

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
ANDREA MADSON ALVES

DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Aracaju
2014

ANDREA MADSON ALVES

DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Negócio de Sergipe.

ORIENTADOR:

Prof. Fábio Brito Fraga

Aracaju

2014

ANDREA MADSON ALVES
DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Trabalho de Monografia apresentada ao Núcleo de Graduação do Curso de Direito, da Faculdade de Administração de Negócios de Sergipe – FANESE, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 31 de maio de 2014

BANCA EXAMINADORA

Orientador Fábio Brito Fraga

Faculdade de Administração de Negócios de Sergipe

1º Avaliador

Faculdade de Administração de Negócios de Sergipe

2º Avaliador

Faculdade de Administração de Negócios de Sergipe

Aracaju/SE

2014

O Senhor é o meu Pastor; nada me faltará.

Salmos 23

AGRADECIMENTOS

Já se passaram quatro anos e meio da minha trajetória no curso de Direito, marcada de muita dedicação, determinação e comprometimento. Posso comemorar e vislumbrar o quanto foi gratificante ter lutado para concretização desse sonho, e sei o quanto é individual, e como depende de cada um criar uma meta para alcançá-lo. Quero agradecer primeiramente a Deus por ter me dado fé, saúde e força para superar as minhas limitações e dificuldades. Ao meu orientador Fábio Brito Fraga, pelo suporte e credibilidade em tão pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções, dicas e incentivos. A minha mãe, pelo amor, confiança, incentivo e apoio incondicional. E a todos que de forma direta ou indiretamente contribuíram para a minha formação, muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho tem como eixo a importância da humanização e da individualização da pena, bem como a observância de todos os critérios e princípios previstos explicitamente ou implicitamente nas normas penais ao se calcular dosimetria da pena do condenado. Ademais, buscou analisar e consagrar o “*non bis in idem*” como sendo o mais importante princípio para o instituto retromencionado. Desta forma, o magistrado deve qualificar e quantificar a pena se limitando e respeitando este princípio; destarte, não apenar o condenado duas vezes pelo mesmo fato. Aqui, mostrar-se-á o passo a passo da dosimetria da pena com base na legislação, na doutrina, bem como nas súmulas e decisões jurisprudenciais sobre o instituto, apresentando algumas sentenças condenatórias, analisando e fazendo comparativos capazes de identificar efetivamente se o operador do direito ao aplicar a pena do agente está em consonância com os princípios norteadores e com o que propõe o legislador ao calcular a dosimetria da pena nos casos práticos apresentados. Averiguar-se-á também, se a reincidência é motivo de qualificar a pena na primeira e na segunda fase, configurando o *bis in idem*; se há uma confusão de conceitos sobre este assunto especificamente, visto que para que ocorra a reincidência o agente tem que ter uma sentença condenatória transitada em julgado, desta forma, não se pode qualificá-la nos maus antecedentes na primeira fase e como agravante na segunda fase, pelo mesmo fato. O que preponderou nesta pesquisa foi demonstrar que a dosimetria da pena é muitas vezes a única defesa do condenado, visto que o direito material trabalhado não é bom, restando ao operador do direito defender com precisão as garantias constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a perspectiva de ressocialização do apenado ao se decretar o *quantum* de pena objetivando a pretensão do legislador.

Palavras - chave: Dosimetria da pena. Humanização da pena. *Bis in idem*. Individualização da pena.

ABSTRACT

The present work has as its axis the importance of humanization and individualization of punishment, as well as compliance with all the criteria and principles set out explicitly or implicitly in criminal law when calculating dosimetry pen convicted. Furthermore, aimed at analyzing and consecrate the *non bis in idem* as the most important principle for retromencionado institute. Thus, the magistrate must qualify and quantify the pen limited and respecting this principle; Thus, not penalizing the convicted twice for the same act. Here, the step by step dosimetry of penalty based on legislation, doctrine, and the precedents and jurisprudence on the institution will show up, displaying some sentences, analyzing and making comparative able to effectively identify the operator the right to apply the penalty of the agent is in line with the guiding principles and what the legislature proposes to calculate the dosimetry of punishment in case studies presented. Will be settled also, if the recurrence is reason to qualify the penalty in the first and second phase, setting the bis in idem; if there is a confusion of concepts on this subject specifically, since for that recidivism occurs the agent has to have an enforceable final judgment, thus, can not qualify her poor record in the first stage and the second as an aggravating phase by the same fact. What prevailed in this research was to demonstrate that the dosimetry of sentence is often the only defense of the condemned, since the substantive law is not working good, leaving the operator's right to defend accurately constitutional guarantees such as the dignity of the human person and the prospect of rehabilitation of the convict when the quantum of penalty decree aiming to claim the legislature.

Dosimetry penalty: key - words. Humanization of punishment. *Bis in idem*. Individualization of punishment.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	PRINCÍPIOS NORTEADORES DA DOSIMETRIA DA PENA.....	15
	2.1 Legalidade.....	15
	2.2 Individualizações da pena.....	16
	2.3 Humanidade e da Dignidade da pessoa.....	18
	2.4 Proporcionalidade.....	19
	2.4 Pessoalidade.....	19
	2.6 <i>No bis in idem</i>	20
3	DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	21
	3.1 Fixação Da Pena Base (primeira fase da dosimetria).....	23
	3.1.1 Culpabilidade	24
	3.1.2 Antecedentes	25
	3.1.3 Conduta Social	26
	3.1.4 Personalidade do Agente	26
	3.1.5 Motivos	27
	3.1.6 Circunstâncias do Crime	28
	3.1.7 Consequências do Crime	28
	3.1.8 Comportamento da Vítima	28
	3.1.9 A Relatividade das Circunstâncias Judiciais e legais Positivas	29
	3.2 Fixação Da Pena Provisória (segunda fase da dosimetria).....	31
	3.2.1 Circunstâncias Atenuantes.....	31
	3.2.2 Circunstâncias Agravantes.....	35
	3.3 Fixação Da Pena Definitiva (terceira fase da dosimetria).....	45
	3.3.1 Causas de diminuição da pena.....	48
	3.3.2 Causas de aumento da pena.....	53
4	CASOS PRÁTICOS ANALISADOS	57
	4.1 Análise Do Primeiro Caso Prático	57
	4.2 Análise Do Segundo Caso Prático.....	59
	CONCLUSÃO.....	61
	REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

A Dosimetria da Pena é um importante instituto dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Segundo Kalil (2012, p.5), dosimetria da pena pode ser entendida como dosagem da pena final, variando de acordo com a discricionariedade do juiz ao calcular a pena observando os termos do artigo 68 do Código Penal Brasileiro.

É importante ressaltar que o direito abstrato e o concreto de punir são compreendidos em momentos distintos:

O direito abstrato de punir é notado no momento em que a norma penal incriminadora cria para o Estado o direito de punir abstrato, onde este tem o direito de exigir do cidadão que não cometa o fato prescrito na norma penal e o cidadão tem a obrigação de não realizar a infração penal (KALIL, 2012, p. 5).

Em um segundo momento, “o direito concreto de punir, materializa-se quando da infração penal origina-se uma nova relação, onde o Estado tem o dever de punir e o delinquente tem o dever de submeter-se a sanção penal” (KALIL, 2012, p. 5), sendo, portanto, referendada no direito de coação indireta, considerada imposição da pena *in concreto*.

No âmbito da sentença condenatória devem ser verificadas “as penas aplicáveis ao fato, individualizando-as em concreto”. Assim, entende-se que:

No caso da pena privativa de liberdade, após a dosimetria, estabelece-se o regime penitenciário inicial, aplicando-se, se cabível, a detração, na forma da Lei 12.736/2012. Em seguida, fundamenta-se a possibilidade ou não de substituição por pena restritiva de direitos (art. 44 do CPB) ou, sucessivamente, de suspensão condicional da pena (art. 77 do CPB). Além disso, devem ser apresentados os efeitos da condenação (arts. 91 e 92 do CPB). (COSTA, 2013, p.37).

O presente trabalho buscou estudar a importância do tema dentro do ordenamento jurídico; a sua efetiva aplicabilidade nos casos concretos apresentados; indicar os pontos marcantes, a problemática doutrinária discorrida sobre este tema, com a finalidade de responder os seguintes questionamentos: Quais os princípios fundamentais a serem aplicados nas três fases da dosimetria da pena? Qual a importância desse instituto para o operador do direito, bem como para

o apenado? A dignidade da pessoa humana tem sido observada com o enfoque necessário? Há o efetivo respeito ao princípio do *non bis in idem* ao aplicar a pena? Há, de acordo com os casos práticos doravante apresentados, a devida observância do que propõe o legislador?

