

DIREITO PENAL



Individualização da Pena Privativa de Liberdade

*JOÃO BATISTA TEIXEIRA**

Sumário

1. Individualização da pena privativa de liberdade.

- 1.1. Necessidade de se individualizar a pena.
- 1.2. Fundamentação.
- 1.3. Pressupostos à imposição da pena.
- 1.4. Injunções para se individualizar a pena (art. 59 CP brasileiro)
- 1.5. Regras procedimentais individualizadoras da pena (art. 68 do CPB).

2. Primeira fase – pena-base (circunstâncias judiciais do art. 59 CPB).

- 2.1. Culpabilidade.
- 2.2. Antecedentes.
- 2.3. Conduta social.
- 2.4. Personalidade.
- 2.5. Motivos do crime.
- 2.6. Circunstâncias.
- 2.7. Consequências.
- 2.8. Comportamento da vítima.
- 2.9. Valoração das circunstâncias judiciais.

3. Segunda Fase – Pena-ambulatoria (Circunstâncias Legais).

- 3.1. Circunstâncias atenuantes (arts. 65 e 66, do CPB).
 - 3.1.1. Idade do agente.
 - 3.1.2. Desconhecimento da Lei.
- 3.1.3. Motivo de relevante valor social ou moral.
- 3.1.4. Arrependimento ou reparação do dano.

* Desembargador do TJDF e Professor Doutor em Direito Penal pela Universidade Autónoma de Lisboa. Professor da Universidade Católica de Brasília da Cadeira de Direito Penal I e II e Coordenador da Revista “Direito em Ação”

3.1.5. Coação resistível, ordem superior e violenta emoção. 3.1.6. Confissão espontânea.

3.1.7. Influência de multidão em tumulto.

3.1.8. Atenuantes genéricas (art. 66 do CPB).

3.2. Circunstâncias agravantes (artigos 61 e 62 CPB).

3.2.1. Reincidência.

3.2.2. Motivo fútil ou torpe.

3.2.3. Facilitar ou assegurar o sucesso de outro crime.

3.2.4. Traição, emboscada e dissimulação.

3.2.5. Meios insidiosos, cruéis e perigosos.

3.2.6. Ascendente, descendente, irmão ou cônjuge.

3.2.7. Abuso de autoridade ou relações domésticas.

3.2.8. Abuso de poder ou violação de dever.

3.2.9. Contra criança, maior de sessenta anos, enfermo ou grávida.

3.2.10. Ofendido sob proteção da autoridade.

3.2.11. Calamidade ou desgraça particular.

3.2.12. Estado de embriaguez preordenada.

3.2.13. Agravante no concurso de pessoas.

3.3. Valoração das Circunstâncias Legais.

4. Terceira Fase – pena-definitiva (causas de diminuição e de aumento da pena e a tentativa)

1. Individualização da pena privativa de liberdade

O processo de individualização da pena privativa de liberdade tem por objetivo possibilitar ao magistrado determinar que a pena se ajuste ao caso concreto, isto é, que se apresente necessária, bastante e suficiente à reprovação e à prevenção doutros delitos, com vistas à socialização do recluso. Deve a reprimenda mostrar-se ajustada às circunstâncias objetivas e subjetivas que envolveram a prática do crime, incluídas as de caráter pessoal do apenado e a contribuição do lesado, da vítima ou do ofendido, para o sucesso da empreitada criminoso.

O princípio da individualização da pena foi acolhido no Brasil, onde o inciso XLVI do art. 5º da CF decreta que: “a lei regulará a individualização da pena [...]”. Da forma como está redigida a disposição constitucional destacada, levando-se em conta a abrangência que a lei sugere seja alcançada pela individualização, nas alíneas de *a* a *e*, haver-se-á de concluir que a proposta constitucional comporta três momentos distintos: o do Poder Legislativo, em que o legislador adota a edição da norma penal em abstrato; o do Poder Judiciário, quando o juiz concretiza a pena valendo-se da cominação abstrata prevista para o crime cometido pelo agente posto em julgamento; e o do Poder Executivo, quando o apenado lhe é entregue para cumprimento da reprimenda. Como já alinhado oportunamente, o primeiro momento (legislativo) e terceiro momento (da execução da pena) não se inserem nos objetivos deste trabalho, restando considerar apenas a aplicação do castigo penal pelo Poder Judiciário. De igual sorte, haver-se-á de restringir a análise da questão somente à pena privativa de liberdade, pois a pena pecuniária, em suas diversas modalidades (cumulativas, alternativas ou substitutivas),

não afeta, de forma direta, a prisão do cidadão, tema central do estudo *sub examine*. As regras fundamentais que presidem a individualização da pena privativa de liberdade encontram-se nos artigos 59 e 68 do CP brasileiro.

A determinação do *quantum* a ser aplicado traveste-se numa das mais importantes tarefas que o sistema jurídico-penal confia ao juiz e, para essa missão, confere-lhe a discricionariedade que se atrela aos critérios limitadores (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e outros) e aos princípios, que, em conjunto, acabam por caracterizar um verdadeiro programa de política-criminal a determinar eleição de pena necessária e suficiente para reprovar e prevenir a ocorrência de novos delitos, isto é, pena justa².

1.1. Necessidade de se individualizar a pena

Nem sempre a individualização da pena se fez ou se faz necessária. Nos códigos em que a pena privativa da liberdade se apresenta fixa, isto é, em quantitativo certo e determinado, sem prever variáveis (pena mínima e máxima) não há que se falar em sua individualização. Não há que se falar, também, na individualização da pena quando a multa é a única prevista e fixada em valor certo e determinado, que não comporta variações.

No Direito Germânico antigo, ao tempo da lei das doze tábuas, como também na época *Questiones perpetuae*, não havia

2 QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. São Paulo (SP): 2 ed. Editora Saraiva, 2005. Parte Geral. p. 326. “Junto com a apreciação da prova e a aplicação do preceito jurídico-penal aos fatos provados, a individualização representa o ápice da atividade decisória, devendo o juiz, ao fazê-lo, livrar-se, tanto quanto possível, de preconceitos, simpatias e emoções e orientar sua decisão por critérios exclusivamente objetivos de valoração.”

espaço para a fixação da qualidade e da quantidade de censura penal, posto que os castigos eram fixos³. Continuaram fixas as penas ao longo da Idade Média, inclusive nas Ordenações Carolina. Na legislação do período imperial dominava o sistema de penas relativamente determinadas. Foi no período imperial, com a ampliação da *extraordinaria cognitio* (284 d.C. a 565 d.C.), que ao juiz foi conferida a atribuição de graduar a reprimenda conforme as circunstâncias do caso concreto. Tudo começa a mudar definitivamente a partir da legislação do século XIX.

Assim foi também no Direito Romano, em que não havia penas alternativas nem variáveis, com multa prevista em valor certo, sem espaço para a individualização da pena⁴. Mister destacar, contudo, que Roma conheceu, de certo modo, a individualização da pena no processo público da plebe, em que o árbitro dispunha de poder exacerbado para impor a censura. De igual forma, ao tempo do Principado (27 a.C a 284 d.C.), o Tribunal dos Cônsules, do Senado e do Imperador tinham o poder de atenuar ou de agravar a pena como entendessem, daí os arbítrios. Surgem, na sequência,

3 LISZT, Franz Von. Tratado de Direito Penal Alemão. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro (RJ): Briguet C. Editores, 1989, p. 442/445, “A história nos ensina que essa determinação estabelecida a princípio pela lei de um modo definitivo, absoluto, só no decurso do desenvolvimento foi abrindo espaço à graduação da pena pelo juiz. Assim, tanto a legislação das 12 taboas, como a do tempo da *Questiones perpetuae* não admitiam outra alternativa, que não a imposição ou a não imposição da pena inalteravelmente fixa pela lei; [...]. Na idade média alemã e até onde alcança o direito estatuído, também só se encontram cominações absolutas, mas supridas pelo ‘julgar segundo graça’. Em substância, outro tanto pode-se dizer da Carolina. A graduação judiciária da pena só tomou importância no direito comum posterior em razão de ir-se alargando mais e mais o campo das penas arbitrárias e de aparecerem novas penas em lugar das que tinham sido cominadas pela Carolina; [...]. Na legislação imperial o número e a importância das cominações absolutas são secundárias: encontram-se somente nos casos em que tem aplicação a pena de morte [...]. Também na legislação imperial domina o sistema da escala penal ou das cominações penais relativamente determinadas. [...]”

4 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Rio de Janeiro. (RJ): 7 ed. Forense, 1985. A Nova Parte Geral. “No mais antigo direito romano não havia penas alternativas e a multa era imposta com referência a um valor ou a uma cifra. Assim sendo, não havia lugar para o exercício do poder de fixar a sanção.” [...] “No processo público da plebe, no entanto, existe, sob certas formas, o poder arbitrário de fixar as penas. Sob o Principado, o tribunal dos cônsules, do Senado e do Imperador tinham poder de atenuar ou de agravar, como entendessem, a pena legal (Mommsem).”

os juízes *extra ordinem*⁵, que procediam com ampla liberdade, tanto no rito processual quanto na aplicação da pena, podendo levar em conta as circunstâncias e a personalidade do agente.

Nos tempos das monarquias absolutas (284 d.C. a 565 d.C), a indeterminação das penas era a regra e aos juízes cabia, livremente, escolher as reprimendas a serem aplicadas. Isto se devia ao fato de o rei cumular as funções legislativa e judiciária, podendo delegar poderes aos seus ministros. O rei não era apenas legislador, mas também o juiz supremo⁶. Contra esse estado de arbitrariedades é que se insurgiram Montesquieu e Beccaria, procurando afastar o abuso judicial, sustentando que o juiz, por não ser legislador, não deveria ter qualquer poder de modificar as sanções. Beccaria entendia que os juízes não deveriam sequer ter o direito de interpretar as leis⁷.

Ocorreu, desta forma, um movimento pendular na história. Passa-se de um extremo - o julgador podia tudo - a outro, em que o juiz nada podia nem mesmo interpretar a lei. O Código francês de 1791 estabeleceu penas fixas, restando ao juiz atividade puramente mecânica. A abertura para a humanização da pena, na França, originou-se com a lei de 09.09.1789, e se efetivou com o Estatuto Penal, de 1810, que previu circunstâncias agravantes e atenuantes para permitir a graduação da pena. Em verdade, o direito antigo também previa circunstâncias agravantes e atenuantes. O amplo poder

5 O processo da *cognitio extra ordinem* que é responsável pelo surgimento dos juízes *extra ordinem*, no período pós-clássico de 284 d.C. a 565 d.C., que autorizava o julgador a afastar das regras da antiga *ordo* (*ordo iudiciorum privatorum*) marca a transição do direito romano privado para o público.

6 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 333. “Nos tempos da monarquia absoluta era frequente a indeterminação legal das penas, entregues ao *merum arbitrium* dos juízes. Escrevendo sobre o direito penal da monarquia absoluta na Espanha (séculos XVI a XVIII), Tomás y Valiente assinala que isso se explicava pela concepção cumulativa do poder do rei, e pela possível delegação do mesmo aos ministros.”

7 BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e da Pena. São Paulo (SP): 2 ed. Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 32. “Quarta consequência. A autoridade de interpretar leis penais não pode ser atribuída nem mesmo aos juízes criminais, pela simples razão de que eles não são legisladores.”

do rei e o arbítrio judicial, que prevaleciam, tornavam inteiramente secundária a graduação da pena que se procurava aplicar.

1.2. Fundamentação

A obrigação de o julgador fundamentar a medida da pena é tema que mereceu tratamento constitucional, como se infere do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal brasileira⁸. O ordenamento jurídico-penal brasileiro outorga ao juiz o dever de aplicar o castigo penal, com o propósito de realizar os fins da pena, segundo apregoa o Estado de Direito em viabilizar a pena justa. Fala-se em arbítrio, contudo, o juiz exerce um poder discricionário, embora limitado, posto estar adstrito à aplicação de justa pena. O que separa o arbítrio da discricionariedade judicial é a obrigação de motivar a aplicação da pena⁹.

A motivação da sentença é exigência de todas as legislações modernas. A motivação atua na **defesa do cidadão** contra a arbitrariedade do juiz. É, também, **garantia do Estado**, que direciona o processo individualizador da pena ao Poder Judiciário, mas se reserva a fiscalizar a exata e correta administração da justiça. Por fim, a fundamentação da pena materializa a **proteção do juiz** contra a suspeita de arbitrariedade, parcialidade e injustiça. O condenado tem o direito de saber por que está sendo punido e por que recebe determinada pena, daí a nulificação de sentenças não

8 DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro (RJ): 2 ed. Forense, 2004. Parte Geral, p. 512 “A CF estabelece que ‘todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (art. 93, IX).’”

9 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 335. “Os tribunais têm anulado repetidamente decisões que não justificam adequadamente a pena imposta acima do mínimo (Fragoso, ‘Jur. Crim.’, nº 491). [...] Confere a lei ao juiz poder discricionário para que ele possa atender às exigências de adequação da pena que defluem dos valores estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Não há aqui poder arbitrário e o juiz não pode fixar a pena a seu capricho. A motivação é o diafragma que separa o poder discricionário do arbítrio (Bricola).”

devidamente fundamentadas. Os tribunais anulam as sentenças que não justificam as penas impostas acima do mínimo legal. A pena fixada no mínimo legal também deve ser justificada, para que a acusação possa impugnar a decisão adequadamente.

1.3. Pressupostos à imposição da pena

A imposição da pena, segundo a teoria finalista da ação, bem como a estrutura que a mesma recebeu no CP brasileiro está condicionada à culpabilidade do autor do delito. É o que se percebe do parágrafo único do art. 18 do CP, quando disciplina que: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Na fixação do castigo penal, a qualidade e a quantidade de reprimenda está delimitada e deve ser avaliada segundo o grau de censurabilidade da conduta que é a culpabilidade. A periculosidade constitui pressuposto para a imposição da medida de segurança e há de ser avaliada, no caso concreto, em face do sujeito autor do delito.

Para que se possa impor pena, necessário se faz a verificação da culpa, isto é, da culpabilidade. Em sua função de sinalizar a possibilidade de imposição da pena, a culpabilidade demanda que sejam analisados os requisitos da **imputabilidade**, da **potencial consciência da ilicitude** e da **exigibilidade de conduta diversa**. Presentes tais requisitos, a pena pode ser imposta.

Cumprido acrescentar que a culpabilidade, como acolhido pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro, para além de funcionar

como pressuposto da pena, a possibilitar ou a impossibilitar a aplicação da censura, em várias disposições legais, assume a função de limitar a pena (medida da pena), de maneira a permitir seja a pena mais ou menos elevada ou gravosa, a exemplo do que consta do *caput* do art. 29 e do *caput* do art. 59, ambos do CP brasileiro. A análise da culpabilidade, quando ela assume a função de limitação ou medida da pena, há de ser procedida segundo a extensão ou grau de culpa com que atuou ao agente.

1.4. Injunções para se individualizar a pena (art. 59 CP brasileiro)

Na forma do art. 59 do CP cruzeirense, o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: 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, e; IV- a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível¹⁰.

Quando há diferentes espécies de penas previstas alternativamente no preceito secundário da norma para a figura

10 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo (SP): 6 ed. Revista atualizada, Editora Revista dos Tribunais, 2006. Parte Geral, v. 1, p. 709. “A fixação da pena-base, de conformidade com o art. 59 do CP, tem por objeto determinar quatro consequências necessárias ou eventuais: a) determinar qual ou quais são as penas aplicáveis, e se existe cominação alternativa; b) dentro dos limites previstos pela escala do respectivo delito, qual é a quantidade de pena que corresponde ao agente no caso concreto; c) quando se trata de pena privativa de liberdade, estabelecer qual deve ser o regime de seu cumprimento; d) quando se deve substituir a pena privativa de liberdade por outra pena, restritiva de direitos ou multa.”

violada, deve-se, inicialmente, fazer a escolha entre suas espécies (detenção ou multa – reclusão ou detenção) para atender ao inciso I do art. 59 do CP brasileiro. No particular, cumpre anotar que a disjuntiva “ou”, como empregada no CP brasileiro, indica que as sanções são previstas alternativamente, a exemplo do § 2º do artigo 155 do Código Penal. Esta primeira operação de escolha só tem lugar quando a norma penal fixa penas alternativas. Quando a pena é única ou é prevista cumulativamente, a operação é desnecessária. O critério previsto à escolha dentre as penas cominadas é o indicado no *caput* do art. 59 do CPB (necessidade e suficiência). Sendo caso de pena única, ou efetuada a escolha dentre as reprimendas cominadas alternativamente ao crime, como acima especificado, o juiz passa para a segunda operação¹¹ – inciso II do art. 59 do CP brasileiro – que consiste na fixação da quantidade da pena a ser imposta dentro dos raios legais. No caso da pena privativa da liberdade, os limites máximo e mínimo estarão fixados no preceito secundário do tipo penal infringido (constante da Parte Especial) que comporta três fases, como previsto pelo art. 68 do CPB, e que serão consideradas no momento próprio. Recaindo a escolha em pena de multa, os limites estão fixados pelo artigo 49 do CPB.

Atendidas as disposições dos incisos I e II do art. 59 do CPB, o juiz deverá proceder às operações a que se referem os incisos III e IV da mesma disposição legal e, na forma do art. 33 do Estatuto Repressivo Penal, fixar o regime inicial para o cumprimento da pena (inciso III do art. 59 do CPB) e, se cabível, a substituição do castigo privativo de liberdade pela censura restritiva de direitos (inciso IV do Caderno de Crimes), atentando para o fato de que o § 2º do art. 60 e o artigo 54, ambos do CP, foram revogados

¹¹ Como destacado, o que chamamos de “operação”, Zaffaroni denomina de “consequências” da individualização da pena.

tacitamente pelo art. 44 do mesmo CP brasileiro. Caso caiba a substituição e haja a indicação da suficiência da substituição, a ela o juiz procederá, necessariamente.

Note-se que, na primeira e na segunda operação (incisos I e II do art. 59 do CPB), o juiz labora um juízo sobre o pretérito (juízo de culpabilidade) e, na fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa da liberdade (inciso III), bem como na substituição da pena (inciso IV), o juiz trabalha com um juízo futuro.

A pena, para ser validamente imposta, em atenção aos fundamentos e aos princípios que o Estado de Direito se propõe a garantir, na forma do *caput* do art. 59 do encimado Código, deve ser necessária e suficiente para retribuir e para prevenir a ocorrência de novos delitos.

