Direito Penal: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

BECARIA, Cesare Bonasena Marchesi di, 1738-1794. Dos delitos e das penas/ tradução de Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas Penas Alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei nº 9714/98. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Tratado de direito penal. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.

BRASIL, Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. DF. 11 de jul. 1984.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 1.

DOTTI, René Ariel [et. al.]. Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9714, de 25.11.1998. São Paulo: RT, 1999. Outros autores: Miguel Reale Júnior, Francisco Assis de Toledo, Sérgio Salomão Shecaria, David Teixeira, Maurício Antonio Ribeiro Lopes.

FRANCO, Alberto Silva (coord.), STOCO, Rui (coord.). Código penal e sua interpretação jurisprudencial. v. 1, parte geral, 7ª ed., ver., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2001.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal: parte geral. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7.

JESUS, Damásio E. de. Penas alternativas: anotações à lei nº 9714, de 25 de novembro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1999.

JESUS, Damásio E. de. Direito penal: parte geral. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Os Crimes Hediondos e Assemelhados Admitem Penas Alternativas? Disponível em: <http://www.damasio.com.br>, Maio/2000.

JURISPRUDÊNCIAS. <http://www.stj.gov.br>.

_____. <http://www.stf.gov.br>

LUIZI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Sete Mares, 1991.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Código penal interpretado. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Manual de direito penal. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. São Paulo: RT, 2005.

PRADO, Luis Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral: arts. 1º a 120. 2ª ed. ver., atual. Ed ampl., 2ª tir. São Paulo: RT, 2001, v. 1.

SHECARIA, Sérgio Salomão e CORRÊA, Alceu Junior. Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: RT, 1995.

SILVA, Jorge Vicente. Manual da Sentença Penal Condenatória. Curitiba: Juruá Editora, 2004.