Esta pesquisa tentará mostrar a necessidade de se observar e estudar com mais critério este instituto, visto que, a pena acompanha o ser humano desde sempre e não seria diferente nos dias atuais. Tendo como a principal consequência a condenação do apenado, assim, buscar-se-á perpetuar a importância de uma pena justa, digna e coerente.

Destarte, a pesquisa pretende contribuir, apresentando através deste trabalho a importância desse instituto, com o objetivo de aprofundar os estudos a respeito da dosimetria da pena, princípios a ela inerentes e sistemas de aplicação ao se estipular a pena do condenado, uma vez que, o Estado tem o poder-dever de punir, contudo, o agente embora tenha cometido o crime está legalmente protegido pela legislação pátria e por princípios jurídicos que dela derivam. Destacando, precipuamente, a não configuração do “*bis in idem*”.

É importante salientar que o Direito Penal Brasileiro adotou as regras gerais do sistema trifásico previsto no art. 68 do Código Penal, assim, ao aplicar a pena o magistrado observará três fases distintas, quais sejam: a etapa da pena-base fixada através da observância do artigo 59 do mesmo diploma legal; em seguida definirá a pena provisória, aqui, são avaliadas as circunstâncias atenuantes e agravantes; e finalmente terceira e última fase da pena, onde nesse momento da definição serão acrescentadas sobre o resultado das etapas anteriores as causas de aumento e de diminuição da pena encontradas na parte geral e especial do Código Penal e, também, em leis especiais. A não observância do critério trifásico gera nulidade da pena fixada, o agente continua condenado, mas tem o direito de rever a sua dosimetria.

Assim aduz os ensinamentos de Greco:

Com a finalidade de orientar o julgador neste momento tão importante que é o da aplicação da pena, a lei penal traçou uma série de etapas que, obrigatoriamente, deverão se por ele observadas, sob pena de macular o ato decisório, podendo conduzir até mesmo à sua nulidade. (GRECO,2011, pg.172).

Segundo o artigo 59 do Código Penal, são circunstâncias judiciais: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, o comportamento da vítima, as circunstâncias e as consequências do crime.

Ao analisar a dosimetria da pena, percebe-se a sua importância e como o operador de direito, neste momento, possui uma responsabilidade ainda maior para com o futuro do apenado. O objetivo do legislador é de grande maestria, pois ao definir individualmente o conteúdo de cada uma das circunstâncias judiciais do artigo 59, a lei estabeleceu limites e critérios orientadores quando da fixação da pena base, fazendo assim uma adequação do Código Penal aos diversos princípios penais, e destacando-se, dentre os quais, o princípio garantista da legalidade, da individualização da pena; da temporariedade dos efeitos da condenação, da proporcionalidade, da razoabilidade e, principalmente, a não aplicação do *bis in idem*, com a finalidade de encontrar uma pena justa, racional, proporcional e digna.

A aplicação da pena é um tema enigmático do Direito Penal e, sem dúvida, complexo e impreciso, o qual requer do magistrado, ainda mais cautela e comprometimento ao quantificá-la e qualificá-la efetivamente, fundamentando de forma específica. Não há que se falar em motivações generalizadas.

O ordenamento jurídico vincula minimamente alguns critérios objetivos a serem seguidos, devendo assim, o operador de direito ficar atento aos pressupostos da individualização da pena no caso concreto, entretanto, é uma tarefa que suscita diversas dúvidas. O assunto é de suma importância, ademais, percebe-se que apesar de estipulados alguns critérios, os doutrinadores não entram em consenso sobre a correta aplicação do *quantum* da pena. Porque na realidade existe um elevado grau de abstração de determinados conceitos e uma subjetividade para o magistrado estabelecer critérios relacionados, por exemplo, ao modo de viver do apenado, sendo um nó górdio na fixação da pena, desta forma, parte da doutrina entende o que subjetivismo do magistrado ao fixar a pena não seria compatível com o Estado Democrático de Direito.

Assim, esta pesquisa buscou identificar as principais controvérsias e equívocos cometidos pelos magistrados ao qualificar e quantificar a pena definitiva do autor, por intermédio de alguns casos práticos analisados, mostrando a importância da aplicação da pena na vida do indivíduo, vez que, o agente não deve

ser apenado a mais ou a menos pela conduta tipificada no ordenamento jurídico. Por isso, identificar-se-á se houve nos casos apresentados observância aos limites e regras previstos na lei.

Por fim, pretendeu-se apreciar a dignidade da pessoa humana, a qual foi destacada neste instituto, com o objetivo de verificar singularmente algumas das críticas doutrinárias, tais como: a aplicação do *non bis in idem*, o momento adequado de quantificar a pena pela reincidência e cada elemento das circunstâncias judiciais que norteiam a fixação da pena.

Desse modo, fica demonstrada a importância do tema no âmbito jurídico e sua relevância no trato da individualização da pena. Assim, foram questões norteadoras desta pesquisa: os princípios que lastreiam a dosimetria da pena estão sendo observados na qualificação da pena nos casos apresentados? Qual a importância desse instituto para o operador do direito, bem como para o apenado? Como a aplicação da pena vem sendo estudada segundo os doutrinadores e se o tema é devidamente explorado? A dignidade da pessoa humana e a ressocialização do réu têm sido efetivamente respeitados na aplicação da dosimetria da pena feita pelo juiz? De acordo com alguns casos práticos apresentados, se há a devida observância ao que se propõe o legislador em relação a um mesmo fato não ser qualificado mais de uma vez na dosagem da pena? E, em destaque, a não configuração do “bis in idem”, em relação ao instituto da reincidência.

No que se refere ao contexto teórico do tema estudado, dividimos a abordagem nas seguintes partes: A Introdução, na qual foram apresentados o tema, o objetivo do presente trabalho e sua importância no mundo jurídico.

A Segunda Parte, intitulada: Princípios Norteadores da Dosimetria da Pena, que tratou dos conceitos de cada um dos princípios explícitos e implícitos previstos pelo legislador para garantir uma correta aplicabilidade na dosagem, demonstrando a imperiosidade individual dos mesmos ao pesar a pena privativa de liberdade do condenado, bem como perceber que a sentença, conseqüentemente, a dosimetria da pena pode ser o único recurso de defesa do apenado. Dando destaque a não configuração do *bis in idem*.

A Terceira parte do trabalho, intitulada: A Dosimetria da Pena Privativa de Liberdade, nesse momento do trabalho, apontou os dispositivos legais referentes ao tema, a importância do contexto do crime ao fixar a pena-base, apresentando as

etapas do instituto que devem ser seguidas pelo juiz conforme prevê a lei. Sendo assim, a dosimetria da pena possui três fases: na primeira fase serão observadas as circunstâncias judiciais do agente delituoso previstas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro: a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima.

Na segunda fase o juiz analisará as atenuantes e agravantes aos moldes dos artigos 65 e 61, respectivamente, do mesmo diploma; dando destaque a verbete da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, a qual versa que a pena base e provisória não poderão ficar abaixo do mínimo legal; apontando a relativização das circunstâncias positivas e das atenuantes, quando estas aparecem sozinhas; finalmente, terceira e última fase, a qual estabelece que o dosador analise as causas de aumento e diminuição de pena prevista pela lei, tanto na parte especial, quanto na geral do Código Penal; fazendo uma criteriosa abordagem das causas minorantes e majorantes da pena e destacando que nessa fase da dosimetria, o sentenciado poderá ficar com a pena aquém do mínimo ou além do máximo, a depender de cada caso.

A Quarta Parte intitulada de Casos Práticos analisados, nesse momento foram feitas as análises e abordados os questionamentos propostos no presente trabalho, por fim, finalizando-se com a conclusão, intitulada na Quinta parte deste trabalho.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA DOSIMETRIA DA PENA

Os grandes guias do Ordenamento Jurídico Brasileiro são os princípios, não sendo diferente para este instituto. Desta forma, é imperioso destacar que há princípios constitucionais específicos da própria aplicação da pena, aparecendo de forma de explícita, como também implícita na Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna prevê em seu texto uma série de princípios especificamente da sanção penal, alguns estão indiscutivelmente explicitados, outros se deduzem implicitamente na contextualização das normas. Dentre estes princípios merecem especial destaque: legalidade, individualização da pena, dignidade da pessoa humana, da humanidade, proporcionalidade, pessoalidade e o *non bis in idem*, este considerado um subprincípio para alguns doutrinadores. Entretanto, entendemos ser fundamental para efetiva aplicação justa e digna da dosimetria da pena.