1.5. Regras procedimentais individualizadoras da pena (art. 68 do CPB)

No Brasil, duas correntes sempre estiveram em evidência na defesa das fases a serem observadas na determinação da pena privativa de liberdade. Nelson Hungria sempre preconizou a aplicação da pena em três fases. Na primeira, considerava as circunstâncias judiciais (art. 59 do CPB); na segunda, as circunstâncias legais (artigos 65, 66, 61 e 62, também do Código Penal brasileiro) e, na terceira fase, as causas de diminuição e de aumento da pena, previstas na Parte Especial e na Parte Geral do Código. Roberto Lyra, por seu turno, defendia a aplicação da pena somente em duas fases. Na primeira, segundo ele, haveria

de se considerar as circunstâncias judiciais e as legais (artigos 59, 65, 66, 61 e 62 do mesmo CP brasileiro) e, na segunda, as causas de diminuição e de aumento da pena, previstas na Parte Especial e Geral do Código¹².

Art. 59

Pena mínima

Culpabilidade	+
Antecedentes	+
Conduta social	+
Personalidade	+
Motivos	+
Circunstâncias	+
Consequências	+
Vitimologia	+

I - Fase - Pena-base
Circunstanc. judiciais
Máx/Mín-art.59 II-CP

Cir.atenuantes, art. 65 e 66 (-)
Cir.agravantes,art.61 e 62 (+)

II - Fase – Pena-ambulatoria
Circunstâncias legais
Max/Mín – Súmula 231 STJ

Causas diminuição da pena(-)
Causas aumento da pena....(+)
Tentativa.....(-)

III Fase - Pena- definitiva

12. PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo (SP): 6 ed. Editora Revista dos Tribunais, 2006. Parte Geral, v. I, p. 635-636. “Dois são os sistemas propugnados para o cálculo da pena. Pelo sistema bifásico, de Roberto Lyra, são duas as etapas a serem obedecidas pelo juiz: a primeira consiste na fixação da pena base, através da observância das circunstâncias judiciais e das agravantes e atenuantes, concomitantemente; na segunda etapa, devem ser apreciadas as causas de aumento e de diminuição, gerais e especiais. De acordo com o sistema trifásico, de Nelson Hungria, são três os momentos percorridos no processo de fixação da pena: primeiramente, determina-se a pena-base, com lastro nas circunstâncias judiciais; após são consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por derradeiro, as causas de aumento e de diminuição, gerais e especiais.”

A opinião de Roberto Lyra era a mais aceita pela doutrina e pelo Poder Judiciário, já a defendida por Nelson Hungria melhor atendia aos interesses do apenado e era a mais festejada pelos advogados e pela Ordem dos Advogados do Brasil. Nos dias atuais, a discussão perdeu a razão de ser, pois o legislador brasileiro, no artigo 68 do CP, adotou a posição defendida por Nelson Hungria, ou seja, o sistema trifásico de individualização da pena privativa de liberdade. Assim, para a individualização da pena, inicialmente, o juiz fixa a **pena-base**, fazendo incidir sobre a pena mínima as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do CPB. Na segunda fase, o julgador faz atuar sobre a pena base (primeira fase) as circunstâncias legais (artigos 65, 66, 61 e 62 do CPB) e, assim procedendo, terá por resultado a denominada **pena-ambulatoria**. Por fim, fazendo recair sobre a pena ambulatoria as causas de diminuição, de aumento da pena, bem como a tentativa, previstas na Parte Especial e na Parte Geral do Código, nesta ordem, chega à **pena-definitiva**.

Pelo sistema trifásico, posição de Nelson Hungria, adotada pelo art. 68 do CPB, pode-se deduzir o esquema abaixo delineado:

Na primeira (inciso II do art. 59 do CPB) e na segunda fase (Súmula 231 do STJ), a pena não pode ser inferior ao mínimo legal, nem superior ao máximo fixado, e todas as circunstâncias deverão ser devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade da sentença. Observe-se, ainda, que o fato considerado para agravar a pena em razão de uma circunstância em uma fase, não pode ser levado em conta para agravar a pena em outra, na mesma ou nas fases seguintes.

Na primeira fase (**pena-base**), a impossibilidade de a pena ficar aquém do limite mínimo e além do máximo decorre da norma

contida no inciso II do art. 59 do CPB, que normatiza a fixação da pena base dentro dos limites previstos no preceito secundário do tipo penal, descrito na Parte Especial do Código.

Quanto à segunda fase, operação nominada **pena-ambulatoria**, a impossibilidade de o castigo penal ficar aquém do mínimo legal (ficar além do máximo – ninguém defende a possibilidade) sempre foi muito discutida. Parte dominante da doutrina e da jurisprudência, inclusive do STJ e do STF, sustentava esta impossibilidade, tendo em vista os princípios do ordenamento jurídico-penal. De outro lado, contudo, capitaneados pelo saudoso Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, além de outros não menos conceituados juristas, defendiam a possibilidade de a pena, na segunda fase, ficar aquém do mínimo legal, sob o argumento de o artigo 65 do CPB, expressar: “...São circunstâncias que sempre atenuam a pena”, e de que a lei não vedava tal possibilidade, sendo obrigação do juiz observar o princípio da proporcionalidade da pena em relação à culpa do agente, dentre outros argumentos”.

Parece que a acirrada discussão perdeu forças e até seu significado, pois o STJ, onde se desenvolveu a tese questionada, acabou por editar a Súmula 231 que, literalmente, veda a possibilidade de a pena, na fase discutida (segunda fase – **pena ambulatoria**)¹³, ser fixada aquém do mínimo legal. Assim posta a questão, acredita-se que o advérbio “sempre” dos artigos 65 e 61 do CPB não indica obrigatoriedade. Tudo estaria a depender da pena fixada na fase anterior.

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Disponível: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 31 ago. 2007.

2. Primeira fase – pena-base (circunstâncias judiciais do art. 59 CPB)

O art. 59 do CP brasileiro relaciona as circunstâncias judiciais que cumpre ao juiz analisar para determinar a **pena-base**, assim denominada pelo artigo 68 do Caderno de Crimes cruzeirense. São chamadas de judiciais porque a lei não as define, deixando ao juiz identificá-las nos autos e mensurá-las na determinação da pena¹⁴. Constituem circunstâncias que têm a finalidade de limitar a discricionariedade do julgador.

A expressão **circunstância** deriva de *circum stare*, e significa que o fato ou dado considerado se encontra em volta, ao redor, em torno, ao lado, por fora, externamente ao crime. Assim, a circunstância judicial pode ser conceituada como todo fato ou dado que se encontra posicionado de forma externa, em redor do delito. São dados ou fatos objetivos ou subjetivos, relacionados com o agente, com o fato crime e com a vítima, que estão ao lado do crime, cuja ausência não exclui o tipo penal, pois não lhe são essenciais, embora, como já alinhado, interfiram na quantidade da pena para mais, se presentes, em se partindo do mínimo legal, como sugere a melhor técnica. As circunstâncias judiciais estão elencadas no *caput* do artigo 59 do CPB e são as seguintes: em relação ao agente: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade; em relação ao fato: os motivos, as circunstâncias e as consequências; e em relação à vítima: a vitimologia.

14 FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 5 tiragem, 2004, p. 70. “As circunstâncias judiciais são assim chamadas porque o seu reconhecimento depende do arbítrio do juiz, diferentemente das circunstâncias legais, que são obrigatórias. Na verdade, o reconhecimento das circunstâncias judiciais não é assim tão facultativo como se tem apregoadado na doutrina. Se elas existem, o juiz tem de reconhecê-las em obediência ao princípio constitucional da individualização.”

2.1. Culpabilidade

A reforma penal de 1984 adotou o sistema de penas denominado vicariante, abandonando o sistema do duplo binário. Pelo sistema adotado, a culpabilidade enseja a aplicação de pena enquanto a periculosidade autoriza a imposição da medida de segurança. Sendo o agente culpável, é a pena que há de ser imposta; entretanto, em face da periculosidade do autor do delito, cabível é a medida de segurança. Não mais é possível ao julgador aplicar a pena e a medida de segurança, cumulativa e concomitantemente, como acontecia antes da reforma penal de 1984, quando se adotava o sistema do duplo binário.

No particular, no que se refere à medida de segurança a ser imposta aos semi-imputáveis (parágrafo único do artigo 26 do CP), nos acordes do artigo 98 do CP brasileiro, cumpre destacar a possibilidade de a pena privativa de liberdade ser substituída pela medida de segurança, desde que o condenado necessite de especial tratamento curativo a exigir a sua internação ou tratamento ambulatorio. Lamentável a possibilidade da substituição discutida, posto que a pena tem por pressuposto a culpabilidade, e a medida de segurança a periculosidade. Culpabilidade e periculosidade têm natureza e finalidades específicas e resultam de pressupostos diversos que não se confundem. Ademais, pelo sistema do duplo binário, uma afasta a outra, ou o agente é culpável e vai receber pena, ou é inimputável e receberá medida de segurança.

A interpretação mais razoável sugere que, se o semi-imputável necessita de especial tratamento curativo, é caso de internação ou tratamento ambulatorio, conforme seja o crime por ele cometido punido com reclusão (internação) ou detenção

(tratamento ambulatorio), isto *ex vi* do artigo 97 do CPB. Se, no entanto, não necessitar de especial tratamento curativo, é caso de impor a pena de prisão, reduzida de um a dois terços (*caput* do artigo 97 c/c o parágrafo único do art. 26 ambos do CP brasileiro).

A culpabilidade é caracterizada pela maior ou menor censurabilidade dos atos praticados pelo agente¹⁵.

Sem culpa não haverá pena, logo, a culpabilidade, na espécie do art. 59 do CPB, é a geografia da pena. Quanto maior a culpabilidade, maior a pena. Nesse diapasão, a culpabilidade é instrumento de garantia individual e limite ao poder do Estado de Direito para censurar o infrator.

Na mesma direção, como limite da pena, o *caput* do art. 29 do CP brasileiro reconhece que o agente responde pelo crime, na medida de sua culpabilidade. Por outra parte, o artigo 59 do mesmo diploma penal, disciplina, como fundamento para a busca da pena justa, os princípios da necessidade e da suficiência da reprimenda para se reprovar e prevenir o crime. Resta, pois, ao julgador conciliar a culpabilidade do agente com a necessidade e a suficiência da pena e, então, determinar a justa reprimenda.

A teoria psicológica normativa e a teoria psicológica normativa pura procuraram, cada uma a seu tempo e modo, explicar a culpabilidade. Mas a questão que se apresenta no momento é saber se a culpabilidade deve ser examinada como pressuposto de aplicação da pena ou como medida a propiciar o agravamento da reprimenda. Segundo a teoria finalista da ação, nos moldes brasileiros, acolhida pela teoria normativa pura, o

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo (SP): 15 ed. Editora Saraiva, 2010., Parte Geral 1, p. 700-701. “Na verdade, impõe-se que se examine aqui a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade do comportamento praticado, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de outra conduta.”

crime é fato típico e antijurídico. A culpabilidade funciona como um sinalizador ou pressuposto da possibilidade de imposição da pena hospedando-se fora do conceito do crime. Ocorre que o artigo 59 do CPB também faz referência à culpabilidade apenas para propiciar a agravação da pena (função de medida). Conforme destacado, na fundamentação da sentença, quando o juiz analisa a materialidade, a autoria e a culpabilidade deverá analisar a culpa (culpabilidade), tendo em vista os seus elementos constitutivos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Quando, porém, da individualização da pena, em atenção ao artigo 59 do Caderno de Crimes brasileiro, deve o julgador voltar a analisar a culpabilidade, mas agora sob ângulo diverso, como medida ou limite da pena¹⁶.

Para a individualização da pena (culpabilidade como medida da pena), um bom parâmetro a ser utilizado é o de se recorrer ao artigo 42 do CPB, de 1940, que falava da intensidade do dolo e do grau da culpa¹⁷. Estes acontecimentos fáticos servem para avaliar a quantidade de censura que o sujeito merece por seu comportamento delitivo. Note-se que todo delito carrega consigo certo quantitativo de reprovação, melhor dizendo, de culpabilidade ou de censura. Na análise da circunstância em debate deverá o julgador considerar se os atos praticados e que geram a censura extrapolam os limites do que seria necessário para se caracterizar o tipo penal, ou seja, para a configuração do crime. Desbordando a censura dos limites necessários à configuração do delito, a

16 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Portugal (PT): ed. Coimbra Editora, 2004, Tomo I, *Questões Fundamentais e Doutrina Geral do Crime*, p. 79. “Segundo aquele princípio ‘não há pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa’. A verdadeira função da culpa no sistema punitivo reside efectivamente, numa incondicional proibição de excesso; a culpa não é fundamento da pena, mas constitui o seu pressuposto necessário e o seu limite inultrapassável: o limite inultrapassável por quaisquer considerações ou exigências preventivas [...]”

17 QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, p. 336. “É certo que para tanto terá em conta, ainda, o dolo, que, não obstante hoje localizado na tipicidade, pode e deve ser considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e ilícita: quanto mais intenso o dolo, maior será a censura, quanto menor a sua intensidade, menor será a censura. Ela serve, portanto, como limite máximo de fixação da pena.”

majoração está autorizada.

Assim não pensam o saudoso Min. Luiz Vicente Cernicchiaro e o Juiz de Direito Gilberto Ferreira, que aduzem a necessidade de se examinar a culpabilidade tendo em vista seus elementos constitutivos, tal como foi sugerido para averiguar a possibilidade de imposição da reprimenda.

O Desembargador Edson Alfredo Martins Smaniotto¹⁸ sugere que, em sendo o crime cometido nas circunstâncias dos sete pecados capitais (avareza, gula, inveja, ira, luxúria, orgulho e preguiça), autorizado está o agravativo da pena por conta da culpabilidade.

Particularmente, para além da sugestão do singular professor Smaniotto, sugere-se devam ser considerados, igualmente, a intensidade do dolo e o grau da culpa para decidir aumentar ou não a pena em razão da culpabilidade. A intensidade do dolo pode ser avaliada pela astúcia, determinação, persistência e eleição dos meios de execução, mormente no exagerado e desnecessário número de atos de execução nos crimes contra a vida (ex.: exímio atirador resolve executar seu desafeto, bem poderia fazê-lo com um disparo em local vital, mas prefere submeter a vítima a verdadeira suplício, além de decapitá-la e esquartejá-la, como fora feito com Tiradentes). No crime culposos, a avaliação da culpabilidade ou da censurabilidade se faz segundo a maior ou menor gravidade da violação do dever de cuidado objetivo, expresso na imprudência, na negligência e na imperícia.

¹⁸ Edson Alfredo Martins Smaniotto é desembargador do e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, e representa a mais lúcida opinião acerca da determinação da pena, para além de ser um dos mais respeitados estudiosos do direito penal da Capital da República, a quem rendemos as nossas mais justas, sinceras e merecidas homenagens pelas lições de sabedoria que sempre está a nos legar, tanto no aplicar o direito penal, quanto mestre inexecidível na difícil arte de ensinar em matéria penal o que faz sempre de forma brilhante e encantadora.

2.2. Antecedentes

Antecedentes penais são identificados como fatos ligados à atividade criminal, que ocorreram na vida do acusado antes da prática do delito posto em julgamento¹⁹. Tais fatos tanto podem ser favoráveis como desfavoráveis ao acusado e, normalmente, constam do boletim de vida pregressa e dos registros penais (folha penal) do agente. São exemplos de antecedentes penais os inquéritos policiais, os processos penais em andamento, as condenações por crimes que não geram reincidência, absolvições por falta de provas, absolvições em face da prescrição abstrata, retroativa e intercorrente da pena e outros.

Servem tais acontecimentos da vida pregressa para saber se o crime em julgamento é episódio esporádico e isolado, ou se é conduta repetitiva ou até habitual na vida do sujeito. Desse modo, só os acontecimentos anteriores ao fato criminoso em julgamento, que tenham denotado maior reprovação da conduta praticada pelo agente, devem ser considerados.

Tendo em vista o princípio da presunção de inocência, esculpido no inciso LVII do art. 5º da CF brasileira de 1988²⁰, a literatura tem se dividido entre os que entendem que apenas a sentença penal condenatória que não gere reincidência deve ser considerada como antecedentes e aqueles que preconizam que as condenações, inquéritos, processos, geram maus antecedentes.

19 NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo (SP): 1 ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 197. “Trata-se de tudo o que ocorreu, no campo penal, ao agente antes da prática do fato criminoso, ou seja, sua vida pregressa em matéria criminal. [...]. Atualmente, no entanto, destacando-se a conduta social do contexto dos antecedentes, terminou sendo esvaziado este último requisito, merecendo circunscrever sua abrangência à folha de antecedentes.”

20 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: 27 ed. Saraiva, 2001. “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

A jurisprudência dos tribunais brasileiros, inclusive do TJDF, sempre esteve orientada no sentido de que condenações, inquéritos e processos em andamento geram antecedentes desfavoráveis ao apenado. Acredita-se assistir razão a esta corrente, pois o legislador foi categórico em diferenciar os antecedentes (art. 59 do CP) da reincidência (inciso I do art. 61 do CP). Certo é que, se o legislador, que foi preciso em relação à reincidência, considerasse, em atenção ao princípio constitucional da inocência presumida, apenas as sentenças condenatórias que não geram reincidência para caracterizar maus antecedentes, teria sido específico, da mesma forma como o foi em relação à reincidência e não teria utilizando o termo genérico antecedentes. Parte da doutrina sugere que esta inteligência não se compraz com o Estado de Direito²¹, contudo, é o que vinha prevalecendo nos tribunais brasileiros.

Contudo, a recente Súmula 444 do egrégio Superior Tribunal de Justiça ostenta a seguinte redação: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Resta aguardar como a prática haverá de adequar o entendimento sumulado.