Na ciência do direito, os princípios possuem seus enfoques, vinculando-se ao entendimento e aplicação das normas jurídicas, em consonância com as seguintes considerações de Capez:

O legislador, no momento de escolher os interesses que merecerão a tutela penal, bem como o operador do direito, no instante em que vai proceder à adequação típica, devem, forçosamente, verificar se o conteúdo material daquela conduta atenta contra a dignidade humana ou os princípios que dela derivam. Em caso positivo, estará manifestada a inconstitucionalidade substancial da norma ou daquele enquadramento, devendo ser exercitado o controle técnico, afirmando a incompatibilidade vertical com o Texto Magno. (CAPEZ, 2010, p.28)

É de grande relevância que o operador de direito ao aplicar a pena do sentenciado observe os princípios que a norteiam, visto que o ordenamento jurídico protege a dignidade da pessoa humana atendendo os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

2.1 Legalidade

O Princípio da Legalidade previsto na Constituição Federal de forma expressa no artigo 5º, XXXIX, como também no artigo 1º do Código Penal Brasileiro, os quais definem que “não existe crime sem lei anterior que o defina”. Esses

mandamentos consagram a segurança jurídica, uma vez que é necessário o preceito primário do tipo, para que um fato possa ser considerado crime.

A importância deste princípio é indiscutível no Direito Penal, apenas o Poder Legislativo poderá definir o tipo penal, sendo proibidas de forma taxativa medidas provisórias para a matéria e deve estar contido em lei escrita, obrigatoriamente. O crime tem que ter previsão na lei penal e, além disso, existir o preceito secundário do tipo, destarte, o fato somente poderá ser punido se houver uma lei anterior que o defina e uma pena cominada.

Ademais, para consagrar o entendimento sobre a legalidade é imperioso destacar o entendimento de Greco, que preleciona:

O princípio da legalidade, sem dúvida alguma, um dos mais importantes do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal. (GRECO, 2011, p.1)

Ao provocar especificamente uma reflexão sobre tal princípio, percebemos que a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça fere a intenção do legislador, vez que no artigo 65 do Código Penal Brasileiro versa “são circunstâncias que sempre atenuam a pena”, entretanto, o entendimento sumulado não permite que a presença de atenuantes diminua a pena abaixo do mínimo legal.

Assim, um agente que tem várias atenuantes a seu favor, mas não possua circunstâncias negativas sopesadas na primeira fase da dosimetria ou agravantes na segunda fase, não terá diferença em relação àquele agente que teve várias circunstâncias judiciais e legais negativas conseguindo neutralizá-las ou excluí-las com as atenuantes. É inequívoco que a súmula retromencionada não viola apenas o princípio da legalidade penal, mas destrói por completo a individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, Constituição Federal).

2.2 A Individualização Da Pena

A individualização da pena é mais um imperioso princípio explícito constitucional, previsto no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal, prevê

que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos.

A garantia constitucional da individualização da pena pretende consubstanciar uma justa aplicação da pena em cada caso concreto, com a devida observância das particularidades de cada agente, analisando todos os critérios subjetivos de forma personalizada, buscando uma equidade pormenorizada para cada situação apresentada de acordo com o grau de reprovabilidade.

A consagração desse princípio é patente nas decisões dos Tribunais Superiores, conforme ementa abaixo.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CRIME HEDIONDO. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS Nºs 11.343 /06 E 11.464/07. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. REPRIMENDA INFERIOR A QUATRO ANOS, RECONHECIMENTO DE PRIMARIEDADE E AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. COMANDO LEGAL QUE DEVE SER COMPATIBILIZADO COM OS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E PROPORCIONALIDADE. 1. No termos da Lei Antitóxicos, Lei n. 11.343 /2006, a pena fixada na origem, isto é, 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em razão do reconhecimento da primariedade do réu e da fixação da pena-base no mínimo legal em decorrência de favoráveis circunstâncias judiciais, impõe que a pena seja cumprida no regime aberto (Princípio da Individualização das Penas). 2. No caso, adequada a cassação do acórdão estadual e a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade e a substituição por duas restritivas de direito, a serem definidas no Juízo da Execução. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.(STJ, HC 157642/SP, 2009/0247039-1)

A individualização da pena ocorre em três momentos distintos, na primeira fase o legislador define o preceito secundário do tipo penal, o *quantum* de pena entre o mínimo e máximo de forma objetiva que poderá ser devidamente aplicável no caso concreto, constituindo assim, a norma incriminadora, ligando a cada fato típico uma pena.

A primeira fase define e direciona as demais, vez que a lei determina os passos, a serem seguidos pelo magistrado ao dosar as penas. Quando o agente delituoso pratica a infração, entra o segundo momento da individualização da pena, saindo da esfera abstrata, pois até então a pena estava sendo definida pelo

legislador, na segunda fase entra a figura do julgador para definir a pena em concreto, seguindo as normas previstas no ordenamento jurídico e utilizando critérios subjetivos, entretanto, ocorre uma discricionariedade jurídica consubstanciada, visto que o legislador delimita a atuação do magistrado e a não observância de tais limitações pode anular a sentença.

2.3 Humanidade e a Dignidade da Pessoa Humana.

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, conforme expresso no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, como também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no qual o Brasil é seguidor.

O princípio da dignidade da pessoa humana e o da humanidade têm como foco o ser humano, buscando o concreto respeito ao indivíduo com a devida garantia em prol de uma existência prudente, coerente, digna e justa. Outros artigos definem a intenção do legislador.

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

(CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

(PACTO SÃO JOSE DA COSTA RICA)

É mister ressaltar que o respeito ao princípio da humanidade é mitigado por si só, visto que a pena tem uma natureza obscura, aflitiva para o condenado e para seus familiares. Atualmente a dignidade da pessoa humana vem sendo discutida e colocada em pauta, almejando um efetivo cumprimento e respeito a este princípio.

2.4 Proporcionalidade

A proporcionalidade é outro importante princípio, ao atuar na dosimetria da pena deve-se observar a proporção, se a pena é adequada, procurando sempre uma medida justa, prudente e apropriada à necessidade exigida aos casos concretos.

Segundo entendimento consagrado pela doutrina e jurisprudência, a ideia de proporcionalidade revela-se não só como um importante princípio jurídico fundamental, mas também consubstancia um verdadeiro referencial argumentativo.

Assim, ao equacionar a pena, o magistrado deve agir de forma justa e razoável fundamentando concretamente seus conceitos subjetivos, agindo com coerência e proporcionalidade. Atuando de forma ponderada ao fazer uma efetiva relação entre os bens jurídicos afetados e a penalidade do autor. Destarte, o legislador buscou as garantias fundamentais que existem para impedir qualquer restrição da liberdade de forma arbitrária, abusiva e desproporcional. Sendo necessário, apenas, o suficiente para a reprovação do crime.

Para Greco (2011, p.7) “do princípio da proporcionalidade são extraídas duas importantes vertentes, a saber: a proibição do excesso e a proibição de proteção deficiente”.

Sendo assim, não é digno e proporcional que o juízo defina a sentença do condenado se limitando a objetividade positivada e sim, dosar de forma ponderada aos direitos subjetivos do sentenciado, devendo sempre almejar uma reprimenda proporcional e adequada à reprovação do delito dentro do contexto apresentado.

2.5 Pessoalidade

O princípio da pessoalidade entende-se como responsabilidade pessoal, também denominado, princípio da intranscendência da pena, previsto aos moldes do inciso XLV, do artigo 5º da Constituição Federal: sendo assim, a pena privativa de liberdade não poderá passar da pessoa que praticou o delito.

A Carta Magna prevê a reparação dos bens materiais sofrido pela vítima, os quais serão sanados pelos sucessores do agente delituoso; sendo assim, a vítima tem o direito protegido constitucionalmente de receber dos sucessores do falecido, a

devida recuperação dos danos sofridos que sejam capazes de serem consertados por pecúnia ou receber a sua proporcional indenização; até o limite da herança recebida.

Sendo assim, conforme artigo constitucional retromencionado:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

A pessoalidade da pena, como o próprio nome já diz, é intrasferível da pessoa do agente, a possibilidade prevista acima é que após a morte o agente possa ter seus compromissos materiais sanados dentro do limite dos bens deixados.

2.6 *Non Bis In Idem*

A indispensabilidade do *non bis in idem*, imperioso princípio que deve ser analisado com bastante critério, porque, primeiramente, um mesmo fato ou uma mesma circunstância não poderão ser qualificados duas vezes ao se dosar uma pena, o operador do direito deve valorar individualmente cada momento uma única vez.

Segue entendimento consagrado:

O Princípio do *Non Bis In Idem*, embora não esteja expressamente previsto constitucionalmente, tem sua presença garantida no sistema jurídico-penal de um Estado Democrático de Direito. Certamente se avolumou com o incremento do respeito à dignidade da pessoa humana e com a consolidação de um Direito Penal que se ocupa precipuamente do fato delituoso, ao invés de concentrar-se na obstinada perseguição, rotulação e segregação do indivíduo ao qual se após o rótulo de criminoso. É a prevalência do "Direito Penal do fato" sobre o "Direito Penal do autor". (JORIO,2010,[n.p])

É salutar destacar que a presença confirmada em uma sentença do *Bis In Idem* causa a nulidade da sentença.