21 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 701. “É respeitável o entendimento de que ‘inquéritos instaurados e processos criminais em andamento’, ‘absoluções por insuficiência de provas’, ‘prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes’ não podem ser considerados como ‘maus antecedentes’ porque violaria a presunção de inocência. Sustentávamos tratar-se de equívoco, pois ao serem admitidos como antecedentes negativos não encerram novo juízo de censura, isto é, não implicam condenação, caso contrário, nos outros processos, nos quais tenha havido condenação, sua admissão como ‘maus antecedentes’ representaria uma nova condenação, o que é inadmissível. Por outro lado, a persistir esse entendimento mais liberal, sustentávamos, restaria como maus antecedentes somente as condenações criminais que não constituíssem reincidência. E, se esse fosse a intenção do ordenamento jurídico, em vez de referir-se ‘aos antecedentes’, ter-se-ia referido ‘às condenações anteriores irrecuráveis’. Por isso, embora tenha sido válido, à seu tempo, hoje, em um Estado Democrático de Direito, é insustentável aquele entendimento de Nelson Hungria, segundo o qual também devem ser apreciados como antecedentes penais os ‘processos paralisados por superveniente extinção da punibilidade antes de sentença final irrecurável...’.”

2.3. Conduta social

O homem é fruto de uma caminhada pela estrada da vida. Primeiro, passa pela estação filho, com todas as ansiedades e limitações impostas pelos pais. Depois vem a parada na escola, a lhe impor direitos e deveres. A namorada surge com passagem direta para o casamento. A família, núcleo primeiro e fundamental de qualquer sociedade, complementa-se com a vinda dos filhos, a gerar compromissos e a demandar maior empenho no trabalho. Assim é a vida, uma história de caminhada que se repete ciclicamente, apenas sendo substituídos os caminheiros ou personagens. Destarte, cumpre ao julgador conhecer a rota do agente que lhe é entregue para ser sentenciado, o que abrange a convivência, isto é, o comportamento do acusado em sua vida de relação com família, com os vizinhos, com o trabalho, com a escola, com a igreja e com o clube que frequenta, bem ainda, com os demais que o cercam, ou seja, seu relacionamento e adequação com o meio familiar e social em que vive²². Impende considerar a sua participação no meio que o cerca. É importante saber se o sentenciado é alguém adequado ao meio em que vive, se é participativo, comprometido com os interesses da sociedade, ou, ao revés, é pessoa insensível, que não tem a menor consideração com o próximo, vivendo à margem e alheio às exigências da sociedade.

Para conhecer e avaliar a conduta social deve o julgador ter em mãos o registro da caminhada de vida do agente o que

22 QUEIROZ, Paulo. Op. cit., p. 338. “A conduta social, que praticamente se confunde com os antecedentes, diz respeito às relações do acusado com a família e sua adaptação ao trabalho, ao estilo de vida honesto ou desonesto. Para avaliá-la, porém, deverá o juiz contextualizar o cidadão e suas possibilidades reais de comportar-se na sociedade e interagir com o meio, sob pena de julgar não propriamente um homem, mas um estereótipo.”

normalmente se faz pelo boletim de vida pgressa²³, documento, contudo, que não tem recebido da autoridade policial a importância que lhe empresta a individualização da pena, de modo a cumprir ao julgador complementar as necessárias informações ao interrogar o acusado e colher os depoimentos das testemunhas, mormente as arroladas pela defesa do incriminado²⁴. Não deve, nem pode o julgador portar-se como mero receptor de provas, cumpre-lhe buscar a verdade real não só para aclarar o crime, como também para dar cumprimento a mais importante tarefa que lhe foi confiada, qual seja eleger a pena justa para o cidadão que está a julgar.

2.4. Personalidade

Personalidade deriva do termo *persona*, que tem significado de máscara ou armadura, que os atores gregos utilizavam nos teatros para propagar a voz e dar significado aos papéis que representavam. Sugere-se que o ator que estava por trás da máscara acabava por ter seu trabalho conhecido pelo instrumento que utilizava e não pelos traços ou qualidades de sua pessoa física²⁵. As qualidades ocultas pela máscara identificavam o ator. É o que

23 Trata-se de documento obrigatório a ser elaborado pela autoridade policial, na forma do inciso IX do artigo 6º do CPP assim redigido: “averiguar a vida pgressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.”

24 NUCCL, Guilherme de Souza. Individualização da pena. Op. cit., p. 201. “O magistrado precisa conhecer a pessoa que está julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí porque a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório, e às testemunhas durante a instrução. [...]. Vencer os obstáculos naturais da cômoda posição de receptor da prova é o maior triunfo que o juiz criminal poderia obter, vasculhando não somente o fato imputado ao réu, mas também quem é a pessoa em julgamento, arrolando testemunhas de ofício, que possam narrar a sua vida pgressa, fornecendo os dados indispensáveis ao fiel cumprimento do preceituado no art. 59 do CP.”

25 Ibidem, p. 205. “O termo personalidade deriva de *persona*, que significa máscara, referindo-se às máscaras utilizadas pelos atores nos dramas gregos, buscando dar significado aos papéis que representavam. Atualmente, continua refletindo os papéis que todos desempenhamos na vida em sociedade.”

se quer hoje com a personalidade, que identifique o agente como sendo, ou não, uma pessoa que tem no crime um traço marcante de sua personalidade.

A origem do termo personalidade sugere seja ela conceituada como o conjunto de qualidades morais do agente, adquiridas por herança genética e somadas ao longo da vida. A personalidade constitui elemento fixo e estável da espécie humana de tal sorte que, se retirada, resta comprometida a sua existência. Diz respeito à índole da pessoa, ao seu caráter, à sua maneira de ser, agir e sentir, ao seu “eu” individual, que existe dentro de cada pessoa, a diferenciá-la das demais.

Ao procurar avaliar a personalidade, quer se verificar se o crime é fato isolado ou se a tendência criminosa se insere como atributo da personalidade do agente, a apontá-lo como pessoa voltada ao mundo do crime. A idade é bom parâmetro para verificar se o acusado tem personalidade formada ou em formação, o que sugere sejam analisadas as passagens do apenado pela justiça menorista, que não podem ser consideradas para efeito de antecedentes. Com o estudo da personalidade, melhor estará o julgador habilitado a entender o porquê do crime e assim ajustar a reprimenda à pessoa do apenado, na busca da pena justa.

Pelo peso e dignidade da instituição que representa, deve o magistrado reunir as necessárias e indispensáveis condições culturais, morais e intelectuais para avaliar a circunstância. O que sugere a disposição legal é que o juiz analise a personalidade do agente, a boa ou má índole, seus modos ordinários de sentir, de agir, a sua maior ou menor tolerância, o seu maior ou menor grau de entendimento e a maior ou menor propensão ao cometimento de crimes, não de forma científica, mas com profundidade.

Não busca o legislador, ao enfocar o art. 59 do CP brasileiro, que o julgador seja um psicólogo, um profundo conhecedor das ciências comportamentais, mas um conhecedor do Direito, que trabalhe a personalidade nos limites de sua formação e conhecimento, com a prudência e o bom senso que se espera de um magistrado. Ao julgar, não estará ele avaliando a personalidade para o fim de lhe propiciar determinado tratamento curativo, mas buscando tornar justa a pena, como lhe exige o Estado de Direito²⁶, em benefício do apenado. Na medida em que, reconhecidamente, o réu cometeu o crime e há de ser apenado, a análise de sua personalidade não afronta sua intimidade nem seus direitos individuais, posto que a análise visa propiciar a pena justa e evitar pena desnecessária.

2.5. Motivos do crime

As causas relacionadas à prática do crime são objeto de estudo criminológico pelas ciências específicas, de complexas identificações e conceituações. A palavra motivo tem origem latina - *motivu* - que significa motor, mover, impulsionar. Assim, motivo do crime é a razão que move ou impulsiona o agente a cometer o delito. Em outras palavras, é a razão, o porquê, o móvel, o antecedente psicológico do ato volitivo. São as razões que levaram o agente a cometer o crime²⁷. Ninguém age pela mera vontade de

26 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 213. “Não se exige que o magistrado seja um autêntico psicólogo para avaliar a personalidade, afinal, essa análise não tem a finalidade de conferir ao réu um tratamento qualquer, mas sim aplicar-lhe uma pena pelo crime reconhecidamente cometido. [...] Invadir o âmago do réu, através da análise de sua personalidade, para conhecê-lo melhor, não como mero objeto da aplicação da pena, mas como sujeito de direito e deveres, enfim como pessoa humana torna a pena mais justa e sensata no seu quantum e no seu propósito.”

27 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 704. “Os motivos determinantes – Os motivos constituem a forma propulsora da vontade do criminoso. Não há crime gratuito ou sem motivo.”

agir, também não há delito sem que haja motivo que justifique a atuação do autor²⁸. Todo crime encarna um motivo, ainda que inconsciente, como é o caso do sadismo, egoísmo e outros.

Deve o juiz atentar para a maior ou menor influência destes motivos, a eles deferindo especial atenção e cuidado com a dupla valoração. A importância dos motivos determinantes do crime é de relevância tal, que guardadas certas peculiaridades do caso concreto, assumem, no Direito brasileiro, as mais variadas qualificações. Para além de atuar como circunstância judicial, capaz de permitir a elevação da pena (art. 59 CPB), os motivos também se transmudam para agravante (alínea *a* do inciso II do art. 61 do Caderno de Crimes brasileiro), mas por vezes, qualificam o crime (incisos II e V do § 2º do art. 121 do mesmo Código). Os motivos determinantes do crime também assumem o papel de atenuante (alínea *a* do inciso III do art. 65 do CPB) e de causa de diminuição da pena (§ 1º do art. 121 do CPB). Convém, pois, ao julgador, adotar o maior cuidado possível para não utilizar o mesmo fato para agravar a pena por mais de uma vez, sendo seu dever afastar o odioso *bis in idem* ²⁹.

Parece certo que não existe crime sem motivo, contudo, nem sempre o motivo é declinado pelo delinquente pelas mais diversas razões. O motivo também se mostra relevante para agravar a pena no crime culposos. O excesso de velocidade, com a finalidade de “pega” ou “racha”, não pode ser equiparado ao mesmo abuso de velocidade por alguém que presta socorro.

28 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 222. “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. Se se pode afirmar que ninguém age por agir, seguramente pode-se dizer que não há delito cometido sem que possua o autor um motivo, por vezes até inconsciente, mas invariavelmente presente.”

29 QUEIROZ, Paulo. Op. cit., p. 340. “Por certo que tais motivos não deverão ser considerados como circunstâncias judiciais quando já fizerem parte da definição do próprio tipo penal ou já constituírem circunstância atenuante, agravantes ou qualificadora, como por exemplo, o motivo fútil ou torpe.”

Sugere lógico que os códigos devessem especificar os motivos capazes de autorizar a elevação da pena. Todavia, o sistema não foi adotado pelo ordenamento jurídico cruzeirense. O art. 59 do CP brasileiro deixou a análise dos motivos determinantes do crime ao prudente arbítrio do julgador. Na literatura alienígena, fracassaram as tentativas no sentido de elaborar um elenco de motivos determinantes relacionados ao agravamento da pena.

O dolo, a culpa e os motivos apresentam estreitas afinidades, mas não se confundem³⁰. O dolo é a vontade livre e consciente de realizar o tipo penal. A culpa é a vontade livre e consciente de se realizar comportamento arriscado que infringe o dever de cuidado objetivo, capaz de gerar resultado indesejado. Dolo e culpa são necessários para configurar o crime, apresentam-se no momento de sua prática e se dirigem ao tipo abstrato. Motivo, embora impulse o delito, pode existir sem o cometimento de crime, a exemplo da ganância (filho que mata o pai para haver a fortuna) bem pode o pai amealhá-lo sem que o crime seja cometido, e se apresenta antes da formação do dolo, dirigindo-se ao crime consumado³¹. O motivo que se forma antes do dolo está no fato social, enquanto o dolo se apresenta no juízo do agente. Os motivos e desígnios se confundem, posto que ambos se formam antes de o dolo ser concebido pelo agente.

30 TELES, Ney Mora. DP. São Paulo (SP): 2 ed. Editora Atlas S/A, 2006. Parte Geral, p. 367. “Trata-se, aqui, de fixar a pena-base; por isso, o exame dos motivos não se confundem com o exame do dolo ou da culpa, em sentido estrito, e tampouco de outros elementos subjetivos de alguns tipos, qualificadores ou privilegiadores (“motivo fútil”, por motivo de relevante valor moral ou social”), [...]”

31 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 221. “Outro aspecto a considerar, para demonstrar a diferença entre motivo e dolo (ou culpa) é que o motivo (ganância, por exemplo) pode ser satisfeito por outros meios, que não o crime, logo, sem dolo. O parente rico pode destinar ao ganancioso herdeiro o dinheiro que tanto almeja, sem que haja necessidade de haver homicídio, morrendo de causa natural. Por isso, a causa para agir não é a vontade de atingir o resultado típico (dolo).”

2.6. Circunstâncias

Circunstâncias são dados ou fatos que cercam a prática da infração penal e que podem ser relevantes no caso concreto para elevar a pena, a exemplo do crime praticado em lugar ermo, os instrumentos utilizados, a ocasião, a duração, o relacionamento entre o réu e a vítima, a maior ou menor insensibilidade do agente³².

Os fatos a serem considerados para agravar a pena, a título de circunstâncias, aqui considerados de forma genérica, são aqueles que não receberam tratamento específico do legislador, intitulado-os como circunstâncias legais agravantes ou causas de aumento de pena. Constitui, portanto, a agravante judicial em comento, caso residual. Prevista de forma específica, a hipótese em destaque³³, por ser genérica, não tem aplicação. Circunstâncias não são elementos do crime, apenas afetam a gravidade do delito para autorizar a elevação da pena base³⁴. Assim, face ao seu caráter residual, deve o julgador redobrar o cuidado com a dupla valoração, para não incidir em *bis in idem*.

32 FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 92. “Aqui importa, por exemplo, o lugar em que o crime ocorreu, a maneira com que foi executado e o tempo de sua duração. O relacionamento entre réu e vítima. A maior ou menor insensibilidade do agente, o seu arrependimento.”

33 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 225. “Trata-se de elemento residual, ou seja, quando não prevista a circunstância como qualificadora/causa de aumento ou privilégio/causa de diminuição, pode o juiz considerá-la como circunstância judicial.”

34 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 338. “Entende-se por circunstâncias os elementos acidentais do delito, ou seja, aqueles que não são elementos constitutivos do tipo, afetando apenas a gravidade do crime (*quantitas delicti*).”

2.7. Consequências

Todo crime gera consequências à vítima, ao lesado, ao ofendido e à sociedade, por óbvio. Refere-se às consequências naturais que integram o tipo penal sem as quais o crime não existe. Segundo a teoria finalista da ação, o fato típico é constituído da conduta humana dolosa ou culposa, do resultado, do nexo causal e da tipicidade. O resultado que integra o fato típico e que se insere no conceito de crime é consequência da conduta humana praticada e não consequência do crime³⁵.

As consequências que o magistrado haverá de considerar para agravar a pena na primeira fase da individualização são aquelas parcelas de dano que excedem os limites das consequências naturalmente reclamadas para a caracterização do delito³⁶. Pode-se dizer que as consequências do crime se fazem constituídas do excesso verificado entre a consequência natural e a real produzida pelo delito em julgamento, suportado pela vítima, pelo lesado, pelo ofendido ou pela coletividade. Assim, verificado o excesso em relação à consequência natural, reclamada para o aperfeiçoamento do crime, e a efetivamente produzida pelo delito, a agravativa está autorizada³⁷. Elas se referem à maior ou menor

35 TELES, Ney Moura. Op. cit., p. 369/370. “O resultado, é óbvio, não é consequência do crime, mas da conduta, e, como tal, é parte integrante do crime, e não seu efeito.”

36 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 226. “O mal causado pelo crime, que transcende o resultado típico, é a consequência a ser considerada para a fixação da pena. É lógico que num homicídio, por exemplo, a consequência 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 do filhos menores, causando-lhes um trauma sem precedentes, precisa ser mais severamente apenado, pois trata-se de uma consequência não natural do delito.”

37 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 704. “Não se confundem com a consequência natural tipificadora do ilícito praticado. É um grande equívoco afirmar – no crime de homicídio, por exemplo – que asconsequências foram graves porque a vítima morreu. Ora, a morte da vítima é resultado natural, sem o qual não haveria homicídio. Agora, podem ser consideradas graves asconsequências, porque a vítima, arrimo de família, deixou ao desamparo quatro filhos menores, cuja mãe não possui qualificação profissional, por exemplo. Importa, é verdade, analisar a maior ou menor danosidade decorrente da ação delituosa praticada ou o maior ou menor alarma social provocado, isto é, a maior ou menor irradiação de resultados, não necessariamente típicos, do crime.”

intensidade da lesão causada pela infração penal à vítima, ao lesado, à ofendida ou a terceiros. Deve-se analisar a possibilidade de se reparar ou, ao menos, reduzir as consequências decorrentes da prática do crime.

Questão crucial é saber se as consequências decorrentes do crime culposos exercem influência para agravar a pena. De um lado, militam os que defendem a possibilidade de a pena ser agravada ao argumento de que a lei não faz qualquer distinção, conforme Paulo Queiroz³⁸. De outra vertente, perfilham os que entendem ser impossível a agravação, como Celso Delmanto³⁹. Parece que a razão está com os que defendem a impossibilidade de as consequências agravarem o castigo penal no crime culposos, pois o resultado não é querido pelo agente. Por meio de oblíqua consequência, se o resultado natural do crime não é querido ou desejado, fere a racionalidade impor ao agente as consequências que o delito fez gerar para a vítima.

O dano para autorizar a elevação da pena base, em face das consequências produzidas pelo crime, pode ser moral ou material. A esse respeito, a ONU aprovou, em 1985, a Declaração dos Princípios de Justiça para as Vítimas de Abuso de Poder, que especifica os danos decorrentes de crimes: a) lesão física ou mental; b) sofrimento emocional; c) perda econômica, e; d) perda substancial dos direitos fundamentais. Trata-se, pois, de valioso subsídio para a análise das consequências do crime. Em face

38 QUEIROZ, Paulo. Op. cit., p. 340. “Ao contrário, porém, do que por vezes se afirma, tanto nos crimes dolosos quanto nos culposos tais consequências devem influir na dosagem da pena, mesmo porque a lei não faz, no particular, nenhuma distinção.”

39 DELMANTO, Celso et alli. Código Penal Comentado. Rio de Janeiro (RJ): 5ª ed. Renovar, 2000, p. 104. “Consequências do crime: São os efeitos da conduta do agente, o maior ou menor dano (ou risco de dano) para a vítima ou para a própria coletividade. Tratando-se de delito culposos, as consequências não devem influir”.

do expendido, considerada a gravidade e a extensão dos danos provocados pelo crime e experimentados pela vítima, lesado ou ofendido, ou mesmo pela sociedade, pode e deve o magistrado aumentar a pena-base, buscando sempre ajustar a reprimenda à pessoa do réu.