3 DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

O momento processual da dosimetria da pena é após a condenação do réu, sendo a pena dosada em três momentos distintos previsto pelo legislador. Na primeira fase se aplica a pena-base levando-se em consideração as circunstâncias judiciais aos moldes do artigo 59 do Código Penal; na segunda fase o juiz define a pena provisória considerando os atenuantes e agravantes, e na terceira e última fase o magistrado aplicará a pena definitiva considerando as causas de aumento e de diminuição genéricas e específicas da cominação legal da pena.

Ao se aplicar a dosimetria da pena privativa de liberdade é fundamental que o magistrado observe e respeite os princípios supracitados e o artigo 68 do Código Penal Brasileiro. Eliminando a arbitrariedade judicial que existiu em tempos remotos, visto que, os critérios analisados exigem um cunho subjetivo e discricionário do avaliador de forma coerente, vez que o objetivo do legislador é uma pena justa, digna, humana e proporcional.

O Código Penal adotou o critério trifásico defendido por Nelson Hungria, conforme o artigo 68 do diploma mencionado, sendo que este sistema possui três fases diferentes a serem averiguadas e dosadas, onde cada fato, seja positivo ou negativo para o condenado, deve ser quantificado uma única vez, sob pena de nulidade da sentença.

Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Na primeira fase o dosador aplicará a pena-base observando o *quantum* mínimo e máximo previsto pelo legislador no preceito secundário do tipo, ponderando as chamadas circunstâncias judiciais aos moldes do artigo 59 do Código Penal, destarte, identificar e valorar a pena até o limite permitido em abstrato pela lei, baseando-se pela: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como do comportamento da

vítima; estabelecendo, o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Para Nucci (2010, p. 393) o sistema da aplicação da pena, “trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal”, pois o juiz ao dosar a pena-base valendo-se do livre convencimento, o qual está vinculado aos limites abstratos permitidos pelo legislador, ou seja, o magistrado está adstrito a critérios que definem o *quantum* permitido pela lei, sendo imprescindível a fundamentação e motivação das valorações do *quantum* da pena de forma específica.

Na segunda fase, o juiz definirá a pena provisória considerando as atenuantes e agravantes da parte geral do Código Penal, enumeradas nos artigos 61, 62, 65 e 66, as chamadas circunstâncias legais. Nesta fase o magistrado não pode valorar acima do máximo legal, bem como, abaixo do mínimo legal, conforme versa a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, “a incidência das circunstâncias atenuantes não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Para o Superior Tribunal de Justiça, como o Código Penal não estabeleceu bases de cálculo para o agravamento e atenuação das penas, o referido tribunal segue o entendimento doutrinário, o qual lastreia que esse aumento ou diminuição somente pode ocorrer em até 1/6 (um sexto), atendendo a critérios de proporcionalidade da razoabilidade, fazendo uma analogia com o que prevê as causas de aumento e diminuição de pena.

Conforme entendimento doutrinário resguardado:

Até quando podemos, outrossim, agravar ou atenuar a pena-base fixa?

Ante a ausência de critérios previamente definidos pela lei penal, devemos considerar o princípio da razoabilidade como reitor para essa atenuação ou agravação da pena. Contudo, em face da fluidez desse conceito de razoabilidade, a doutrina em entendimento que “razoável” seria agravar ou atenuar a pena base em até um sexto do *quantum* fixado, fazendo-se, pois, uma comparação com as causas de diminuição e de aumento de pena.

Assim, na ausência de determinação legal, acreditamos que, no máximo, as atenuantes e agravantes poderão fazer com que a pena-base seja diminuída ou aumentada em até um sexto.(GRECO, 2011, P.159).

Quando ocorrer mais de uma qualificadora que não seja elementar do tipo, uma deverá ser valorada na primeira fase e as outras deverão ser consideradas como agravantes genéricos e, conforme define o parágrafo único do artigo 68 do Código Penal, o qual versa que: “concorrendo mais de uma causa de aumento ou de diminuição, prevista na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”.

O sistema trifásico adotado pelo Código Penal Brasileiro define que o magistrado deve valorar a pena seguindo critérios previstos pelo legislador, desta forma, todos os fatos devem ser dosados uma única vez para que não se configure o *bis in idem*, pois não é possível que uma circunstância seja ela, judicial ou legal, venha ser dosada duas vezes na dosimetria da pena, como também, as qualificadoras e as majorantes ou minorantes, seja para beneficiar ou prejudicar o réu.

Entretanto, no tocante a este entendimento, percebemos que ao analisar a causas de aumento e diminuição da pena, o juiz ao definir a fração para minorar ou majorá-la, contabiliza de acordo o contexto do crime, correndo a potencial identificação do *bis in idem* na terceira fase da mensuração.

3.1 Fixação da Pena-Base (primeira fase da dosimetria).

Conforme prevê o artigo 68 do Código Penal Brasileiro, para se calcular a pena-base, o operador do direito deve atender ao critério do artigo 59 do mesmo diploma, assim, se faz necessário o conhecimento profundo das circunstâncias judiciais, as quais servirão de base para fixação da pena, tomando como referência o preceito secundário do tipo para quantificar a pena provisória, aproximando do mínimo ou no máximo a depender de cada caso.

É importante salientar a verbete da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, nesta fase, a pena-base culminada não pode ser quantificada abaixo do mínimo legal, vez que o legislador limitou o *quantum* em mínimo.

A súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça reproduz exatamente: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

As Circunstâncias Judiciais analisam as condições subjetivas e objetivas que integram a relação autor e crime, capaz de estabelecer, conforme necessárias e

suficientes à aplicação da pena. Encontram-se de forma taxativa no art. 59 do Código Penal Brasileiro, sendo de fundamental importância entender a peculiaridade de cada uma delas.

3.1.1 Culpabilidade

Para que a culpabilidade seja uma circunstância negativa na dosagem da pena, o magistrado deve analisar o grau de esforço do agente para a concretização do crime e ponderá-la de acordo com a intensidade da reprovação penal e social, averiguando a intenção e atitude do condenado para que o delito aconteça, com base na intensidade do dolo. Enquanto que, ao analisar a culpabilidade nos crimes culposos, deverá se avaliar a possibilidade do agente de evitar o resultado danoso.

Assim pondera BITENCOURT(2011, pg. 664)

Na verdade, impõe-se que se examine aqui a maior ou menor censurabilidade de comportamento do agente, a maior reprovabilidade da conduta praticada, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de conduta. O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal – na verdade em um dos elementos do tipo, qual seja, a ação – pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto maior a sua intensidade, menor será a censura.

Exemplo: Fulano, ao entrar no taxi lotação, percebe que a bolsa de Maria, também passageira, encontra-se aberta e com o celular a mostra. Ele nem pensa, furta o aparelho, saindo Maria do veículo sem perceber o ocorrido. Percebe-se que no exemplo, Fulano não usou nenhum esforço para consumir o crime. Em que pese, sua atitude continue sendo reprovável, a culpabilidade não será uma circunstância negativa, visto que, a elementar do tipo é subtrair. Assim, essa circunstância será neutralizada no caso concreto, pois o agente delituoso, apenas aproveitou a oportunidade.

O magistrado tem que se ater à dificuldade e a preparação para a prática do crime, quanto maior energia empregada para praticar o crime, ou seja, quanto maior o dolo do agente haverá a possibilidade de quantificar a pena utilizando a circunstância judicial da culpabilidade.

3.1.2 Antecedentes

Os antecedentes criminais são condutas já praticadas pelo agente que sejam judicialmente reprováveis, isto é, se analisa a vida pregressa no âmbito das vias judiciais, assim, não é neste momento que se avalia a vida moral e social do condenado.

Ao averiguar os antecedentes criminais, bem como a conduta social ou a personalidade do agente, o magistrado tem que se ater com bastante cautela para não majorar a pena-base equivocadamente, observando o que versa a súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça. Desta forma, em respeito ao consagrado princípio constitucional da presunção de inocência, não se pode exacerbar a pena fundamentando como maus antecedentes: a mera instauração de inquérito policial, nem a existência de ações penais em andamento, nem mesmo quando há sentença penal condenatória que ainda não transitou em julgado.

Conforme verbete da súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Como também, condenações anteriores por crimes militares próprios e por crimes políticos e os fatos ocorridos antes da maioridade penal do condenado, bem como, as transações penais e as propostas acordadas de suspensão condicional do processo, nem os acordos civis extintivos da punibilidade, nem a prescrição da pretensão punitiva do estado em outra ação penal. Há entendimento e decisões jurisprudenciais que se consideram como maus antecedentes, condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido prazo superior a cinco anos, visto que tal circunstância não configura a reincidência, entretanto, poderá ser aumentada a pena como mau antecedente; ferindo, a nosso ver, a proposta do legislador em relação à punição perpétua, vez que o agente terá em seu histórico uma punição de forma temporal absoluta.

Segundo aduz os ensinamentos de BITENCOURT:

Com efeito, sob o império de uma nova ordem constitucional, e constitucionalizando o direito penal, somente podem ser valoradas como “maus antecedentes” decisões condenatórias irrecorríveis. Assim, quaisquer outras investigações preliminares, processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal, não podem ser valoradas como maus antecedentes.(BITENCOURT 2011, pg. 665)

Para a Carta Magna de 1988, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, destarte, não é constitucional que o condenado tenha sua pena aumentada em razão da possibilidade de ser condenado em outro processo, sendo assim, quando se analisa os antecedentes criminais é fundamental se ater ao que versa o princípio da inocência.

É imperioso salientar neste momento, que a reincidência será considerada na segunda fase da dosimetria, visto que se trata de circunstância agravante.

3.1.3 Conduta Social

Ao analisar a Conduta Social, o juiz deve se valer do comportamento do apenado em relação à comunidade em que vive. Examinando, neste momento, os relacionamentos, procurando descobrir se é calmo ou agressivo, honesto ou desonesto, se possui algum vício. Deve-se sopesar a conduta social em relação aos diversos papéis desempenhados junto à comunidade tais como: relações familiares, trabalho, religião, amigos dentro da efetiva realidade do agente, buscando sempre analisar o contexto social em que vive.

Para BITENCOURT (2011, pg.666) “ deve-se analisar o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc.”

É indispensável ter ciência de que a valoração da conduta social não se confunde com a análise dos antecedentes, visto que é perfeitamente possível que o agente tenha antecedentes criminais e boa conduta social.

3.1.4 Personalidade do agente

Na averiguação da personalidade do agente como uma circunstância judicial negativa ou positiva para a dosagem da pena, deve-se analisar o indivíduo como ser humano, a sua índole, a maneira de agir e de sentir ao responder seus impulsos, o moral.

Neste momento se analisa o indivíduo e não sua conduta social, visto que a conduta social leva em conta a interação do agente com a sociedade; já a personalidade, diz respeito unicamente ao modo de ser do sentenciado, como, por exemplo, se é perverso, frio.

De acordo os ensinamentos de GRECO (2011, pg.156):

Acreditamos que o julgador não possui capacidade técnica necessária para a aferição de personalidade do agente, incapaz de ser por ele avaliada sem uma análise detida e apropriada de toda a sua vida, a começar pela infância. Somente os profissionais de saúde (psicólogos, psiquiatras, terapeutas, etc), é que, talvez, tenham condições de avaliar essa circunstância judicial. Dessa forma, entendemos que o juiz não deverá leva-la em consideração no momento da fixação da pena-base.

Essa circunstância judicial é difícil de ser computada negativamente, visto que o dosador não tem como perceber tal individualidade do agente, pois o contato no momento do interrogatório é insuficiente para avaliar a personalidade do réu.

3.1.5 Motivos.

Pode-se dizer motivos do crime, pois se analisa o porquê do agente ter cometido o delito, desta forma, observar a reprovabilidade ponderada pela sociedade, isto é, se é admissível ou não a depender de cada caso.

Por exemplo, um furto praticado pelo pai de família desempregado, será menos reprovável do que o furto praticado para comprar um ingresso de um show. É imperioso salientar que, o fato do agente não ter um motivo específico para praticar o crime não pode ser considerada como fator de maior reprovabilidade da conduta, uma vez que, a falta de motivo não é mau motivo.

3.1.6 Circunstâncias do crime.

Este é o momento do juiz analisar todos os elementos do crime, observando as peculiaridades do fato, como: o lugar do crime, o horário, o tempo gasto, a relação do agente com a vítima, a postura do criminoso no momento do crime.

Para BITENCOURT (2011, pg.667) “ não se pode ignorar que determinada circunstâncias qualificam ou privilegia o crime ou, de alguma forma, são valoradas em outros dispositivos, ou até mesmo como elementar do crime”.

Lembrando que a premeditação por si só no direito penal brasileiro não constitui crime, entretanto, o momento de qualificar e quantificar a pena é este, isto é, se o agente alcança o que arquitetou e elaborou previamente para o cometimento do crime será dosado pela circunstância do crime.

3.1.7 Consequências do crime

Aqui, se avalia a própria extensão do dano causado à vítima, aos seus familiares ou a própria sociedade pelo delito praticado. A intensidade da lesão jurídica causada e quais os efeitos provocados em função do crime.

Aduz BITENCOURT (2011, pg.667):

Importa, é verdade, analisar a maior ou menor danosidade decorrente da ação delituosa praticada ou a maior ou menor alarme social provocado, isto é, a maior ou menor irradiação de resultados, não necessariamente típicos, do crime.

Por exemplo: O agente delituoso furta um pai de família que está indo a farmácia comprar um remédio necessário à sobrevivência do filho, em consequência do furto, como a vítima não teve como comprar o remédio, seu filho veio a falecer.

3.1.8 Comportamento da vítima.

Segundo entendimento majoritário esta circunstância somente poderá ser dosada para minorar a pena do sentenciado, visto que os elementos passíveis de

majorar a pena devem ser analisados como circunstâncias do crime, por exemplo, local onde a vítima se encontra, horário do delito.

Desta forma, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA NEUTRA. EXCLUSÃO DO ACRÉSCIMO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. À míngua de argumentos novos e idôneos para infirmar os fundamentos da decisão agravada, proferida em conformidade com a jurisprudência sedimentada nesta Corte - no sentido de que o comportamento da vítima só pode ser considerado no cálculo da pena para amenizar a situação do Réu, na hipótese de o sujeito passivo determinar ou criar uma situação em que se ponha suscetível à ação delitiva - mantenho-a intacta. 2. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no REsp: 1245072 PB 2011/0035399-3, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 21/05/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/05/2013)

O juiz averigua neste momento se o comportamento da vítima contribuiu de algum modo, seja consciente ou inconscientemente para que ocorresse o delito, analisado se a mesma provocou o agente, ou se poderia exigir uma conduta diversa do ofendido, identificando na prática se a vítima viabilizou a ação delituosa, seja dolosa ou culposamente.

3.1.9 A Relatividade das Circunstâncias Judiciais e legais Positivas.

O que podemos observar ao analisar as circunstâncias judiciais e legais positivas ao dosar a pena do agente é que, as mesmas somente servirão para neutralizar as circunstâncias negativas, visto que a pena-base não poderá ser menor que a mínima descrita no preceito secundário do tipo.

Conforme versa a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Desta forma, não se pode rebaixar a pena a um limite aquém do mínimo abstratamente previsto para o delito. Destarte, quando as qualificadoras positivas

aparecerem sozinhas não diminuirá a pena abaixo do mínimo legal. Visto isso, o juiz deverá se ater aos limites culminados abstratamente na lei, somente na terceira fase da dosimetria, a pena poderá ficar abaixo do mínimo legal.

Entendimento que consagrado nos tribunais superiores conforme decisão abaixo:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MENORIDADE. ATENUANTE GENÉRICA. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, em face da nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, de forma a inadmitir a utilização do remédio constitucional em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial) e à revisão criminal. Em hipóteses, todavia, de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica, não obstante a mudança de paradigma, autoriza-se, de ofício, a concessão da ordem. 2. O reconhecimento da circunstância atenuante genérica da menoridade não pode ocasionar a transposição do limite mínimo da pena abstratamente cominada ao delito, conforme disposto na Súmula 213/STJ. 3. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, no julgamento do RE 597.270-4/RS, sob o regime da repercussão geral, reconheceu a impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal em decorrência de atenuantes genéricas. 4. Ordem não conhecida. (STJ - HC: 215796 SP 2011/0192036-0, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 06/02/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/02/2014)

A decisão não reconhece a circunstância atenuante genérica da menoridade, uma vez que não pode a cominação abstratamente ao delito ser menor que o limite da pena, conforme disposto na Súmula 213 do Superior Tribunal de Justiça.

3.2. Fixação Da Pena Provisória (segunda fase da dosimetria).

Na segunda fase da dosimetria o juiz definirá a pena provisória do sentenciado avaliando as circunstâncias legais: as atenuantes e as agravantes. As atenuantes genéricas, também denominadas de Circunstâncias Legais Positivas, previstas no artigo 65, bem como as circunstâncias relevantes do artigo 66, ambos do Código Penal Brasileiro, servem para neutralizar as agravantes do artigo 61 do mesmo dispositivo legal ou as circunstâncias judiciais negativas da primeira fase ao se calcular a dosagem da pena em concreto do agente.