2.8. Comportamento da vítima: vitimologia

Em matéria penal, vítima é quem suporta as consequências e os danos do crime, é a pessoa que sempre sai perdedora na empreitada criminoso. De maneira geral, mormente na prática, a palavra vítima é empregada para identificar o sujeito passivo de qualquer ação delituosa. Sugere mais adequado utilizar a expressão **vítima** para identificar o sujeito passivo dos crimes contra a pessoa; **lesado**, no caso de sujeito passivo dos crimes contra o patrimônio; e **ofendido**, para o sujeito passivo dos crimes contra a honra e contra a dignidade sexual⁴⁰.

Por longo tempo, o Direito Penal se preocupou apenas com o crime e com o criminoso, desconsiderando, por completo, a vítima, que, como sujeito passivo do delito que participa efetiva e diretamente do desenvolvimento do *iter criminis*, tem valiosa contribuição a prestar, tanto no que se refere ao esclarecimento do fato delitivo quanto no aclaramento da aplicação da pena. Nesse particular, o ordenamento jurídico-penal cruzeirense dispensa especial atenção ao comportamento da vítima, tanto para configurar o delito quanto para justificar o acréscimo da pena, de

40 FERREIRA, Gilberto. Op. cit. p. 97. “Costuma-se chamar de vítima os sujeitos passivos dos crimes contra a pessoa; de lesado, os sujeitos passivos dos crimes contra o patrimônio e de ofendido, os sujeitos passivos dos crimes contra os costumes e a honra.”

que são exemplos os artigos: 20, § 3º; 23, II e 25; 59; 61, II; 65, III; 105; 107, V, e IX; 121, § 1º e 129, § 4º; 121, § 2º, III e IV; 121, § 4º e 129, § 7º e 122, parágrafo único.

O estudo da vítima, em matéria penal, compreende; a) a qualidade ou condição do sujeito passivo; b) a natureza do interesse juridicamente protegido; c) as várias formas de relação entre o sujeito ativo e o sujeito passivo da infração; d) o sujeito passivo e o elemento subjetivo do crime; e) a conduta do sujeito passivo para a prática da infração (resistência, consentimento, concorrência de culpa); f) sujeito passivo quanto às condições do crime, notadamente em relação às causas de justificação do ilícito: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal; de isenção de pena e circunstâncias, e; g) comportamento do sujeito passivo após a consumação do delito, no que se refere aos aspectos processuais (perdão, renúncia e retratação)⁴¹.

Questão delicada é perceber se o comportamento da vítima destina-se unicamente a beneficiar o apenado ou se serve, também, para agravar a pena. Isto porque, de maneira geral, a doutrina recorre a exemplos que apontam apenas para esmaecer a culpabilidade do apenado, como o caso da moça que se oferece ao ato sexual. A questão, acredita-se, perpassa, necessariamente, pela classificação da vítima do delito.

No particular, a doutrina, tomando por base a postura do sujeito passivo, isto é, a sua maior ou menor contribuição para a ocorrência do delito, oferece a seguinte classificação: a) **vítima**

41 O elenco adotado consta nestes mesmos termos e ordem declinados por Gilberto Ferreira na obra multicitada, página 97.

completamente inculpável - vítima completamente inocente, ou vítima ideal (acontece a hipótese quando a pessoa atingida não oferece qualquer contribuição para que o delito ocorra – vítima de projétil perdido); b) **vítima parcialmente culpável** - a vítima oferece contribuição que, sozinha, não ensejaria a ocorrência do delito, e comporta três modalidades distintas, nas quais a vítima oferece maior ou menor contribuição conforme o caso: b1) **vítima por ignorância ou imprudência** – mulher que morre por nela permitir que se pratique o aborto -, b2) **vítima com escassa culpabilidade** – noiva que entrega suas economias ao noivo estelionatário - e, b3) **vítima voluntária** – enfermo incurável que pede sua morte e; c) **vítima completamente culpável**: subdivide-se em: c1) **vítima provocadora** – que oferece contribuição exclusiva e decisiva que justifica a prática do crime, isentando o agente, como no caso da legítima defesa, em que o agressor tenta matar seu desafeto, mas é por ele eliminado, c2) **vítima que proporciona a concretização do delito** - oferece contribuição predominante para o sucesso da empreitada, como no caso em que o agente tenta enganar, mas acaba sendo enganado de modo a ocupar o lugar de vítima em estelionato, e; c3) **falsa vítima** - quando o fato atribuído não é verdadeiro, como no caso de falsa denúncia em que a moça acusa o namorado de estupro para chegar ao casamento⁴².

Parece certo que, ao fixar a pena, a modalidade que interessa para a sua elevação é a que diz respeito à **vítima completamente inculpável**, também denominada vítima completamente inocente ou vítima ideal, em que o sujeito passivo do delito em nada

42 A autoria da classificação declinada é atribuída a Antonio Beristain e se encontra colacionada por Guilherme de Souza Nucci, em sua obra tantas vezes citada neste trabalho, na página 229. Gilberto Ferreira, em sua festejada obra, página 99, nos traz classificação que em muito se aproxima da que acolhemos em nosso texto.

contribui para o aperfeiçoamento do delito. Inegável, portanto, a necessidade de se avaliar o comportamento da vítima para que se possa chegar à pena adequada, ao fato delituoso e ao agente. Assim, não deve ser igual à censura que recai em quem rouba as joias fulgurantes de uma senhora rica e a responsabilidade de quem subtraiu os donativos do Exército da Salvação. Outro aspecto importante é o comportamento sensual da jovem acostumada a “ficar”, que provoca os homens e o daquela mulher recatada, honesta, voltada ao lar e à família.

Convém advertir, para o perigo do exagero, sobre a tendência atual no sentido de recolher o estudo do comportamento da vítima para construir uma espécie de corresponsabilidade penal. Vítima é vítima, isto é, a parte perdedora na empreitada criminoso. Estudar seu comportamento com vista a deduzir sua responsabilidade ao lado da culpa do réu, pelo só fato de ter sido atingida pelos efeitos danosos do crime, constitui uma absurda inversão de valores que não se pode conceber⁴³. As circunstâncias judiciais constituem critério norteador à fixação da pena-base, objetivando afastar o arbítrio do julgador, e a vítima não está em julgamento.

2.9. Valoração das circunstâncias judiciais

Em princípio, a pena máxima hipotética corresponde ao interesse de política-criminal, prende-se à ideia de maior retribuição do castigo penal e há de ser defendida pelo MP no interesse da sociedade. Em contrapartida, a pena mínima, indicada

43 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 228. “No entanto, investigar o comportamento da vítima para buscar uma co-responsabilidade pode ter também alguns efeitos negativos que, no extremo, causariam uma absurda inversão de papéis. A ausência de questionamento acerca do comportamento da vítima pode representar, para o autor, a mesma sobrecarga que sua instauração pode ocasionar para a vítima.”

pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro, corresponde ao limite mínimo da garantia do direito do recluso que, em princípio, há de ser observado, posto que fixado pela lei. Na fixação da pena entre o mínimo e o máximo, partindo-se do seu mínimo, como sugere a racionalidade, a questão que se põe é saber o *quantum* de pena corresponde a cada circunstância desfavorável ao sentenciado.

Diante do disposto no artigo 59 do CP brasileiro, sendo todas as circunstâncias favoráveis ao acusado, a pena a ser imposta há de ser a mínima e, se todas forem desfavoráveis, a pena será a máxima. Qual será, então, a pena, na hipótese de somente uma ou algumas das circunstâncias judiciais serem desfavoráveis ao sentenciado? Quanto corresponde, em termos de quantitativo de pena, a cada uma das circunstâncias? Esses questionamentos merecem reflexão.

Dois critérios são conhecidos, no DP brasileiro, para se fixar o *quantum* a ser acrescido à pena mínima. O primeiro critério, que se ousa denominar de **puramente subjetivo**, bastante utilizado pelos magistrados brasileiros, preconiza que o acréscimo deve ser escolhido livremente pelo julgador, sem se prender a qualquer base legal, fática ou lógica. Neste critério, a escolha do quantitativo do aumento da pena está “na cabeça do juiz”, que não a explica, aliás, nem tem como explicar, em face do subjetivismo que adota. A escolha é livre e, portanto, sujeita à vontade e ao estado anímico do julgador no dia e momento da fixação da pena. Não se conhece parâmetro para aferir o acerto ou o desacerto da escolha da pena. O condenado, como também a sociedade, reclama a imposição de pena justa, enquanto o critério traduz inseguranças e incertezas, posto depender do estado emocional, psíquico e de tendências do juiz. Para ensejar a identificação de uma pena justa, o critério

demanda do julgador não só cultura jurídica, mas um alto grau de formação e informação, especialmente, de substancial formação religiosa, bom senso e equilíbrio, nem sempre encontráveis nos magistrados cruzeirenses, apesar de humanos e naturais que são. Em outro giro, mas no mesmo sentido, o critério em comento só ensinaria a pena justa se a judicatura fosse composta, tão-somente, por juízes esmerados e altamente qualificados, de aguçada consciência, pendor e comprometimento com a realização dos princípios da justiça e da pena justa.

O segundo critério sugerido denomina-se **objetivo com base empírica ou ilógica**. É utilizado pela esmagadora maioria de julgadores brasileiros, e propõe o emprego da fração 1/6 para identificar o aumento de pena referente a cada uma das circunstâncias judiciais e legais desfavoráveis ao sentenciado. A base de cálculo em destaque (1/6) não tem previsão legal, como também não conta com apoio da lógica. Do ponto de vista da coerência e lógica, o critério para resistir a uma análise séria deve permitir que o castigo penal parta do mínimo legal e chegue ao máximo da pena cominada em abstrato. A fração discutida não permite que sejam atingidos tais limites e, assim, afronta as disposições do inciso II do art. 59 do Caderno de Crimes. Poder-se-ia escolher qualquer outra base de cálculo (1/6, 1/2, 2/3, 1/100, 1/100), mas os mesmos óbices se repetiriam. Parece certo que a base de cálculo escolhida, qualquer que fosse, seria válida, vez que inexistente disposição legal disciplinando a matéria. Lógico, contudo, que as bases utilizadas para identificar as causas de aumento de pena não deveriam servir para determinar o *quantum* do aumento, pois, se fosse esta a pretensão do legislador, teria ele transformado a circunstância judicial ou legal em causa de aumento da pena. Esta escolha, contudo, não tem amparo legal

e está subordinada aos caprichos dos julgadores, propiciando a ocorrência de excessos quando o juiz é filiado ao movimento da lei e da ordem ou, ao revés, enseja excessiva benevolência, quando o julgador for defensor ou adepto do movimento denominado abolicionismo.

Propõe-se, aqui, um terceiro critério, em que a majoração a ser adotada para cada uma das circunstâncias desfavoráveis ao apenado, na pena-base (primeira fase) e na pena-ambulatoria (segunda fase), deva atender a uma proposta de critério **objetivo subjetivo com base lógica**, que os matemáticos poderiam considerar legal.

O critério **puramente subjetivo e objetivo subjetivo com base empírica e ilógica**, em nossa visão, não convencem, pelas razões já expostas.

A proposição é adotar um critério em que se tenha base de cálculo lógica e que traduza segurança para a fixação da parcela de pena a ser acrescida à pena mínima para se chegar à pena-base, sem afastar, entretanto, o subjetivismo que o legislador reservou ao julgador. A pretensão é pôr a sociedade e o apenado a salvo do comprometimento emocional, psíquico e tendencioso do julgador e, assim, permitir ao apenado, seu advogado e à sociedade, melhor analisar, compreender e conferir a pena imposta para que se possa aferir sua justiça e necessidade.

Destarte, se todas as circunstâncias forem favoráveis ao acusado, a pena a ser imposta é a mínima prevista em abstrato. Caso, porém, todas elas sejam desfavoráveis, a pena será a máxima. Logo, para se encontrar o aumento de cada circunstância

desfavorável ao apenado, dever-se-á estabelecer a diferença entre o máximo e o mínimo da pena *in abstracto*, multiplicar a diferença obtida por doze e dividir o resultado pela quantidade de circunstâncias judiciais, (máximo – mínimo X 12 ÷ 8). Assim, parte-se do mínimo legal e se acrescenta o quantitativo de pena encontrado para cada circunstância judicial ou legal que militar em desfavor do apenado.

Inegável que o critério está apoiado em base lógica, pois permite que o castigo penal parta do mínimo legal e alcance o máximo da pena prevista, o que não ocorre com os critérios precedentes. A proposta sugere contar com amparo legal, pois o inciso II do art. 59 do CP brasileiro disciplina a obrigatoriedade de, na pena-base, a quantidade da reprimenda aplicável ficar “dentro dos limites previstos”. Parece lógico que, se o legislador disciplinou que a pena ficasse dentro dos limites previstos, fixou, também, o *quantum* do aumento. O montante do acréscimo é mera questão matemática.

Acredita-se ser vantajoso o critério, na medida em que constitui parâmetro confiável, seguro e lógico na fixação da pena, e se mostra coerente com a moderna política-criminal e o atual Estado de Direito cruzeirense.

Em síntese, acrescentando à pena mínima o *plus* determinado para cada uma das circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do CP brasileiro, a soma constitui a pena-base, que servirá de base de cálculo para a segunda fase de aplicação da pena prevista pelo art. 68 do CPB.

O subjetivismo fica reservado à missão de adequar a pena à necessidade e suficiência do castigo penal.

3. Segunda Fase – Pena-ambulatoria (Circunstâncias Legais)

Circunstâncias legais são dados ou fatos de natureza objetiva ou subjetiva, que se encontram ao redor do crime, cuja existência não interfere na configuração do tipo, mas modificam a pena-base para menos ou para mais. São denominadas de circunstâncias legais posto serem expressamente previstas pela lei.

Fixada a pena-base, sobre ela o julgador faz incidir as circunstâncias atenuantes e agravantes, nesta ordem, o que resulta na pena que, por falta de especificidade legal, sugere seja denominada de **pena-ambulatoria**.

Ao contrário das causas de diminuição e de aumento da pena, as circunstâncias legais não levam a pena acima do máximo nem abaixo do mínimo previsto. A questão sempre se apresentou como das mais controvertidas, e valiosas posições se formaram em um e outro sentido. Hodiernamente, entretanto, com a edição da Súmula 231, do STJ, a questão parece ter sido pacificada. Assim está redigida a Súmula posta em destaque: “*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (destacou-se)*”.

3.1. Circunstâncias atenuantes (arts. 65 e 66, do CPB)

Nos exórdios do art. 65, do CP brasileiro, são as atenuantes, circunstâncias de aplicação obrigatória, que sempre reduzem a pena, desde que esta não ultrapasse o limite mínimo previsto em lei, como determina a noticiada Súmula 231 do STJ. As circunstâncias legais atenuantes também não devem ser consideradas quando constituírem causa especial de diminuição ou privilégio do tipo penal, a exemplo do relevante valor social e moral que, não obstante seja previsto como atenuante (alínea *a* do inciso III do art. 65 CPB), constitui causa de diminuição da pena de homicídio (§ 1º do artigo 121 do CP brasileiro).

Passa-se, então, a considerar as circunstâncias atenuantes em espécie.

3.1.1. Idade do agente

Na forma do inciso I do art. 65, do CP brasileiro, ser o agente menor de vinte e um anos na data do fato, ou maior de setenta anos na data da sentença, são circunstâncias que autorizam a atenuação da pena. Deste modo, sendo o agente maior de 18 anos e menor de 21 anos de idade, na data do fato, aplicar a atenuante é consequência que se impõe.

A emancipação do agente, como também o casamento, não afastam a atenuante discutida, e a prova da idade se faz com a certidão de nascimento ou casamento, ou por qualquer documento hábil nos acordes da Súmula 74 do STJ⁴⁴, resolvendo-se as dúvidas em favor do acusado.

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 74. Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil. Disponível: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 31 ago. 2007.

A idade do autor do ilícito penal, maior de setenta anos, há de ser considerada na data da publicação da sentença e, igualmente, atenua a pena, em face da natural debilitação decorrente da idade avançada. A senilidade, em regra, ocasiona o enfraquecimento das funções psíquico-somáticas que normalmente acompanham o ser humano, de modo a justificar a medida de caráter humanitário. Trata-se de realidade biológica que, em regra, torna confusa a compreensão dos fatos, debilitando a vontade e o caráter do agente. Daí o benefício que as legislações modernas deferem ao idoso.

Demais disso, a idade do condenado, para além de atenuar a pena, ainda exerce influência na contagem do prazo prescricional, reduzindo-o pela metade, como se infere do art. 115 do CPB.

Questão que reclama exame é saber se a redução da menoridade relativa, que no Código Civil de 1916 era de dezoito aos vinte e um anos de idade, e na atual legislação cível passou a ser de dezesseis aos dezoito anos (inciso I do art. 4º, do CCB, de 2003), e da maioridade civil, agora fixada em dezoito anos (art. 5º do CCB), influenciou na atenuante da menoridade disciplinada pelo inciso I do art. 65 do CP brasileiro. No particular, desde a edição do Código Criminal do Império brasileiro, de 1830, a menoridade relativa constitui circunstância atenuante da pena privativa da liberdade. A circunstância discutida tem suporte fático, em princípio de política-criminal, e se relaciona com a menor censurabilidade da conduta do agente que pratica crime nesse estágio. É o reconhecimento de que o homem se encontra na difícil fase de transição entre a adolescência e a maturidade. De

outro lado, a redução da menoridade, adotada pelo novel Código Civil, não se fez em face das qualidades do cidadão, como no DP, mas em consideração à capacidade para a prática dos atos civis.

É possível haurir que a redução da maioridade civil (art. 5º) adotada pelo atual CCB, fazendo-a coincidir com a maioridade penal (art. 27 do CPB), não afetou a incidência da circunstância atenuante da menoridade, disciplinada pelo inciso I do art. 65 do CPB, que permanece com aplicação plena e obrigatória. Ademais, o CP brasileiro faz referência à idade, entre dezoito e vinte e um anos, ao passo que o CCB disciplina a capacidade para os atos da vida civil.