É imperioso entender a importância daquelas, visto que a sua incidência aplicada no momento adequado previsto pelo legislador, são capazes de diminuir a pena do condenado, pois uma vez comprovada a sua existência, o juiz é obrigado a reconhecê-la e, conseqüentemente, minorar a pena.

3.2.1 Circunstâncias Atenuantes

As circunstâncias legais - atenuantes genéricas, não possuem rol taxativo, visto que o legislador prevê as circunstâncias atenuantes relevantes, sendo detectadas, independente se antes ou depois do crime, podem diminuir a pena, mesmo não estando previstas expressamente em lei. Desta forma, é possível diminuir a pena do agente utilizando de outras interpretações que não sejam taxativas.

Conforme versa o artigo 66 do Código Penal Brasileiro “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Como também, a exemplo do artigo 8º do Código Penal Brasileiro, aparece atenuante de forma solta dentro desse diploma legal, sendo assim, a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil.

As atenuantes previstas no artigo abaixo serão apresentadas de maneira mais específica.

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;
II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

- a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
- b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
- c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
- d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
- e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

No inciso I do referido artigo, atendendo um critério objetivo, a lei assegura ao apenado a possibilidade de diminuir sua pena, caso tenha na época do crime menos de 21. O legislador buscou garantir a possível e presumível imaturidade, entendendo ser inconsequente o agente ao cometer o delito. De forma objetiva também, ao maior de 70 anos na data da sentença, terá também a prerrogativa de atenuar sua pena, em razão da velhice, por uma questão de piedade e humanidade. Nesse diapasão ensina Dotti:

A Constituição Federal declara que a família, a sociedade e o estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando a sua participação na comunidade, defendendo-lhe sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito a vida(art. 230). (DOTTI,2012,pg. 633)

Ao analisar atenuante e agravante, é imperioso observar o que versa o artigo 67 do Código Penal Brasileiro, visto que algumas circunstâncias legais se destacam mais que outras na hora de ponderá-las ao dosar a pena, assim, a personalidade do agente, isto é, os dados pessoais do apenado como: menor de 21 anos ou possuir mais de 70 anos na data da sentença; se destaca sobre outras circunstâncias, bem como a reincidência e o motivo.

Desta forma, a menoridade do artigo 67 prevalece sobre as demais, assim, se tiver um concurso entre a reincidência e a menoridade, está prepondera sobre aquela.

Conforme entendimento aduzido:

EMBARGOS INFRINGENTES - PENAL - MENORIDADE - ATENUANTE - REINCIDÊNCIA - AGRAVANTE - CIRCUNSTÂNCIA QUE PREPONDERA SOBRE A AGRAVANTE - EMBARGOS PROVIDOS. - A atenuante da menoridade deve preponderar sobre todas as circunstâncias desfavoráveis ao condenando, legais ou judiciais.

(TJ-MG - Emb. Infring. e de Nulidade: 10223100087053002 MG , Relator: Jaubert Carneiro Jaques, Data de Julgamento: 02/07/2013, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 12/07/2013).

Para Greco (2011, p.167), o Código Penal Brasileiro em várias passagens se preocupa em diferenciar o tratamento do agente em razão da idade, o legislador cuida de modo especial daqueles que, no tempo da omissão ou ação do delito, eram menores de 21 anos, uma vez que ainda não estão completamente amadurecidos e vivem em uma das fases mais complicada do desenvolvimento humano, a adolescência.

No inciso II quando o legislador atenua a pena em função do desconhecimento da Lei, tem a intensão de diminuir aqueles fatos que não foram abarcados pelo no artigo 21 do Código Penal, visto que, este prevê a possibilidade da excludente de punibilidade, caso seja inevitável, isto é, impossível que o agente conhecesse o que previa a lei; bem como na segunda parte do referido artigo, buscando alcançar o descumprimento de lei se era evitável.

Assim, tanto como causa de diminuição de pena, como atenuante, o desconhecimento da lei pode minorar a pena, desde que, haja mais de um fato no caso concreto para não configurar o *bis in idem*. O legislador almejou diminuir a pena pelo desconhecimento de lei, entretanto, caso haja, apenas um fato no caso concreto que configure a presença dessa atenuante, o ideal é utilizá-la na terceira fase da dosimetria, visto que é mais benéfico para o apenado.

No inciso III, alínea “a”, o legislador observou o que realmente é importante para a sociedade, desta forma o motivo de relevante valor social prepondera em favor da coletividade, já quando se refere ao valor moral é aquele que parece justo, isto é suficiente, ao menos no campo moral, capaz de justificar a conduta do apenado.

No inciso III, alínea “b”, esta atenuante aparece de forma subsidiária do que versa o artigo 16 do Código Penal, aqui o legislador abarcou aquele agente que se arrepende e/ou reparação do dano, desta forma, como não preenche os requisitos

necessários para a configuração do arrependimento posterior no mencionado artigo, existe como causa de diminuição genérica, o legislador incluiu como circunstâncias legais para atenuar a pena do autor, entretanto, o autor tem que se dispor para evitar as consequências do crime, logo após a prática do delito fazer a reparação do dano, tem que ocorrer necessariamente antes do julgamento da ação penal.

No inciso III alínea “c”, aqui, o legislador buscou diminuir a pena na hipótese de coação resistível, visto que, o artigo 22 “caput”, do Código Penal prevê como causa de excludente de culpabilidade no crime realizado na ótica da coação irresistível, isto é, o agente sendo obrigado a cometer um delito sobre a ótica da coação física ou moral. Entretanto, existindo a coação resistível, isto é, o autor comete o delito naquela situação sobre a qual, se espera outra reação capaz de evitar o delito, ou seja, era exigível uma conduta diversa.

Em relação a atenuante da obediência hierárquica, quando a conduta do autor não se enquadra no que versa o artigo 22 do Código Penal, o qual exclui a culpabilidade do agente (exige que a relação de subordinação hierárquica seja de direito público e não manifestamente ilegal). Todavia, existe cumprimento de ordem de autoridade superior, na qual, o agente comete o delito sob a influência da obediência hierárquica por ter uma personalidade frágil, por ser um indivíduo limitado em comparação ao homem médio. Desta forma, em que pese, tenha cometido um crime, o autor terá sua pena atenuada.

Para finalizar a abordagem, quando o preceito primário do tipo não falar em domínio da violenta emoção, logo após a injusta provocação da vítima, que é causa de diminuição de pena, como por exemplo, o que prevê no artigo 121, § 1º do Código Penal, e sim, da violenta emoção, decorrente de ato injusto da vítima, o autor terá sua pena minorada por esta circunstância legal.

No inciso III, alínea “d”, é importante salientar que a confissão da autoria do crime deve ser espontânea, não podendo advir de elementos externos à vontade do agente. Destarte, não podemos confundir com a confissão voluntária, a qual advém de influências sofridas como, por exemplo: advertência de autoridade ou de outras circunstâncias que levem o agente a se antecipar por ter alguma vantagem ou medo.

No inciso III, alínea “e”, o legislador buscou atenuar a pena do agente que participa do delito sobre influência da multidão em tumulto, no entanto, não foi ele que causou ou provocou a desordem.

3.2.2 Circunstâncias Agravantes

As Circunstâncias agravantes são elementos que sempre majoram a pena, seja por potencializarem o crime, por configurarem condições prejudiciais, por produzirem resultados graves ou gravíssimos ao bem jurídico afetado. Entretanto, o crime aconteceria independentemente da existência de tais circunstâncias legais, vez que, para que se aumente a pena do sentenciado através das agravantes, se faz necessário que já exista a tipificação específica do delito no seu preceito primário do tipo e já tenha ocorrido a primeira etapa da dosimetria da pena.

Capez ensina que:

As circunstâncias genéricas agravantes sempre agravam a pena, não podendo o juiz deixar de levá-las em consideração. A enumeração é taxativa, de modo que, se não estiver expressamente prevista como circunstância agravante, poderá ser considerada conforme o caso como circunstância judicial.

A relação das agravantes está protegida pelo princípio da anterioridade da lei penal, isto é, somente são circunstancias agravantes, aquelas previstas de forma taxativa nos artigos 61 e 62 do Código Penal Brasileiro, uma vez que, servem para prejudicar o apenado, desta forma, não se admite uma relativização ou discricionariedade, ou seja, são de aplicação restritiva, não admitindo aplicação por analogia, como acontece com as atenuantes, vez que configuraria analogia *in malam partem*. Aqui o juiz deve motivar e fundamentar de forma concreta, conforme versa a súmula 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada. (Súmula 718 do STF)
A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. (Súmula 719 do STF)

Ocorrendo no crime em apreço uma das agravantes previstas de forma taxativa nos artigos 61 e 62 do Código Penal, é patente que haverá um maior grau de reprovação da conduta do sentenciado, há uma previsão legal de se atribuir uma pena mais severa. É importante salientar que este é um momento crucial para o juiz, visto que em determinados crimes, o tipo penal possui similaridades com circunstâncias agravantes, as quais incidem como elementar do tipo penal. Em outras situações, a norma penal inclui no tipo uma circunstância como causa de aumento de pena, também denominada de circunstância qualificadora.

Destarte, ocorrendo no caso concreto uma circunstância elementar, bem como uma qualificadora no próprio tipo penal, não incidirá mais as agravantes do artigo 61 do Código Penal, vez que configuraria o *bis in idem*. De acordo com o que versa na parte final do artigo 61, na expressão “...quando não constituem, circunstância elementar, ou qualificam, circunstância qualificadora, o crime.”

Um exemplo de circunstância qualificadora que não pode ser considerada para efeitos de incidência do artigo 61 do Código Penal é o motivo fútil no delito de homicídio. Como ela está prevista como circunstância própria do homicídio qualificado (art. 121, § 2.º, inciso II, do Código Penal), a pena deste delito não pode ser majorada com base na circunstância do artigo 61, inciso II, “a”, do Código Penal, pois já aparece como circunstância que agrava do próprio crime.

Sendo assim, serão definidas cada uma das circunstâncias atenuantes previstas no artigo abaixo.

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

- h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;
- i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
- j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
- l) em estado de embriaguez preordenada.

No inciso I, o legislador aponta a reincidência como um dos principais agravantes que majoram a pena, tal instituto está previsto no artigo 63 do Código Penal, e seus efeitos no artigo 64 do mesmo diploma.

Art. 63 - 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.

O instituto requer muita atenção, desta forma, dois critérios devem ser observados para que o mesmo seja caracterizado, primeiro: o agente tem que ter cometido um crime, isto é, como o próprio artigo refere-se, crime, e não contravenções penais. Segundo: com sentença penal condenatória transitada em julgado, a qual pode ser no Brasil ou no estrangeiro. Destarte, se identificado tais critérios e o agente cometer novo crime, o instituto estará configurado.

Outro ponto importante ao se apurar a dosimetria da pena em relação a configuração da reincidência é o que versa as súmulas 241 e 444 do Superior Tribunal de Justiça, as quais aparecem como reforço ao artigo 63 do Código Penal Brasileiro, vez que, este já expõe os requisitos necessários para que se reconheça a reincidência. Entretanto, nada impede que, caso ocorra dois fatos que configurem a reincidência, um seja apreciado na primeira fase ao se analisar os maus antecedentes e o outro nas circunstâncias legais dentro da segunda fase da dosimetria da pena.

O instituto da reincidência pode ser reverenciado na decisão aduzida:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. REGISTROSCRIMINAIS. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. FATOS DIVERSOS. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO PARA ELEVAÇÃO DA SANÇÃO BÁSICA E NA SEGUNDA ETAPA DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 241 DESTE STJ RESPEITADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. Só há violação ao princípio do ne bis in idem e à Súmula 241/STJ quando a circunstância judicial dos

maus antecedentes e a legal da reincidência derivam do mesmo fato, o que inócorre na espécie, estando devidamente justificada a fixação da sanção básica em patamar superior ao mínimo legalmente previsto. APLICAÇÃO DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. PREPONDERÂNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 67 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO.1. A agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão espontânea, não podendo gerar a compensação pretendida, especialmente quando há notícia de que o paciente é duplamente reincidente. Exegese do art. 67 do Código Penal. Precedentes da Quinta Turma. 2. Ordem denegada. (STJ - HC: 152331 DF 2009/0214647-7, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 13/03/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/03/2012)

A súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça impede a configuração do *bis in idem* na dosimetria da pena ao se analisar a incidência da reincidência na dosagem, assim, “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”. Isto é, utilizá-la na primeira fase como maus antecedentes e na segunda como reincidência.

Bem como, o juiz ao pesar a pena deve se ater a súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, pois esta impede que sejam utilizados inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, isto é, na primeira fase da dosimetria, averiguando as circunstâncias judiciais do apenado.

No estudo da reincidência é imperioso apontar o que versa também o artigo 64 do Código Penal:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

Por ter o indivíduo cometido um crime, a lei impede que seu histórico criminal sirva de forma perpétua para aumentar a sua pena, para configurar a reincidência, caso o criminoso que tenha sido condenado e tenha sanado seu problema com a justiça venha a cometer outro crime.

Prevendo tal aumento, o legislador delimitou os efeitos da reincidência. Sendo assim, conforme o artigo retromencionado, se tiver decorrido prazo superior a cinco anos, entre a data do cumprimento da sentença ou extinção da pena e o crime cometido posteriormente, não prevalecerá à reincidência.

Entretanto, segundo Grego (2011, p.166), o fato do artigo 64 do Código Penal ter limitado os efeitos da reincidência, não impede que tal circunstância agrave a pena ao se analisar os maus antecedentes, “não poderá a condenação anterior ser considerada para efeitos de reincidência, prevalecendo tão somente para configuração dos maus antecedentes”.

O motivo fútil quando não qualifica o crime, também é uma agravante genérica conforme o inciso II, “a” do artigo 61 do Código Penal. É aquele motivo pequeno, insignificante, que em hipótese alguma justificaria a prática do crime, não há uma proporção entre o desígnio do agente e a prática do delito.

É importante perceber que deve existir no caso concreto a prova de um motivo pequeno ou insignificante, e também, que a mera falta de motivo não é suficiente para agravar a pena. O motivo tem que ser necessariamente banal, ínfimo, que gere uma desproporcionalidade com relação a ação ou omissão do agente.

De acordo com o conceito de GONÇALVES(2011, pg.96) “ É o motivo pequeno, insignificante, ou seja, deve ser reconhecido quando houver total falta de proporção entre o ato homicida e sua causa”.

Exemplo: a vítima pede uma roupa emprestada ao agente para ir a uma festa e não a devolve no tempo combinado, o agente, com raiva, desfere uma facada na vítima.

É importante perceber que o motivo fútil pode dar ensejo ao início de uma discussão e no calor das ofensas os envolvidos agirem de forma desproporcional, nessa circunstância a agravante desaparece, visto que o agente não agiu de forma pensada, somente pelo motivo banal, foi envolvido pelo calor da discussão.

Já o motivo torpe é algo vil, repugnante, reprovado pela sociedade, repellido moralmente. O motivo do agente é tido como imoral, causando ainda mais um desconforto social, sendo assim, o legislador nesta circunstância entendeu que a pena deve sofrer um maior agravamento, o fato de o crime ter decorrido de um

sentimento moralmente repugnado pela sociedade, ensejando uma causa de maior reprovação da conduta do agente.

Como por exemplo: cometer um crime por preconceito, canibalismo, vampirismo, rituais macabro, intenção de ocupar o cargo da vítima, matar a esposa porque não quis manter relação sexual, matar por prazer.

No Inciso II, “b” - Para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime – o legislador buscou punir o autor que quer se esquivar independentemente, da quantidade de crimes que tenha que cometer para não ser apreendido e seja punido, se mantendo totalmente indiferente à paz social, sendo assim, para garantia do primeiro ilícito e a sua impunidade, ele executa outros crimes, sendo plausível a intenção do legislador, visto que, há uma maior reprovação da conduta capaz de justificar uma pena mais severa.

Sendo assim, segundo DOTTI (2012, p.626):

O conteúdo variado desse dispositivo revela que o legislador foi providente em incluir as várias modalidades de bom sucesso da atividade criminosa. Um erro não justifica o outro, diz o velho adágio popular, significando que a recaída no mal sempre é reprovável. A execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem são pontos cardeais desse itinerário que o agente poderá percorrer.

No inciso II, “c” - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido. É o delito cometido de forma súbita sorrateira, com agressão física ou moral do agente, a traição é quando a vítima é atingida pelas costas ou enganada, sendo atraída à determinado local onde o crime pode ser praticado com mais facilidade; já a emboscada é a tocaia, o agente fica de vigilância para atacar a vítima desprevenida; enquanto que a dissimulação é o fingimento, isto é, fingir falsa-amizade para atacar a vítima ou utilizar disfarce para desprevenir o ofendido, assim, iludi-o para a realização do crime.

Nesse sentido é o ensinamento de DOTTI (2012, p. 626):

Ao prever também como agravante a utilização de “outro recurso” que dificulta ou impossibilita a defesa do ofendido, o Código Penal autoriza a interpretação por analogia. Esta forma de exegese não se confunde com a aplicação analógica que é vedada quando se trata de criminalizar a conduta ou agravar a pena.