O art. 115 do CP brasileiro, disciplina que: “São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos de idade”. O benefício disciplinado pela disposição legal também continua vigendo após a edição do novo CCB, de 2003, pelas mesmas razões já espancadas⁴⁵.

3.1.2. Desconhecimento da Lei

Disciplina o art. 3º do DL 4.657, de 04.09.1942 (Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro) que: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.” Assim também é a disciplina contida no caput do art. 21 do CPB, ao decretar

45 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Os Efeitos do Novo Código Civil no Sistema Penal. Boletim IBCCRIM, São Paulo (SP), ano 11, n.126, p. 12-14, maio 2003, p. 12. “Isso implica que a circunstância atenuante de ser o agente menor de 21 anos na data do fato não sofre qualquer modificação com o advento do novo Código Civil, assim como a redução do prazo de prescrição à metade, quando o autor era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos.”

que: “O desconhecimento da lei é inescusável”. Destarte, em sede de Direito Penal, ninguém pode ser eximido, desculpado ou absolvido da responsabilidade penal, ao argumento de que não conhecia a lei.

A atenuante, a que se refere o inciso II do art. 65 do Código Penal brasileiro, pode ocorrer quando o desconhecimento recair sobre a vigência da lei. É que o vasto volume de leis vigentes pode acarretar erro sobre a vigência de determinado normativo a esmaecer a censura que deve recair sobre o agente⁴⁶.

Outra hipótese, que comporta a atenuante em espécie, acontece no caso de lei em desuso ou de rara aplicação, em que o seu conhecimento se esmaece dia-a-dia, a justificar a menor censura do agente que, efetivamente, comprove desconhecer a sua existência e aplicabilidade⁴⁷.

3.1.3. Motivo de relevante valor social ou moral

A expressão “relevante valor” sugere a ideia de importante, digno de consideração, que se destaca, que se apresenta

46 PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 515. “Embora seja inescusável o desconhecimento da lei (art. 21, caput, CP), o erro de vigência (ignorantia legis) – sobretudo em razão do vasto número de diplomas legais existentes – conduz à atenuação da pena, por ser menor a magnitude da culpabilidade (art. 65, II).”

47 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 270. “...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.” Cuida-se de uma gradação estabelecida pela lei penal: do erro de proibição escusável, passando-se pelo inescusável até atingir o mero desconhecimento por vezes leviano da norma penal. Em matéria de culpabilidade, a primeira situação é capaz de elidi-la, pois retira a possibilidade de se fazer juízo de censura sobre o autor de fato considerado, no seu entender, ilícito; a segunda, ameniza a culpabilidade, pois demonstra que o autor não agiu, no momento do delito, com consciência de sua ilicitude, embora pudesse ter atingido tal consciência; a terceira atenua a culpabilidade, em menor grau, pois evidencia a situação do autor que, podendo ter a consciência do ilícito, desprezou o cuidado necessário para informar-se, embora a hipótese concreta demonstrasse a incidência de norma de rara utilização.”

proeminente, que se sobrepõe aos demais valores. É algo de fundamental importância para a vida em sociedade.

Valor social refere-se ao interesse não exclusivamente individual. Diz respeito ao interesse da coletividade, do público. Interessa à sociedade, à coletividade, ao Município, ao Estado, ao Distrito Federal, à Nação, a exemplo de alguém que expulsa invasores de prédio público para restabelecer serviço essencial. Apresenta-se ligado a valores sentimentais de proteção à coletividade.

Valor moral é o que diz respeito ao interesse exclusivamente pessoal. Tem sua existência ligada aos sentimentos e aos valores nobres e caros da pessoa, como a piedade, a honra, os valores familiares e outros.

Esta circunstância tem natureza residual e só deve ser aplicada se não constituir causa especial de diminuição da pena, como no caso do homicídio (§ 1º do artigo 121 do CPB) e da lesão corporal (§ 4º do art. 129 do Código Penal brasileiro). No particular, importa destacar que o privilégio do homicídio e da lesão corporal, reclama o elemento temporal “logo em seguida à injusta provocação da vítima”, o que não constitui pressuposto da atenuante em estudo⁴⁸.

A diferenciação também se faz pelo fato de o termo **impelir** conter forte carga emocional, exercendo influência direta e decisiva, impulsionando, premindo, dominando o agente a praticar

48 TELES, Ney Moura. Op. cit., p. 392. “Há diferença entre a causa de diminuição da pena – objeto da terceira etapa da aplicação da pena – e a atenuante do art. 65, II, a. Na primeira, é necessário que o agente tenha sido impelido, é dizer, impulsionado, premido, dominado, por um motivo de relevante valor social, ao passo que na atenuante basta que tenha praticado o fato inspirado por tal motivo.”

o crime. Na atenuante *sub censura*, o suporte emocional é bem mais brando, dispensando a forte carga emocional determinante do cometimento do crime pelo autor.

3.1.4. Arrependimento ou reparação do dano

O arrependimento do agente pode ocorrer durante a execução do crime, quando recebe o pseudônimo de arrependimento eficaz (art. 15 do CP), a excluir a tipicidade, ou depois do cometimento da infração penal (art. 16 do CP) sendo, então, denominado arrependimento posterior⁴⁹. O arrependimento posterior, além de constituir causa de diminuição da pena, como disciplinado pelo art. 16 do CP, pode também configurar a atenuante prevista pela alínea b do inciso III do art. 65 do Caderno de Crimes.

A reparação do dano antes do julgamento constitui forma das mais eficientes de pacificação social, na medida em que concilia e aplaca os ânimos acirrados pelo crime, mesmo que parcialmente. Ademais, o arrependimento denota personalidade não tanto comprometida com o mundo do crime, bem menos agressiva do que a sugerida pela prática delitiva, o que demonstra maior possibilidade de socialização do apenado. Daí a sua relevância em termos de política-criminal. Para a caracterização da atenuante, basta que o agente tenha procurado, pessoalmente, com eficiência e voluntariamente, logo após o cometimento do crime, mas antes do julgamento, evitar ou minorar as suas consequências⁵⁰.

49 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro (RJ): 4 ed. Forense, 1958. Parte Geral, v. I, tomo II. P. 92-93. “É o que se chama tentativa abandonada, de que cuida o art. 13: “O agente que, voluntariamente, desiste da consumação do crime ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”. Quando a contra-marcha ocorre ainda no curso do iter criminis (renúncia de prosseguir na atividade executiva), fala-se em desistência voluntária (freiwillige Rücktritt, desistenza voluntária); quando ocorre já depois de ultimada a atividade executiva, mas obstando o advento do resultado, fala-se em arrependimento eficaz (tätige Reue, ravvedimento attuoso)”.

50 HUNGRIA, Nelson. Op., cit., p. 95. “Nem sequer é exigido que a renúncia do propósito criminoso seja espontânea: basta que seja voluntária, isto é, que o agente não tenha sido coagido, moral ou materialmente, à interrupção do iter criminis ou ao impedimento do effectus sceleris.”

A eficiência, no caso da atenuante, traduz-se no esforço e não no resultado⁵¹.

Acredita-se, embora o entendimento não seja pacífico, que a atenuação se deva a uma questão de política-criminal, mormente relacionada à socialização do apenado. Se o apenado se esforça para minorar as consequências do crime ou reparar o dano antes da sentença, é porque desfruta de personalidade socializável a merecer o privilégio. De outro lado, a disposição legal empregou expressão “procurado” evitar ou minorar as consequências do crime. Quisesse o legislador exigir o resultado como pressuposto da atenuante, teria utilizado outra expressão, como reparado ou minorado as consequências do delito, por exemplo. Os termos empregados pela lei, “procurado” e “eficiência”, embora compatíveis, no mínimo, sugerem dúvida que há de ser resolvida a favor do apenado.

No arrependimento, disciplinado pelo art. 16 do CPB, o resultado, isto é, a efetiva reparação do dano ou a restituição da coisa, é pressuposto da causa de diminuição da pena. A reparação do dano para ensejar a atenuação da pena há de ocorrer antes do julgamento de primeiro grau, salvo no caso de absolvição, em que a reparação pode acontecer até o momento em que a causa é apreciada pelo tribunal.

51 DELMANTO, Celso. Op. cit., p. 123. “Arrependimento: Basta que o agente tenha procurado, com eficiência e espontaneidade, logo após o crime, evitar ou minorar as suas consequências. A eficiência de que a lei fala deve referir-se ao esforço feito pelo agente para minorar as consequências e não ao resultado efetivo de sua tentativa. Ao contrário do arrependimento eficaz (CP. art. 15, 2ª parte), para a atenuante desse inciso III, b, não precisa haver eficácia em seu resultado.”

3.1.5. Coação resistível, ordem superior e violenta emoção

A coação pode ser irresistível e resistível. A coação irresistível pode ser física (*vis absoluta*) ou moral (*vis compulsiva*). A coação irresistível física (*vis absoluta*) afasta a conduta humana, não há crime a ser punido (primeira parte do art. 22 CPB – só o autor da coação tem responsabilidade penal). Em verdade, no caso de coação física irresistível, não há ação, posto que a pessoa a ela submetida não tem opção alguma, é compelida à prática do ato sem nada poder fazer para evitar o resultado, trata-se de fato atípico. A coação irresistível moral (*vis compulsiva*) afasta a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. No caso, o agente conserva a possibilidade de opção entre praticar ou não o ato exigido. Se decide pela prática para não correr o risco do mal prometido, não se podendo dele exigir outro comportamento, fica ele isento de pena. Assim, a coação irresistível não enseja atenuação da pena, que fica reservada para a coação resistível.

A coação resistível, por seu turno, também pode ser física ou moral.

Tanto uma como outra ensejam a atenuante discutida (alínea c do inciso III do art. 65 do CPB), quando se exerce sobre o agente uma pressão tal que se apresente bastante e suficiente para diminuir a capacidade de resistência, no que respeita à prática do delito⁵².

O cumprimento de ordem de autoridade superior, quando a ordem não se apresente manifestamente ilegal, afasta a

52 TELES, Ney Moura. Op. cit., p. 393. “Só poderá incidir a atenuante, se a coação, embora resistível, for suficientemente eficaz para exercer sobre o agente uma força que lhe diminua a capacidade de resistência.”

culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa (segunda parte do art. 22 do CPB) e quando, manifestamente ilegal, rende ensejo à atenuante em estudo.

A violenta emoção ou paixão, embora não exclua a imputabilidade penal, conforme disciplina o inciso I do art. 28 do CP brasileiro, é suficiente para atenuar a pena, se decorrente de injusta provocação da vítima. Acresce considerar que a atenuante da violenta emoção dispensa o elemento temporal “logo em seguida” à injusta provocação da vítima, indispensável para a configuração da causa de diminuição da pena prevista no § 1º do art. 121 e § 4º do art. 129 do CPB.

A atenuação da pena, nos casos postos em destaque, deve-se ao fato de o agente ter, em tais circunstâncias, a sua censurabilidade diminuída.

Nas mesmas hipóteses, quando a circunstância for recolhida como causa de diminuição da pena, por óbvio que a atenuante não pode prevalecer.

3.1.6. Confissão espontânea (integral e sem reservas)

Confissão, em matéria penal, consiste no fato de o acusado, de forma espontânea, natural e pessoal, admitir como verdadeira a acusação que lhe é atribuída de haver praticado o delito, perante a autoridade competente, em ato de vontade livre, solene e público, registrado em termo. Antes da reforma de 1984, exigia-se que a confissão versasse sobre crime cuja autoria fosse ignorada ou atribuída a outrem, entendimento que, hodiernamente, não prevalece.

Para justificar a atenuante da confissão espontânea, disciplinada pela alínea d do inciso III do art. 65 do CPB, basta a sinceridade do agente e que seja espontânea a confissão da autoria do delito que, tanto pode ocorrer na fase policial como em juízo. Restou pacificado, no Brasil, que a confissão tem valor para afirmar a autoria do delito, mesmo que retratada em juízo, desde que não elidida por quaisquer elementos de convicção ou indícios ponderáveis, mas, ao contrário, perfeitamente ajustáveis aos fatos apurados.

Inegável que, se a confissão é válida para sustentar a autoria do delito, também deve ser para atenuar a pena.

Convence a inteligência de que o benefício para o réu não decorre somente da utilidade da confissão para a determinação da autoria. Deve-se levar em consideração, também, a boa vontade do agente em admitir como verdadeiros os fatos que contra ele pesam, quando podia negar sem maiores consequências. A contribuição da confissão que, somada à prova existente, confere maior confiabilidade à prova e à sólida certeza no julgamento, há de ser premiada. Ademais, a confissão revela um agente com largas possibilidades de ser recuperado e socializado, como pretende a pena que haverá de lhe ser imposta. É, ainda, obrigação do julgador buscar incentivar o comportamento do agente em cooperar com a realização da justiça⁵³, ofertando-lhe o prêmio da atenuante. Por estas judiciosas razões é que a espontaneidade e a sinceridade de propósito da confissão do delito há de ser analisada, com rigor no que respeita à determinação da autoria do

53 TELES, Ney Moura. Op. cit., p. 394. “Com a nova redação, dada pela Lei nº 7.209/84, é preciso que o agente confesse ser autor do fato, para incidir, obrigatoriamente, a atenuante, não importando tenha sido ele preso em flagrante, nem que haja provas robustas de autoria, muito menos que a confissão seja feita perante juiz.”

delito, mas com relativa parcimônia quanto ao reconhecimento da atenuante, diferentemente da forma de análise rigorosa proposta pela doutrina especializada.

3.1.7. Influência de multidão em tumulto

Aplica-se a redução da pena quando o agente agiu sob a influência de multidão em tumulto, desde que lícita a reunião e o agente não tenha provocado a situação tumultuária⁵⁴.

Os tumultos se formam sempre por razões que, para a massa reunida e os seus simpatizantes, se apresentam nobres e justificadoras da revolta popular que, a bem da verdade, não justificam os crimes cometidos. Eles são capazes de fazer gerar uma espécie de “alma coletiva”, um sentimento geral orientado na mesma direção⁵⁵. Mesmo o cidadão de bem, que, sozinho e no domínio de seus impulsos, jamais praticaria tais atos, influenciado pelo calor da reação coletiva e pelos prováveis “gritos de guerra”, acaba por experimentar alterações em seu estado psíquico, liberatório do automatismo e da impulsividade que o leva a aderir à consciência coletiva que se manifesta, ou mesmo, a adotar a iniciativa de atos que isoladamente e em consciência pessoal reprova⁵⁶.

54 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 360. “A atenuante só se aplica se a reunião era lícita e se o agente não provocou o tumulto.”

55 Ibidem, p. 359-360. “É conhecida a influência notável exercida pela multidão sobre o estado psíquico de seus participantes. As pessoas são capazes de fazer, em multidão, o que jamais fariam isoladamente. Cria-se na turba em tumulto uma espécie de alma coletiva, que termina por agir sobre os próprios organizadores e instigadores.”

56 FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 138. “A multidão avilta a moralidade individual, aumentando a impulsividade, reduzindo a inteligência e liberando os automatismos secundários. A alma da multidão é mesquinha, impulsiva, impressionável.”

3.1.8. Atenuantes genéricas (art. 66 do CPB)

Assegura o art. 66 do Estatuto Repressivo Penal brasileiro que, em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei, pode o julgador atenuar a pena. Trata-se da denominada atenuante genérica, que outorga caráter enunciativo ao texto legal, na medida em que deixa em aberto a possibilidade de se reduzir a censurabilidade da conduta do agente por circunstâncias não especificadas⁵⁷, e que confere ao julgador amplo subjetivismo na apreciação. Uma novidade desse regramento é a autorização expressa ao juiz para considerar como atenuante, de forma genérica, uma circunstância decorrente de fato acontecido antes ou depois da prática do crime. Em ocorrendo após a prática do delito, configura uma espécie de “perdão” parcial, pois os fatos ocorridos *post delictum*, em regra, não poderiam influenciar na sua censurabilidade.

3.2. Circunstâncias agravantes (artigos 61 e 62 CPB)

As circunstâncias agravantes estão relacionadas nos artigos 61 e 62 da Lei Substantiva Penal brasileira, elenco que se apresenta de natureza taxativa. Não se pode agravar a pena, senão nas circunstâncias especificadas nas disposições postas em referência.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 715. “Este dispositivo, desconhecido no Código de 1940, outorga um caráter enunciativo às atenuantes, deixando aberto o seu catálogo para outras possibilidades, que podem fundar-se na menor culpabilidade, no menor conteúdo do injusto do fato, e, inclusive, em considerações político-criminais.”

Quando presente, a circunstância agravante demanda análise obrigatória. Contudo, quando constituir elementar ou qualificadora do crime, impedido está o agravamento⁵⁸.

À exceção da reincidência (inciso I do art. 61 do CP), que tem relevância também nos crimes culposos, as demais circunstâncias agravantes só incidem nos crimes dolosos⁵⁹.

O aumento de pena, proporcionado pelas agravantes em tela, embora não seja questão pacífica, não pode levar à determinação de pena superior ao máximo da escala penal prevista. Assim, o termo “sempre”, utilizado pelo art. 61 do CPB, não tem aplicação absoluta.

3.2.1. Reincidência

A palavra reincidência tem origem no latim *recidere*, que significa recair, repetir o ato, voltar a delinquir. 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.

De conformidade com o inciso I do art. 61 do CP, a reincidência é circunstância que agrava a pena.

58 PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 504. “As circunstâncias agravantes, quando presentes, devem ser obrigatoriamente apreciadas pelo magistrado na segunda fase de aplicação da pena, salvo se constituírem ou qualificarem o crime – o contrário implicaria manifesto bis in idem.”

59 DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 519. “Com exceção da reincidência, todas as demais circunstâncias agravantes somente serão reconhecidas se a conduta do agente for dolosa. Há precedentes no sentido de não se aplicar as agravantes quando for culposo o crime praticado contra criança e contra velho, como é freqüente nos crimes de trânsito...”

Pode ser genérica, identificada quando o agente comete um crime e, sendo condenado, a sentença transita em julgado, volta a cometer novo crime previsto em tipo penal diferente do primeiro. A reincidência é específica quando o agente comete um crime e, após a sentença transitar em julgado, pratica novo crime idêntico ao primeiro. Há, ainda, reincidência verdadeira ou real, que exige, para a sua caracterização, o cumprimento da pena da anterior condenação; finalmente, a reincidência ficta, que se contenta com o trânsito em julgado da sentença anterior para sua configuração⁶⁰. O CP brasileiro adotou a reincidência ficta. Fala-se, ainda, em **multireincidência**, que ocorre quando o condenado sofreu mais de três condenações, com reconhecimento de reincidência.

Em razão do conceito traçado pelo art. 63 do CP brasileiro, dois são os requisitos ou pressupostos necessários à caracterização da reincidência: a) existência de sentença penal condenatória com trânsito em julgado face à prática de crime; e, b) cometimento de novo crime, isto é, praticado após sentença condenatória de que não mais caiba recurso. Assim, o réu pode manter a primariedade, embora condenado por vários crimes, desde que nenhum deles tenha sido praticado depois da primeira condenação⁶¹.

O art. 63 do Código Penal brasileiro fala em crime, não em infração penal. Destarte, contravenção, por não ser crime, não gera reincidência, a não ser quando o agente pratica a

60 ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 716. “Assim, fala-se em reincidência genérica, que se conceitua como o cometimento de um delito, depois de ter sido o agente condenado e submetido à pena por outro delito, enquanto se denomina de reincidência específica a que exige a prática de um novo crime igual, ou da mesma categoria, daquele pelo qual sofre anterior condenação. Também costuma-se falar em reincidência ficta, que consiste na prática de um delito depois de ter sido condenado por outro, e de reincidência real, que consiste no cometimento de um delito depois de ter sido condenado e ‘sofrido pena’, por um delito anterior.”

61 QUEIROZ, Paulo, Op. cit., p. 342. “A reincidência requer, por conseguinte, o concurso de dois requisitos: a) trânsito em julgado de sentença penal condenatória por crime anterior; b) cometimento de novo crime. Assim, pode ocorrer de o agente praticar diversos crimes sucessivamente e, não obstante, vir a ser considerado, em todos os processos contra si instaurados, não reincidente.”

contravenção depois de ter sido condenado por crime anterior em sentença transitada em julgado, no Brasil ou no estrangeiro, ou por nova contravenção no Brasil (v. art. 7º do DL 3.688, de 03.10.1941 - LCP). Em resumo, só haverá reincidência quando à contravenção sobrevier ao crime. Condenado o agente, no Brasil ou no estrangeiro, a sentença estrangeira não precisa ser homologada para o reconhecimento da agravante.

A extinção da punibilidade ocorrida antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, afasta a reincidência. Ocorrida depois, o acusado é reincidente.

A anistia e a abolitio criminis apagam o crime e rescindem a condenação. Não há reincidência. No perdão judicial não há reincidência (art. 120 do CP). Se o réu é condenado à pena de multa, caso ela seja imposta pela prática de contravenção penal, não gera reincidência. Não obstante, se a multa é imposta em um crime, há reincidência. A reincidência é circunstância incomunicável, pois se refere ao agente. A prova da reincidência se faz por meio de certidão da condenação anterior.

A reincidência gera os seguintes efeitos no Direito Penal brasileiro: a) agrava a pena (inciso I do art. 61 do CPB); b) constitui circunstância preponderante no concurso de agravantes (art. 67 do CPB); c) impede a suspensão condicional da pena (inciso I do art. 77 do CPB); d) aumenta o prazo de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional (inciso II do art. 83 CPB); e) aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110, caput, do CPB); f) interrompe a prescrição (inciso VI do art. 117 do CPB); g) impede algumas causas de diminuição da pena (§ 2º do art. 155, art. 170 e § 1º do 171, todos do CP brasileiro); h)

impede a substituição da pena, se específica (§ 3º do art. 44 do CPB).

No que respeita à eficácia temporal, a questão restringe-se a saber se o tempo decorrido entre a data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a data do cometimento do novo crime há ou não de influir na reincidência.

Três sistemas militam acerca da eficácia temporal da condenação anterior: a) sistema da perpetuidade, em que não tem importância o lapso temporal decorrido entre o trânsito em julgado da condenação anterior e a nova condenação. Quanto maior o lapso temporal decorrido, mais sólida se apresenta a tendência criminosa incrustada na personalidade do apenado e maior deve ser a agravação; b) sistema da temporariedade, não há reincidência quando, entre o termo *a quo* (fixado pelo código) e a prática do novo delito, medeia lapso de tempo determinado por lei. No caso do Brasil, o código fixou como termo *a quo* a data do cumprimento ou extinção da pena e, em cinco anos, a data limite; e c) **sistema misto**, com forte inclinação para o sistema da perpetuidade, distingue-se dos demais por permitir agravação menos rigorosa da pena recidiva em proporção ao tempo decorrido. Quanto maior o tempo decorrido em relação à condenação anterior, menor será a agravação.

O CP brasileiro, de 1940, adotou o sistema da perpetuidade, mas a reforma de 1984 migrou para o sistema da temporariedade. De acordo com o art. 64 do Estatuto Penal cruzeirense, não prevalece a condenação anterior se entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer a revogação.

A contagem do prazo limite para a consideração da reincidência deve observar a data: a) do cumprimento da pena; b) de sua extinção por outra causa; e c) do início do período de provas na suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, sem revogação.

Conforme disciplina o art. 64 do CPB, nem todos os crimes geram a reincidência. Os crimes militares podem ser próprios, propriamente militares, essencialmente militares, tipicamente militares ou, ainda, militares propriamente, definidos somente no CPM brasileiro (inciso I do art. 9º e inciso I do art. 10) e impróprios, impropriamente militares, acidentalmente militares ou, ainda, objetivamente militares, quando, além de definidos no CPM, são descritos também no CPB ou na legislação penal extravagante. Só os crimes militares impróprios geram a reincidência. Os crimes políticos também podem ser próprios, os que ofendem a organização política do Estado, e impróprios, os que dizem respeito a um interesse político do cidadão, do administrado. Assim, para efeito de reincidência, não se consideram os crimes políticos e os crimes militares próprios. Os primeiros (crimes políticos), pela necessidade de tratá-los com maior liberdade, e os segundos, porque não têm a mesma natureza dos crimes comuns, estando sujeitos a regramento próprio.

Críticas severas são formuladas acerca de a reincidência propiciar o agravamento da pena, apoiado em crime no qual o réu já quitou sua dívida penal. De fato, quando o julgador agrava a pena, tendo por suporte fático uma condenação anterior transitada em julgado, outra coisa não está a fazer senão trazer para a nova condenação uma parcela da condenação anterior, o que parece mesmo, configurar o odioso *bis in idem*, para além de afrontar a

coisa julgada. Significa para o condenado, “pagar novamente”, ou melhor, cumprir uma parte da pena que já havia cumprido em razão de anterior condenação. É ressuscitar a pena cumprida para que produza o efeito de agravar a nova condenação⁶².

Cumprir destacar que a reincidência nada mais é do que o resultado de péssimos antecedentes, o que coloca em dúvida o momento, ou seja, a fase em que deve ser considerada, se na primeira fase (pena-base) ou na segunda fase (pena-ambulatoria).

No particular, restou pacificado o entendimento de que os fatos que concretizam antecedentes desfavoráveis ao apenado, que não a reincidência, não de ser considerados na primeira fase (circunstância judicial); e os que caracterizam a reincidência, por força de expressa disposição legal (inciso I do art. 61 do CPB), não de influir na segunda fase, isto é, como circunstância legal agravante. Nunca é demais positivar que, ao aplicar a agravante da reincidência, cumpre ao julgador identificar, de forma precisa e incontestável, o fato que está considerando como determinante da agravação, para que se possa evitar a utilização do mesmo fato para agravar, a título de maus antecedentes e a título de reincidência, o que gera *bis in idem* e é expressamente vedado pela Súmula de número 241 do STJ⁶³.

62 ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 719. “Rejeitada, portanto, esta única tentativa teórica de fundamentar a agravação da pena pela reincidência, sem violar o non bis in idem e a consequente intangibilidade da coisa julgada, estabelece-se o corolário lógico de que a agravação pela reincidência não é compatível com os princípios de um direito penal de garantias, e a sua constitucionalidade é sumamente discutível.” Assim também pensam Paulo Queiroz (v. obra citada p. 344) e Guilherme de Souza Nucci p. 239.

63 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 241. A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Disponível: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 31 ago. 2007.

Nada impede, entretanto, na hipótese de o sentenciado ostentar várias condenações, umas possam ser utilizadas como maus antecedentes e outras como reincidência, desde que os fatos que autorizam uma e outra agravação sejam distintos e precisamente identificados na fundamentação da sentença.

3.2.2. Motivo fútil ou torpe

Motivo é o fator derradeiro que desencadeia a ação criminosa. Daí a sua importância para aferir a censurabilidade que deve recair sobre o agente. Fútil é o motivo notadamente desproporcional em relação ao crime praticado, e que, normalmente, não levaria alguém a praticá-lo. Motivo pequeno, sem importância, insignificante, sem valor, leviano, volúvel, que uma pessoa, com o mínimo de bom senso e educação não cometeria, que não é suficiente para explicar o crime cometido. Exemplo: matar um menino que recolhe laranjas caídas no solo. Assegura a alínea a do inciso II do art. 61 do Caderno de Crimes que o motivo fútil ou torpe exerce a função de agravar a pena.

Questão das mais discutidas e, ainda não pacificada, é saber se o ciúme e a embriaguez constituem motivo fútil. Opiniões militam de um e de outro lado, mas acredita-se que o ciúme, se não pode ser considerado um sentimento nobre como o amor e a paixão, parece certo que, desde os primórdios, constitui um sentimento que corrói o homem e lhe causa profundos abalos emocionais, não se mostrando, portanto, desprezível ou pequeno, o que afasta a qualificação de fútil. Em nada impressionam os argumentos que buscam, no ciúme, o atraso e o sentimento de posse ou propriedade para sustentar a sua futilidade. Sugere-se que o atraso do sentimento de propriedade de um ser humano sobre outro, não afeta o enorme poder doloroso, desgastante e até destrutivo do ciúme. Quando muito, pode influir no conceito

de motivo fútil, justo ou injusto, não na sua presença. Assim, conclui-se que o ciúme não é motivo fútil.

Relativamente ao estado etílico, parece que o melhor entendimento está em se reconhecer o motivo fútil quando o agente, em razão do estado de embriaguez incompleta, ainda é capaz de estabelecer um juízo de valor entre o motivo e a conduta. É de se afastar a agravante quando a total embriaguez não permitir ao ébrio a exata noção do que está a fazer.

A palavra torpe deriva de *turpe*, significando feio, disforme, horrendo, desagradável, vergonhoso, infame e ignóbil. Motivo torpe é o motivo repugnante, indigno, imoral, vil, abjeto, que choca, fere a sensibilidade, ofende a moralidade média e os princípios éticos dominantes. Ex.: homicídio cometido mediante paga ou qualquer outro meio de recompensa; traficante que mata o usuário só porque ele decidiu regenerar-se.

Nos crimes contra os costumes, a motivação lasciva não autoriza a agravante, pois a circunstância integra o próprio tipo. O ciúme não é motivo torpe por se constituir num antecedente psicológico que impulsiona o agente à prática do crime. A vingança, embora não possa ser considerada um agir ideal ou justo, no mais das vezes, não causa repulsa, existindo casos em que até mesmo recebe aplausos da sociedade. Assim, a agravante reclama especial atenção do aplicador da lei, para discernir em que caso deve e em que caso não deve agravar a pena.

Tanto o motivo fútil como o motivo torpe, quando recolhidos para qualificar o crime, não ensejam agravação na segunda fase de aplicação da pena.

3.2.3. Facilitar ou assegurar o sucesso de outro crime

A agravante prevista na alínea b do inciso II do artigo 61 do CPB, pressupõe a existência de dois crimes ligados por um nexo de meio e de fim. O crime-meio facilita ou assegura a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro delito⁶⁴. Para facilitar o estupro da filha, o agente mata o pai da ofendida. A agravante não exige a consumação do crime-fim, basta o cometimento do crime-meio com a intenção específica de facilitar a prática de outro delito⁶⁵. Se ambos os crimes restam consumados, a hipótese é solucionável por meio do concurso material.

Agrava-se o crime-meio em face das circunstâncias especificadas porque o agente atua com torpeza ao querer facilitar ou assegurar a execução, impunidade, ou vantagem de outro crime. Os termos utilizados pela disposição legal, tais como facilitar, assegurar, ocultar, impunidade e vantagem, são de domínio comum e dispensam maiores esclarecimentos, a não ser quanto à vantagem que, normalmente, se refere aos aspectos econômicos, mas nada impede seja de outra natureza. No crime de homicídio, a circunstância exerce a função de qualificar o delito (inciso V do § 2º do art. 121 do CPB) não tendo lugar a agravante.

64 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo (SP): 37 ed. Editora Saraiva, 2003. V. I p. 259. “Tem ela como fundamento a existência de dois crimes, presos por um nexo de meio e fim ou de causa e efeito. Ocorre o primeiro, v.g., se um indivíduo mata ou fere um outro, para estuprar-lhe a filha, agora sem defesa. Dá-se o segundo, ao reverso, quando, havendo violentado uma donzela e já se retirando do local, percebe que o ato foi presenciado por uma pessoa, e, então, a abate, com o fim de não poder ser provado o primeiro delito.”

65 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 349. “A agravante é aplicável ainda que não venha a ocorrer o crime cuja execução, ocultação, impunidade ou vantagem o agente procurava facilitar ou assegurar. Basta o fim de agir.”

3.2.4. Traição, emboscada e dissimulação

O crime cometido à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificulta, ou torne impossível a defesa do ofendido, há de ser agravado, *ex vi* da norma corporificada na alínea c do inciso II do art. 61 do Estatuto Penal.

Traição é um vocábulo oriundo do latim *traditionis*, que significa ação de entregar. Do ponto de vista jurídico, comporta uma acepção objetiva ou material, quando o agente surpreende a vítima dormindo, atacando-a pelas costas, inesperadamente; e acepção subjetiva ou moral, quando atua com deslealdade⁶⁶ e quebra da confiança que lhe depositava a vítima.

A emboscada ocorre quando o agente aguarda oculto a sua vítima para surpreendê-la. O agente se esconde ou se oculta para atacar o inimigo de forma a evitar que ele possa se defender e, assim, melhor assegurar o sucesso da empreitada. Vulgarmente, emboscada é nominada de *tochaia* (esperar atrás do toco) ou *cilada*.

A dissimulação materializa-se quando o agente encobre a intenção criminosa para surpreender a vítima. É o ato de ocultar a realidade com astúcia. É o disfarce, o fingimento, a enganação, o encobrimento da real vontade. O agente se disfarça para entrar na residência e roubar.

66 NORONHA. Edgard Magalhães. Op. cit., p. 260. “A primeira é a traição. Atualmente lhe dão os juristas o conceito de ataque de inopino, brusco, inesperado, colhendo a vítima de surpresa. A nosso ver, entretanto, a noção dessa majorativa deveria ser dada antes pela quebra da fidelidade, da confiança que era depositada no agente. Deve ter ela conteúdo moral.” No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci, obra citada página 251.

Além da traição, da emboscada e da dissimulação, a utilização de qualquer outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do sujeito passivo do delito, justifica a maior censura da pena, por conta da agravante discutida. A vítima há de ser obstada, atrapalhada ou dificultada em sua defesa. Os fatos que ensejam a agravante discutida foram recolhidos pelo inciso IV do § 2º do art. 121 do CPB, para qualificar o homicídio e, assim, em se tratando deste crime, a circunstância não pode ser tomada para agravar a pena na segunda fase de aplicação do castigo penal, face ao *bis in idem*.

3.2.5. Meios insidiosos, cruéis e perigosos

A pena cominada para o crime será agravada quando praticado o delito mediante o emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, do qual possa resultar perigo comum (alínea d do inciso II do art. 61 do CP).

Os fatos indicados pela disposição legal sugerem classificação em três grupos, segundo a natureza dos fatos recolhidos para agravar a pena. O primeiro grupo é constituído por fatos que configuram meios insidiosos (veneno); o segundo reúne fatos caracterizadores de meios cruéis (tortura e asfixia – esta última suprimida pela nova parte geral de nosso código por se entender que integra a expressão “outro meio insidioso ou cruel”), e o terceiro que agrupa os **meios de que podia resultar perigo comum** (fogo e explosivo).

Insidioso é o meio falso, enganador, capaz de iludir a vigilância ou cautela da vítima, dissimulado no que respeita a

sua influência maléfica. Sem esperar, e por isso mesmo, a vítima é surpreendida sem possibilidade de defesa e experimenta o impacto da ação delituosa que se torna muito mais eficiente⁶⁷.

A disposição legal em análise indica o veneno como o meio insidioso por excelência. Veneno é toda substância de natureza animal, mineral ou vegetal que, introduzida no organismo humano, destrói ou altera as funções vitais através das mais variadas ações, causando perigo ou dano à saúde. A dificuldade em conceituar o que seja veneno é grande⁶⁸, mas a apreciação da circunstância é facilmente solucionada com auxílio da prova técnica, que determina se é caso de envenenamento e sua causa. Relevante para propiciar o agravamento é que a substância tenha sido empregada de forma insidiosa, sub-reptícia, de modo a facilitar a execução do crime e a dificultar a possibilidade de defesa.

Cruel é o meio empregado para a execução do crime que ocasiona à vítima sofrimentos excessivos, exagerados, desnecessários. O meio cruel, além de aumentar o sofrimento da vítima, demonstra brutalidade exorbitante e ausência do mais singelo espírito de humanidade e piedade do agente para com seu semelhante, ao agir impiedosamente na execução do delito. O meio cruel indicado pela disposição legal é a tortura, já que a asfixia, que nosso antigo ordenamento indicava como meio cruel, foi eliminada por integrar a generalidade “outros meios insidiosos e cruéis”. Parte da doutrina inclui fogo como

67 TELES, Ney Moura. Op. cit., p. 382/383. “Insidia é a perfídia, o uso de estratagema, para ludibriar a vítima que não se apercebe do mal que vai ocorrer, ou já está acontecendo, e, por isso, não esboça qualquer reação defensiva.”

68 LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro (RJ): 3 ed. Forense, 1958. V. II (da obra de Nelson Hungria), p. 301. “O conceito de veneno oscila extremamente, indo ‘do alívio proporcionado pela morfina farmacêutica, até o assassinio consumado pela morfina tóxica’. Passa-se, insensivelmente, do alimento ao veneno. Não há veneno, mas envenenamento.”

meio cruel, mas parece melhor adequá-lo ao grupo que acolhe os fatos configuradores do perigo comum. Tortura caracteriza-se pela imposição de sofrimentos excessivos, incomuns, suplícios ou tormentos físicos ou mentais, que levam a vítima a sofrer mais do que o necessário para o aperfeiçoamento do delito⁶⁹.

Não se pode deixar de considerar que a tortura constitui crime autônomo, agora disciplinado pela Lei 9.455, de 07.04.1997. Na hipótese de restar configurado o crime autônomo, evidentemente, não se poderá sequer pensar em agravar a pena em face da circunstância legal. Convém destacar que, ao utilizar as expressões “ou outro meio insidioso ou cruel”, a disposição legal, em comento, conferiu larga discricionariedade ao julgador para agravar a pena diante de qualquer dado ou fato que se apresente com tais características, o que denota tratar-se de elenco exemplificativo, o que consta da disposição em estudo.

O terceiro grupo agrega meios que, utilizados no cometimento do crime, são capazes de fazer resultar perigo comum. O meio questionado deve, além de colocar em risco a pessoa desejada, ter potencial para atingir um número indeterminado de pessoas. O fogo e o explosivo são os exemplos especificamente indicados pela disposição em análise. Fogo é resultado da combustão provocada pelos mais variados materiais comburentes, a exemplo da madeira, carvão e demais materiais inflamáveis. Por sua capacidade de expansão e possibilidade de propagação indefinida, aos bens que estão próximo da combustão, colocando em risco ou em situação de perigo pessoas inocentes,

69 NORONHA, Edgard Magalhães. Op. cit., p. 261/262. “Por último, a alínea cita a tortura: é a inflição de um mal, tormento ou sofrimento etc., desnecessário e fora do comum. Estamos que pode ser física e moral, pois a lei fala ou outro meio cruel, e este participa de ambas as naturezas. Deve o agente ter o objetivo de produzir o sofrimento: antes de matar, v.g., vazar os olhos da vítima, arrancar-lhe a língua etc”

melhor se adequa aos fatos que podem resultar perigo comum, mas também pode significar meio cruel, quando impõe à pessoa sofrimento desumano. Registre-se, por oportuno, que o crime de incêndio, resultado do fogo, se classifica como crime de perigo comum.

Explosivo é o instrumento que causa a explosão que, por seu turno, é o ato ou efeito de explodir, rebentar, estourar com violência, provocando deslocamento de ar, a causar danos imprevisíveis.

Quando os fatos em espécie (alínea d do inciso II do art. 61 do CP), acolhidos para agravar o crime, coincidem com os que foram elencados pelo inciso III do § 2º do art. 121 do CP, para qualificar o homicídio, afastado fica o agravamento discutido.

3.2.6. Ascendente, descendente, irmão ou cônjuge

Assegura a alínea e do inciso II do art. 61 do Estatuto Repressivo Penal que, o crime cometido contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, importa em agravar a pena. Ao lado das obrigações civis de mútua assistência entre os parentes, inegável que em nossa cultura floresce a existência de um dever moral de assistência entre tais entes queridos (os ascendentes, descendentes, irmãos e cônjuges). Esse dever moral, que consiste na autoajuda, auto-respeito e autoestima, faz-se impregnado de forma decisiva em nossas consciências e mentes. Ademais, a relação entre ascendente, descendente, irmão ou cônjuge deve-se fazer cercada de amor, carinho, solidariedade e extrema consideração e bem-querer.

Assim, quando um desses membros se descarta desse dever e comete um crime, justamente contra essas pessoas (pais, avós, bisavós, filhos, netos, bisnetos, irmão ou cônjuge), revela insensibilidade moral e profundo desrespeito em relação aos quais deveria nutrir o mais nobre dos sentimentos e os proteger contra tudo e contra todos. Por isso mesmo, a pena merece e deve ser acrescida. Em face das normas contidas no § 6º do art. 227 da Constituição Federal brasileira de 1988, e dos artigos 20 e 41 da Lei 8.069/90⁷⁰, o parentesco a ser considerado, em princípio, não é só o decorrente dos laços matrimoniais, como também aqueles disciplinados pelas disposições legais em comento.

No que respeita às relações familiares, sua equiparação e rompimento de laços, embora a doutrina se mostre dividida na defesa de posições diversas, umas mais e outras menos liberais, parece certo que em um Estado de Direito, que se propõe a efetivar a dignidade e a liberdade da pessoa humana, além de outros direitos individuais fundamentais não menos importantes, a orientação que se impõe é a de que se trata de uma agravante, que milita contra os valores defendidos pelo DP garantista e, assim sendo, a interpretação a ser adotada há de ser a mais cautelosa possível. Entretanto, a agravação se impõe em face do maior desvalor da ação em razão do afeto familiar, próprio da relação jurídica afetiva, a autorizar maior censura. Por isso é que a prova do casamento se faz com a certidão expedida pelo Oficial do Registro Civil e não pode ser suprida nem mesmo pela confissão do acusado. Na hipótese de casal separado, não incide a agravante, pois os deveres decorrentes do casamento se romperam

⁷⁰ As disposições legais citadas, tanto constitucionais quanto as infraconstitucionais, conferem aos filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

e não mais existe o vínculo afetivo a justificar o agravamento. Em caso de pessoa que vive em companhia de outra, sem a proteção do casamento, não tem incidência a agravante, pois a lei fala em “cônjuges”, que são pessoas civilmente casadas. É possível que, em tais casos, incida a agravante da alínea *f*, em se tratando de relações domésticas.

3.2.7. Abuso de autoridade ou relações domésticas

Na forma da alínea *f* do inciso II do art. 61 do CP, deve ser agravada a pena do crime cometido com abuso de autoridade ou prevalecendo-se o agente de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. A disposição em destaque considera situações fáticas pessoais para configurar a agravante, e a primeira citada é o abuso de autoridade. Autoridade citada na norma em estudo diz respeito às relações privadas de que resulta dependência da vítima em relação ao agente, a exemplo do patrão e empregado, tutor e tutelado, curador e curatelado⁷¹.

Relações domésticas compreendem as que decorrem do relacionamento entre os membros que compõem a família, criadagem e amigos. Naturalmente, tais relacionamentos esmaecem a vigilância a facilitar a ocorrência do delito. Coabitação se caracteriza pela vida em comum sob o mesmo teto, enquanto relação de hospitalidade acontece quando a vítima é recebida como visita, para um almoço, jantar, passar final de semana. A relação de hospitalidade para configurar a agravante, não exige relação de intimidade ou permanência, basta a mera cortesia.

71 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., 255. “Nesse contexto pune-se com maior rigor a afronta aos princípios de apoio e assistência que deve haver nessas situações, bem como a inegável quebra da confiança. O abuso de autoridade mencionado é o abuso no campo do direito privado, vale dizer, nas relações de autoridade que se criam entre tutor-tutelado, guardião-pupilo, curador-curatelado etc..”

Destarte, as pessoas que exercem autoridade sobre outra, as que convivem sob o mesmo teto e as que recebem visitas, têm o dever de se relacionar de forma urbana, amistosa, fraterna e assistencial. Em decorrência desse dever é que nasce uma expectativa de confiança mútua, de molde a relaxar a vigilância e o instinto de defesa. Quando uma dessas pessoas age de forma diversa, aproveitando-se da espontânea confiança e do relaxamento da capacidade de vigilância defensiva para surpreender a outra e assim cometer o delito, atua de forma a receber maior censura a justificar o recrudescimento da pena.

3.2.8. Abuso de poder ou violação de dever

Crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão, enseja a agravante disciplinada na alínea g do inciso II do art. 61 do Estatuto Repressivo Penal.

O termo abuso de poder, recolhido pela disposição legal, refere-se aos excessos praticados por autoridades ou servidores públicos no exercício ou em razão do cargo ou atividade profissional que exercem. Por serem servidores públicos, tais pessoas têm o dever de zelar pela administração e dar bons exemplos.

Os crimes praticados pelos funcionários contra a Administração Pública (artigos 312 a 326 do CP brasileiro) e equiparados (art. 327 do CP) não ensejam a aplicação da agravante, pois a circunstância constitui elementar destes crimes. A agravante somente tem lugar nos casos em que o funcionário,

valendo-se de seu cargo, de policial, por exemplo, prende o agente e dele subtrai seus pertences. Igualmente, na hipótese de o fato constituir crime autônomo, a exemplo dos que são disciplinados pela Lei de nº 4.898/65, não incidirá a agravante.

Cargo público é o lugar criado por lei na organização do serviço, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e vencimentos correspondentes, para ser provido e exercido por um titular na forma estabelecida em lei, normalmente por meio de concurso público⁷². Ofício é a atividade desenvolvida por habilidade manual, como a de carpinteiro, de ourives, de marceneiro e de pintor. Ministério tem a ver com as atividades religiosas, assim reconhecidas pelo Estado, a exemplo do padre católico que delata o crime ouvido em confissão. Profissão é a atividade especializada, geralmente de natureza intelectual, a exemplo de engenheiro, médico e advogado.

O agravamento se impõe porque o exercício do cargo, ofício, ministério ou profissão, facilita a prática do delito em face da confiança que a vítima deposita no agente, o que faz surgir a maior censura aos atos praticados.

3.2.9. Contra criança, maior de sessenta anos, enfermo ou grávida

O castigo penal do crime que tem por sujeito passivo criança, pessoa maior de sessenta anos, enfermo ou mulher grávida, de

⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo (SP): 20 ed. Malheiros Editores Ltda., 1990. p. 360. “Cargo é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por titular, na forma estabelecida em lei.”

conformidade com a alínea *h* do inciso II do art. 61 do CPB deve, segundo prudente arbítrio do julgador, ser acrescido, posto que ditas circunstâncias denotam maior fragilidade e debilidade das pessoas atingidas pela prática criminosa. O *Codex* em tela não definiu quem deve ser considerado criança, enfermo e mulher grávida. A Lei de nº 8.069/90, contudo, assegura que criança é quem não tem idade superior a doze anos. Os tribunais brasileiros entendem que, por criança, deve-se acolher a pessoa que se ache na primeira infância, isto é, entre os sete e oito anos de idade. Embora outros critérios existam a definir o que seja criança, parece mais adequado aquele adotado pela nossa lei menorista. Quando a circunstância “ser criança” for elementar do tipo penal, não se pode impor a agravante.

A Lei de nº 10.741, de 01.10.2003, corrigiu flagrante impropriedade, substituindo o termo biológico “velho” pela expressão cronológica “maior de 60 (sessenta anos)”. Para além de corrigir a incúria apontada, a clareza da nova redação dispensa a conceituação antes exigida.

Por enfermo, deve ser entendida a pessoa que se acha doente física ou mentalmente, isto é, portadora de deficiência ou perturbação séria como a cegueira, a paraplegia, que a impeça de exercer as funções normais de um cidadão. A determinação da doença para fins de elevação da pena deve ser analisada com muita cautela. Embora a lei não vede a interpretação analógica, é certo que a circunstância milita para agravar a pena e restringir a liberdade, a impor ao julgador o dever de adequar a pena ao limite do justo e aos fins do Estado Democrático de direito.

A gravidez também provoca na mulher uma especial

sensibilidade que a torna menos afeita à sua defesa, de molde a propiciar a majoração da pena. De certo que a gravidez no período inicial, nos primeiros dias, não enseja a agravante, sendo necessário estágio mais avançado, que debilite a mulher grávida e a torne presa mais fácil na senda do crime.

A maior censura, no caso, apresenta-se em face da tenra idade, da senilidade, da enfermidade e da gravidez, que constituem situações em que as pessoas têm, naturalmente, reduzida a sua capacidade de defesa e, por isso mesmo, devem ser tratadas com maior cuidado, carinho, respeito e paciência. Os crimes cometidos contra as pessoas indicadas denotam maior insensibilidade moral e até covardia do agente, que deve ser punido de forma mais severa⁷³.

A agravante reclama, nas hipóteses, para sua aplicação, a existência de nexos entre o crime e a situação de maior fragilidade ou debilidade do sujeito passivo do delito.

3.2.10. Ofendido sob proteção da autoridade

Considerando que todos estamos sob a proteção da autoridade, a disposição (alínea *i* do inciso II do art. 61 do CP) ao falar em “‘imediata proteção’”, sinaliza que a pessoa deva estar sob a custódia da autoridade, isto é, presa ou detida⁷⁴. O agravamento

73 NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., 263. “A majorativa da letra h funda-se em maior periculosidade, em princípio, do agente, assentada em sua covardia e perversidade. A criança merece-nos proteção; o velho, respeito; o enfermo, amparo e paciência; e a mulher grávida, cuidados especiais com a sua saúde e a própria saúde do nascituro.”

74 DELMANTO, Celso. Op. cit., p. 114. “É o caso, por exemplo, da agressão praticada contra vítima que se encontra custodiada por alguma autoridade. Como todos os cidadãos acham-se, genericamente, sob proteção das autoridades públicas, é indispensável, para aplicação da agravante, que a vítima se encontre sob a imediata e direta proteção da autoridade.”

se impõe porque o preso ou detido, por acreditar na proteção da autoridade estatal, não adota maiores cautelas ou se prepara para a defesa. De igual sorte, a elevação da pena se impõe pelo fato da maior ousadia da autoridade. Com efeito, em estando a vítima sob a proteção da autoridade do Estado, o normal, e que se espera, é que o agente respeite o preso e se detenha na prática do delito. Quando o agente, apesar da custódia exercida, segue em frente e atinge o custodiado, revela ousadia que justifica a maior censura do ato praticado, a ensejar o recrudescimento da pena, como acontece nos casos de linchamento.

3.2.11. Calamidade ou desgraça particular

Crime cometido em ocasião de incêndio, naufrágio e inundação, espécie do gênero calamidade pública, ou desgraça particular do ofendido, é passível de agravamento, como determina a linha j do inciso II do art. 65 do CP.

A disposição legal em estudo refere-se a incêndio, a naufrágio e a inundação que se inserem no conceito de calamidade pública. Em seguida, a norma destaca qualquer calamidade, como a seca, o terremoto, a epidemia e outros fatos de comisseração social. Prosseguindo com termos genéricos, a lei contempla, por último, a desgraça particular do ofendido, a exemplo de doença grave em membro da família, acidente ou outro infortúnio que vitime a família em sua quase totalidade. O agente se aproxima da vítima a pretexto de ajudar e aproveita para subtrair seus pertences.

Os fatos considerados causam uma verdadeira convulsão social. As pessoas atingidas restam fragilizadas em face do evento

e, no mais das vezes, abandonam tudo para fugir da desgraça, para cuidar de sua sobrevivência ou para prestar socorro aos necessitados. É que o clima de flagelo gerado pela calamidade ou desgraça particular, naturalmente, leva o homem fraterno e solidário a afrouxar a vigilância e a abandonar o instinto defensivo, para se dedicar a si mesmo na busca de socorro, ou para prestar auxílio ao próximo. Em casos tais, o que se espera das pessoas é a solidariedade, a fraternidade e a ajuda mútua. Quando o indivíduo se aproveita desses eventos para cometer o crime, revela enorme insensibilidade moral e torna sua conduta mais censurável, a merecer maior reprovação.

A maior culpabilidade se deve ao fato de a situação de calamidade tornar mais fácil o cometimento do delito e mais difícil a ação de segurança do cidadão por parte das autoridades públicas⁷⁵.

3.2.12. Estado de embriaguez preordenada

A pena do crime cometido em estado de embriaguez preordenada deve ser agravada por força de disciplina contida na alínea I do inciso II do art. 61 do CP.

Pode-se conceituar a embriaguez como sendo a intoxicação aguda e momentânea, provocada pela ingestão de álcool ou qualquer outra substância análoga que, no organismo humano, reduz a capacidade de entendimento, percepção e ação do indivíduo. A embriaguez pode ser diagnosticada por

⁷⁵ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 525. “Quando o crime é praticado nesses tempos de insegurança, a reprovabilidade é mais acentuada porquanto o agente se aproveita da dificuldade geral em favor da facilidade pessoal.”

comportamentos externos do agente, por meio de: a) observação (perturbações no equilíbrio, hálito e confusão mental); b) exames clínicos: b.1) análise da aparência (sonolência, faces congestionadas, olhos vermelhos, soluços e vômitos); b.2) análise da atitude (ruidosa, exaltada, arrogante, loquaz, deprimida); b.3) orientação (sabe onde se encontra e que horas são); b.4) memória (lembra-se dos últimos atos praticados); b.5) outros exames como: faculdade de descrição, prova de cálculo, elocução, marcha, coordenação motora, escrita e pulso.

De fundamental importância temos o exame clínico da dosagem etílica que se ocupa com o teor de álcool encontrado no organismo do agente. Normalmente, são utilizados o sangue, o líquido cefalorraquiano, a urina, a saliva e o ar expirado. Tendo em vista a habilidade para dirigir, a Associação Médica Americana e o Conselho de Segurança Nacional dos Estados Unidos fizeram publicar as seguintes conclusões: a) não há embriaguez quando a concentração de álcool no sangue ocorrer na proporção de 0 a 0,5 por ml; b) a embriaguez é possível se a concentração for de 0,5 a 1,5 por ml e; c) a embriaguez existe quando a concentração for de 1,5 ou superior a este percentual.

A embriaguez comporta as fases sub-aguda, aguda e super-aguda. Na primeira, o indivíduo fica bem falante, animado, bem disposto e superficialmente feliz. Na segunda, a coordenação motora e psíquica alternam-se, ocorre a perda do equilíbrio físico e moral. Ainda com dificuldade, fica valente, provocador, irritante, voz pastosa. Na terceira fase, o indivíduo beira o coma, cai ou senta-se, não consegue levantar-se e começa um sono profundo.

O álcool é considerado um flagelo mundial e atinge não só a saúde física e mental do ébrio, mas também os que lhe são

próximos, como esposa e filhos. Segundo o CP brasileiro, a embriaguez pode ser: a) voluntária (inciso II do art. 28 do CPB); b) accidental (§§ 1º e 2º do art. 28 do CP); c) patológica (caput do art. 26 do CP) e; d) preordenada (alínea I do inciso II do art. 61 do CPB).

A embriaguez voluntária ocorre quando o agente bebe propositadamente para ficar embriagado. Pode ser culposa quando o ébrio, por descuido, falta de atenção ou imprudência, exagera na dose e se embebeda. Em certos casos, a embriaguez deixa o agente sem a menor possibilidade de entender o caráter criminoso do fato, o que afastaria a possibilidade de se impor pena, na forma do caput do art. 26 do CP. Ocorre, no entanto, que, por uma questão de política criminal, o legislador resolveu ignorar essa realidade e defender que: a) o agente, no momento do crime, apesar da embriaguez, retinha um mínimo de discernimento, de imputabilidade, que o colocava em condições de autodeterminação, sendo responsável pelo ato praticado e; b) o agente, embora incapaz de se autodeterminar, no momento do crime, tinha plenas condições de entendimento antes de se embriagar, de modo que, em se embriagando, assumiu conscientemente o resultado que veio a ser produzido, sendo, portanto, responsável. É a conhecida Teoria da *Actio Libera in Causa*. Assim, a embriaguez voluntária ou culposa não exclui a responsabilidade penal, na forma do inciso II do art. 28 do CPB.

Estado étlico accidental decorre de caso fortuito ou força maior. O agente não tinha vontade de se embriagar, a embriaguez não era desejada nas circunstâncias em que aconteceu, tampouco o ébrio contribuiu com imprudência. A embriaguez questionada, se completa, na forma do § 1º do art. 28 do Caderno de Crimes, e isenta o agente de pena.

Por outro lado, se a embriaguez não é completa, na forma do § 2º do art. 28 do CP, a pena será reduzida de um a dois terços.

Ebriedade patológica. A embriaguez em espécie ocorre com os denominados “alcoólatras”. Para esses indivíduos, pequenas doses podem desencadear acessos de fúria, violência e ataques convulsivos. É caso de doença a merecer tratamento e isenta o agente de pena na forma do art. 26, caput, do CP.

A embriaguez preordenada é a espécie que interessa mais diretamente ao nosso estudo, posto determinar a elevação da pena. No caso, o agente se embriaga para obter mais coragem, determinação e insensibilidade moral, a fim de praticar o crime pretendido e idealizado anteriormente. O agente é livre no início para tomar as deliberações e providências necessárias para a prática do crime, mas quando o pratica, encontra-se mais animado pelo relaxamento dos freios, movido por estar desinibido e até eufórico em face da ação etílica.

A maior censura justifica-se pela notória periculosidade do sujeito que não tendo coragem estando sóbrio, vai buscar no álcool as forças que lhe faltavam para praticar o crime.

3.2.13. Agravante no concurso de pessoas

Ainda em termos de agravamento da pena, há de se destacar que o art. 62 do CP Brasileiro determina que seja agravada a pena daquele que: a) promove, organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; b) coage ou induz outrem à execução material do crime; c) instiga ou determina a cometer o

crime, alguém sujeito a sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal e; d) executa o crime ou dele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

O agravamento da pena em tais circunstâncias é decorrente da maior censurabilidade que as condutas insensíveis sugerem na exata expressão dos termos utilizados⁷⁶.

A primeira hipótese diz respeito ao autor intelectual ou dirigente da empreitada criminosa. O autor intelectual normalmente tem o poder nato de convencimento e exerce uma certa sorte de liderança para o mal e, utilizando suas qualidades pessoais, é capaz de determinar, a outros, a prática do delito. Por ser o “cabeça”, o líder, portanto, mais perigoso do que o executor, merece maior censura o seu comportamento.

A segunda hipótese a agravar a pena condiz com a atividade de quem coage ou induz alguém a pratica do delito. Coagir é forçar, constranger, impor a prática de determinado ato, enquanto induzir, significa persuadir, influenciar, ajudar alguém a fazer algo. A postura de quem coage, como a de quem induz alguém a prática do delito, mostra-se mais censurável do que a do executor dos atos delitivos, daí a incidência da agravativa em estudo.

Instigar ou determinar o cometimento do crime é mais uma das hipóteses legais a permitir a elevação da pena. Instigar tem o significado de fomentar, acirrar, incitar, recrudescer a ideia já existente. Poder-se-ia dizer: “dar a maior força”. Determinar é

⁷⁶ DELMANTO, Celso. Op. cit., p. 117. “Este art. 62 arrola circunstâncias agravantes específicas da co-delinquência. Trata-se do mesmo princípio que faz punir as diversas pessoas que participam do delito, na medida de sua culpabilidade (CP. Art. 29), Neste art. 62 manda agravar a pena do partícipe, cuja conduta no crime é mais acentuada ou expressiva.”

impor a execução do delito, quer por domínio do autor determinante sobre o determinado, quer em face da impossibilidade de o executor entender o que lhe é imposto, o que configura a autoria mediata a sugerir maior severidade da pena ao autor mediato.

O pagamento ou promessa de recompensa importa maior censura e justifica seja agravada a pena, pois o executor participa do delito (criminoso mercenário ou de aluguel) apenas e tão-somente para receber pagamento ou recompensa pelos serviços executados.

As agravantes especificadas nos artigos 61 e 62 do CP que, de regra, são aplicáveis aos crimes dolosos, salvo a reincidência, não esgotam o elenco das agravantes, que podem, ainda, estar previstas na legislação esparsa, a exemplo do art. 76 da Lei de nº 8.078, de 11.09.1990 (CDC) e do art. 15 da Lei de nº 9.605, de 12.02.1998 (crimes contra o meio ambiente).

3.3. Valoração das Circunstâncias Legais

As disposições legais que tratam das atenuantes e das agravantes, na segunda fase de individualização da reprimenda, não fixa o quantum da redução para as atenuantes, nem o montante da elevação ou aumento para as agravantes, deixando a difícil tarefa ao prudente arbítrio do julgador.

Como já explicitado oportunamente, o valor ou base de cálculo a ser adotada para atender as circunstâncias judiciais, como também as circunstâncias legais, por falta de previsão legal, há de ser lógico e deverá atentar para as finalidades do Estado

Democrático de Direito e para os fins da pena, em especial, para que se apresente necessária e suficiente. É dizer: pena justa.

Firme nestas balizas já traçadas, estará o julgador apto a eleger critério que se mostre adequado ao caso concreto em julgamento. No particular, quando da análise da elevação da pena por conta das circunstâncias judiciais, elegeu-se critério objetivo subjetivo que, na segunda fase, não pode ser reeditado na mesma dimensão, posto que, nesta, o cálculo da pena comporta fatores que reduzem e que agravam o castigo, a inviabilizar o raciocínio então desenvolvido. Na mesma linha de pensamento, é certo que o julgador está livre para eleger base de cálculo (atenuar e agravar) nesta segunda fase. Não se deve, contudo, modificar o critério eleito para a primeira fase, por importar em surpresa para quem procede à análise da pena imposta. Ademais, se o critério eleito se mostrou adequado à primeira fase e se serve tanto para atenuar como para agravar, críticas não merece, o que sugere a sua manutenção também para o cálculo da pena-ambulatoria, conclusão que decorre da razão e do bom senso.

Eleito critério seguro, em muito perde significado o art. 67 do CP, que trata da preponderância de uma circunstância sobre outra, devendo a disposição legal ser reservada para os casos de adequação da pena aos limites da pena ideal ou justa.

4. Terceira Fase – pena-definitiva (causas de diminuição e de aumento da pena e a tentativa)

Previstas na parte geral e especial do Código Penal brasileiro, as causas de diminuição e de aumento da pena são

fatores de redução ou acréscimo da reprimenda penal, assinalados em quantitativo certo e fixo (§ 7º do art. 129 do CPB, que manda seja a pena aumentada em um terço) ou dentro de certos limites fixos (artigo 16 que autoriza a redução da pena de um a dois terços, e o § 2º do art. 157 do CPB, que determina seja a pena acrescida de um terço até metade)⁷⁷.

As causas de diminuição da pena são também denominadas de minorantes, e as causas de aumento de majorantes, e incidem em forma de cascata, isto é, uma sobre as outras. Há clara distinção entre as causas de aumento da pena e as qualificadoras do delito. Nas causas de aumento da pena, o acréscimo vem indicado expressamente pela lei, em quantitativos fixos ou variáveis (normalmente em frações: 1/3, 1/2, 2/3), enquanto nas qualificadoras, há previsão de um novo mínimo e um novo máximo de pena, diversa do tipo fundamental. No exemplo “furto qualificado”, a pena prevista é de dois a oito anos (§ 4º do art. 155 CPB), diferente do furto simples, punido com pena de um a quatro anos (caput, do art. 155 do CP). O tipo penal do crime qualificado constitui um tipo novo dentro do tipo fundamental, isto é, um tipo derivado do fundamental. Em incidindo a circunstância qualificadora do crime, o novo mínimo do tipo derivado é utilizado para o cálculo da pena-base, sobre o qual incidirão as circunstâncias judiciais.

A graduação da redução ou do aumento dentro dos limites previstos (ex.: um terço até metade – § 2º do art. 157 do CP) deve levar em conta as circunstâncias da própria causa de diminuição

⁷⁷ LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. São Paulo (SP): Editora Atlas S/A, 1998, p. 381. “As causas gerais de aumento ou de diminuição distinguem-se das agravantes e das atenuantes, porque a quantidade de redução ou de aumento da pena está prevista expressamente na lei, que autoriza o juiz a aumentar ou diminuir, por exemplo, em um sexto, um terço, metade ou até dois terços da sanção aplicada.”

ou de aumento da pena, não as circunstâncias judiciais, salvo no concurso de crimes (artigos 70 e 71 do CP), em que se considera o número de infrações praticadas. Com quantidades ou limites variáveis, a fixação há de ser justificada por sólida fundamentação.

Ao contrário das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) e legais (atenuantes, artigos 65 e 66, e agravantes, artigos 61 e 62, todos do CP), as causas de diminuição e de aumento da pena permitem seja fixado o castigo penal abaixo do mínimo e acima do máximo legal.

Na incidência de mais de uma causa de diminuição ou de aumento da pena, previstas na parte especial do código, a exemplo do roubo praticado mediante emprego de arma e concurso de pessoas (incisos I e II do § 2º art. 157 do CP), o julgador, na forma do parágrafo único do art. 68 do CP, deve limitar-se a uma só diminuição ou a um só aumento, prevalecendo a causa que mais diminua ou mais aumente a pena.

Crimes com dupla qualificação. De início, como já destacado, na hipótese ocorre a edição de um novo mínimo e um novo máximo, devendo o cálculo da pena partir do novo mínimo, isto é, mais elevado do que o que consta do tipo fundamental. A determinação da pena, quando o crime foi cometido mediante duas ou mais qualificadoras, comporta soluções diversas e ao julgador caberá eleger uma dentre as possíveis soluções. A primeira solução está em utilizar uma das circunstâncias como qualificadora (primeira fase, partindo do mínimo qualificado) e a outra ou as outras, como agravantes, se assim for previsto. Outra solução propõe seja uma das circunstâncias usada para qualificar o crime, e a outra ou outras, utilizada como agravante genérica.

A terceira solução, que beneficia o apenado, é eleger uma das circunstâncias para qualificar, abandonando-se as demais.

Em resumo, partindo do mínimo legal, e sobre ele fazendo incidir as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, chega-se à pena-base. Sobre o quanto da pena-base faz-se o cômputo das atenuantes (para diminuir a pena) e das agravantes (para aumentar a pena) para chegar-se à pena-ambulatoria. Sobre o quantum da pena-ambulatoria, o aplicador da pena fará incidir, primeiro as causas de diminuição, depois as causas de aumento da pena e, por último, a tentativa, nesta ordem, para que não se chegue a pena negativa (inferior a zero). Com efeito, o art. 68 do Caderno de Crimes, após estabelecer quais circunstâncias devem ser consideradas na primeira fase (pena-base) e na segunda fase (pena-ambulatoria), disciplina que, por último, o julgador haverá de considerar as causas de diminuição e de aumento da pena, resultando, então, na pena definitiva.

A disposição legal em comento nada prevê acerca da tentativa. O parágrafo único do art. 14 do CP assegura que: “...pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”. Seria lógico imaginar apreciá-la no início da terceira fase, juntamente com as causas de diminuição da pena, as primeiras a serem consideradas na terceira fase em atenção à disciplina do art. 68 do Caderno de Crimes.

Assim tem entendido, inadvertidamente, boa parte de nossos julgadores. Não se pode, entretanto, deixar de ressaltar que a mesma disposição legal, em comento, anota que: “...pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado...”. Acredita-se, portanto, que, em face da natureza jurídica extensiva

da disposição legal em espécie, o julgador haverá primeiro de calcular a pena do crime consumado, (ou seja, fazendo incidir sobre a pena-ambulatoria as causas de diminuição e de aumento da pena), para, finalmente, proceder à redução de um a dois terços.

Tentativa é a produção parcial de um crime. Parcial porque o agente, após iniciar a execução dos atos que integram a conduta proibida pelo tipo penal, é impossibilitado de prosseguir no *iter criminis*.

O sujeito que iniciou a execução dos atos necessários à consumação do delito é impedido, por circunstância alheia à sua vontade, de prosseguir na prática dos atos que está a desenvolver. O agente quer prosseguir na execução dos atos delitivos, mas não pode, diferentemente do que ocorre na desistência voluntária, em que o agente pode mas, não quer prosseguir na execução e, assim, como que utilizando uma ponte de ouro ou da salvação, volta à legalidade⁷⁸, o que não ocorre na tentativa. Como se percebe, na tentativa, o crime restou inacabado e, por isso mesmo, há de receber a pena do crime consumado, mas reduzida na forma do parágrafo único do art. 14 do CP. O critério decisivo para orientar a escolha de um a dois terços, e que conta com a opinião da mais consagrada doutrina nacional e alienígena, é o que considera o número de atos executivos do crime praticados pelo agente.

78 ROXIN, Claus. Estudo de direito penal. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro (RJ) 1 ed Renovar, 2006, p. 75. "Quando, p. ex., eu diferencio o dolo da culpa através do critério da "decisão em favor da possível lesão ao bem jurídico", ou caracterizo, junto a vários autores, a desistência da tentativa que isenta de pena como uma "volta à legalidade, trata-se sempre de diretrizes normativas político-criminalmente fundadas, ..."

Sabidamente, só os crimes plurissubsistentes⁷⁹ admitem a tentativa. Tais crimes demandam vários atos de execução para sua consumação. Assim, quanto mais o agente caminha no iter criminis, aproximando-se da consumação do delito, menor será a redução e, ao contrário, quando é impedido de prosseguir na execução do delito ainda no começo, logo que praticado o primeiro ato de execução, no início do iter criminis, longe da consumação, maior será o abatimento.

Como já destacado, a pena na terceira fase (pena-definitiva) tanto pode ser fixada abaixo do mínimo quanto acima do máximo previsto.

O princípio da individualização da pena envolve árdua e complexa tarefa, mas que se bem trabalhada por julgador comprometido com os ideais do Estado Democrático de Direito, decidido a realizar os fins da pena com observância do espírito humanístico que deve orientar todo o trabalho, é capaz de ensejar determinação de pena justa, que é o objetivo perseguido pelo nosso ordenamento jurídico-penal e objeto da presente incursão científica.

79 HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 48-49. “Nos crimes unissubsistentes, o processo executivo consiste num só ato (unico actu perficiuntur), coincidindo este, temporariamente, com a consumação, de modo que não admitem tentativa (ex.: a injúria verbal); nos plurissubsistentes, ao contrário, há um iter, desdobrando-se a execução em etapas ou atos sucessivos.”

Referências

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo (SP): 2 ed. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo (SP): 15 ed. Editora Saraiva, 2010. Parte Geral 1.

_____. *Falência da Pena de Prisão Causas e Alternativas*. São Paulo (SP): 3 ed. Editora Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça. Ed. Arquivo Nacional, 1974.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 231*. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Disponível: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 31 ago. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 74*. Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil. Disponível: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 31 ago. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 241*. A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Disponível: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 31 ago. 2007.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro (RJ): 5 ed. Renovar, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Portugal (PT): ed. Coimbra Editora, 2004, Tomo I, Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime.

_____. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra (PT): ed. Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito Penal Português*. Coimbra (PT): ed. Coimbra Editora, 2005, Parte Geral II As consequências Jurídicas do Crime, Reimpressão.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro (RJ): 2 ed. Forense, 2004, Parte Geral.

_____. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 5 tiragem, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro (RJ): 7 ed. Forense, 1985. A Nova Parte Geral.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Os efeitos do novo Código Civil no Sistema Penal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo (SP), ano 11, n.126, p. 12/14, maio 2003.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro (RJ): 4 ed. Forense, 1958. Parte Geral, v. I, tomo I.

_____. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro (RJ): 4 ed. Forense, 1958. Parte Geral, v. I, tomo II.

LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. São Paulo (SP): Editora Atlas S/A, 1998.

LIMA, Arnaldo Siqueira de. *O Direito à Imagem: Proteção Jurídica e Limites de Violação*. Brasília (DF); 2 ed. Editora Universa, 2005.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro (RJ): F. Briguiet C. Editores, 1899.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro (RJ): 3 ed Forense, 1958. V v. II (da obra de Nelson Hungria).

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo (SP): 20 ed. Malheiros Editores Ltda., 1990.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo (SP): 37 ed. Editora Saraiva, 2003. V. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo (SP): 6 ed Editora Revista dos Tribunais, 2010. Parte Geral, v. I.

_____. *Individualização da Pena*. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo (SP): 6 ed.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. São Paulo (SP): 2 ed. Editora Saraiva, 2005. Parte Geral.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Traduzido por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa (PT): 3 ed. Vega, 2004.

_____. *A Proteção do Bem Jurídico como Função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. *Estudo de Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro (RJ): Renovar, 2006.

_____. *Que comportamento pode o Estado proibir sob ameaça de Pena? Sobre a legitimação das proibições penais*. Revista Jurídica: Porto Alegre (RS), ano 52, nº 317, p. 69/81, mar. 2004.

_____. *Sobre a Fundamentação Político-criminal do Sistema Jurídico-penal*. Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo (SP), ano 9, n. 35, p.13/27, jul./set. 2001.

TELES, Ney Moura. *DP*. São Paulo (SP): 2 ed. Editora Atlas S/A, 2006. Parte Geral.

ZAFFARONI, Raúl Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo (SP): 6 ed. revista e atualizada, Editora Revista dos Tribunais, 2006. Parte Geral, v. 1.

_____. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo (SP): 6 ed. revista e atualizada, Editora Revista dos Tribunais, 2006. Parte Geral, v. 1.

_____. *Em Busca das Penas Perdidas*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.