Como as agravantes são previstas de forma expressa e taxativa, é importante perceber que o legislador deixou neste inciso uma interpretação por analogia no que venha a ser “outro recurso” com a intenção de abarcar manobras obscuras do agente delituoso. Desta forma, alcançar recurso que dificultou ou tornou impossível à defesa do ofendido, ou seja, alguma circunstância similar à traição, emboscada ou dissimulação, não definida taxativamente pela norma, mas passível de ser considerada para fins e majoração da pena, desde que dificulte ou torne impossível à defesa da vítima.

Conforme o inciso II, “d”, o qual versa que se o agente utilizar para cometer o crime: o emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum, percebe-se que primeira parte do inciso é alto explicativo, quanto ao meio insidioso, podemos dizer que é um meio desleal, enganador, que reduz a possibilidade de defesa da vítima, bem como o meio cruel, é o meio que causa um sofrimento inútil à vítima, que ultrapassa o limite do que seria necessário para a efetiva prática do delito. Quanto ao meio que pode resultar perigo comum, o legislador buscou proteger terceiros, assim se o ofensor praticar crime que resulte em dano coletivo, contra o ofendido e atinja terceiros, será alcançado pela agravante em apreço.

O inciso II, “e”, o legislador protege a família contra a indiferença do agente, desta forma, agrava a pena se o crime for cometido: contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge. Uma vez que, não houve por parte do delinquente respeito ao vínculo sanguíneo, o qual deveria desenvolver, no mínimo, um nobre sentimento de solidariedade, amor, sensibilidade.

É importante salientar o que versa sobre tal agravante GRECO:

A prova do parentesco deverá constar, obrigatoriamente, dos autos, mediante documentos próprios (carteira de identidade, certidão de nascimento ou certidão de casamento etc.), não podendo a circunstância agravante ser aplicada na sua ausência. Não importa, ainda, que o parentesco seja natural ou proveniente de adoção. Como a última figura da alínea e faz menção ao cônjuge, não podemos nela admitir a pessoa do companheiro, sob pena de ser realizada a chamada analogia in malam partem, o que não impede que, neste caso, seja aplicada a circunstância agravante elencada pela alínea “f”, cuja a análise será feita adiante. (GRECO,2011, pg. 160).

É importante perceber que a lei penal busca mais segurança no ambiente familiar, visto que a vítima se encontra vulnerável pela confiança e convivência.

Ao que se refere o inciso II, “f” - Com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou de violência contra a mulher na forma da lei específica. Ocorre quando o agente utiliza da sua autoridade familiar ou da confiança que a vítima lhe deposita em razão da dependência, intimidade ou pela vida em comum, também são circunstâncias legais previstas no artigo 61 do Código Penal, capaz de majorar a pena.

Aqui, o legislador mostra a importância do papel do tutor, curador e empregador, não podendo os mesmos em tais relações cometer crimes e se beneficiar da autoridade e da dependência da vítima, bem como a relação doméstica entre homens e mulheres, consagrada pela Lei Maria da Penha. Desta forma, abusando de tal circunstância, serão alcançados por essa majorante.

A lei leva em consideração no inciso II, “g” o exercício abusivo ou desviado do agente público no exercício da função pública, ministérios, atividades religiosas; alcançando o agente que extrapola uma prerrogativa funcional ou viola um dever inerente à sua profissão ou cargo que ocupa.

Exemplo: um padre que utiliza da sua função para pedir ajuda a sua comunidade, alegando ter uma doença incurável.

No inciso II, “h” – Contra criança, velho, mulher grávida e enfermo – o legislador buscou repreender e apenar de forma objetiva, mais severamente a prática de crime contra essas pessoas, visto que em várias passagens das normas legislativas se presume a vulnerabilidade que possuem diante da sua reduzida capacidade de defesa em relação ao agente delituoso.

A lei buscou alcançar através no inciso II, “i” – Ofendido sob imediata proteção da autoridade – aqueles agentes que não se intimidam e agem contra uma autoridade, sendo assim, se considera mais grave o crime em que a vítima tem alguma autoridade sobre o delinquente, visto que, este não tem medo e nem sequer respeita tal condição.

No que tange o inciso II, “j” - em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; para aplicar esta hipótese se faz necessário reconhecer que o agente delituoso, ao praticar o crime, se aproveita de uma situação desfavorável para a vítima, isto é, um infortuito

particular, entretanto, não provocada pelo agente. Bem como, alcançar o agente que se aproveita de um incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade para praticar crimes, visto que, a vítima de uma maneira geral estará vulnerável e fragilizada. Sendo assim, o legislador quantifica a pena a mais com tal agravante.

A lei prevê agravar a pena do agente com base no inciso II, "i" do artigo 61 do Código Penal Brasileiro. Assim, em estado de embriaguez preordenada, desta forma, quando o agente provoca voluntariamente a própria embriaguez com a finalidade de cometer um crime, pois consciente não tem coragem, e ainda com o intuito de provocar a diminuição de sua culpabilidade em face da embriaguez, será alcançado por essa agravante.

Conforme versa Dotti (2012):

A reprovabilidade da conduta é mais acentuada quando o sujeito se coloca, pela embriaguez, em estado de incapacidade de entender e de querer ou em situação de encorajamento para vencer barreiras exteriores ou as resistências psicológicas contra o delito. No primeiro caso, a culpabilidade é debitada ao agente em face da teoria da *actio libera in causa*. No segundo, a capacidade de culpa torna-se mais evidente, como ocorre na prática dos crimes de roubo e de estupro após a ingestão de entorpecentes ou drogas afins.

É importante perceber que o agente delituoso tem que ter o dolo de se embriagar para cometer o crime para que essa agravante tenha condição de aumentar a pena do sentenciado.

O Código Penal no artigo 62 também define circunstâncias legais que agravam a pena, no caso de concurso de pessoas.

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:
I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
II - coage ou induz outrem à execução material do crime;
III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;
IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Ao estudar o artigo 62 percebe-se que o legislador o deixou em consenso com o que versa o artigo 29, ambos do Código Penal, o qual orienta a medida da sanção aos autores do mesmo contexto criminoso, buscando mensurar a culpabilidade de cada um. Assim, "quem de qualquer modo, concorre para o crime

incide nas penas a este cominada, na medida as sua culpabilidade”. Este artigo abarca o agente que teve uma participação com menos importância no crime, o qual será pesado na terceira fase da dosimetria por se tratar de causa geral de diminuição. Já as circunstâncias arroladas naquele dispositivo alcança o agente que possui maior culpabilidade, há uma periculosidade em evidência na participação do crime, a qual justifica uma sanção mais severa em face do sentenciado.

Desta forma, aos moldes do inciso I do artigo 62 do Código Penal, “a pena será ainda agravada em relação ao agente que: promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes”, ao analisar tal hipótese o juiz, seguindo a vontade da lei, deve punir mais severamente aquele que gerencia a cooperação ou a organização do crime, dirigindo a atuação dos demais, isto é, quem chefia a empreitada criminosa.

A lei no inciso II do artigo retromencionado agrava a pena do agente criminoso que coage ou induz outrem à execução material do crime, isto é, caso a coação, se resistível, mas o coagido não teve atitude sobre aquele que o coagiu, por temer ou ser inseguro; visto que se for uma coação irresistível será alcançado pelo artigo 22 do mesmo diploma legal, o qual versa que somente o autor da coação irresistível será punível. Naquela situação, o agente que coage ou induz, responde por este inciso. Entretanto, o coagido também responde, tendo o direito apenas de atenuar sua pena conforme o artigo 65, III, “c” do Código Penal. Sendo assim, aquele que impõe sua força (física ou moral) ao coagido para cometer um crime, como também aquele que sugere ao autor a prática do crime, que dá a ideia do delito, induz o agente, terá sua pena agravada.

O agente que tem autoridade sobre o sujeito ou não é punível em virtude de condição ou qualidade pessoal e em função dessa condição, o instiga ou determina que o indivíduo cometa um crime, terá sua pena agravada por incidir no inciso III do artigo 62 do Código Penal, aqui a subordinação é abarcada de maneira ampla, a qual pode ser familiar, profissional, funcional; e alcança também, por exemplo, aquele que a lei exclui a punibilidade aos moldes do artigo 181 do mesmo diploma.

Desta forma, se o agente instiga um amigo a furtar um objeto de valor da própria mãe para presentear-lo, responde por esse inciso, pois ele sabe que o amigo não será punido, pois neste contexto, o amigo estará protegido por uma escusa absolutória. É importante perceber a vontade do legislador, vez que, os verbos

utilizados são: instigar ou determinar, sendo assim, a instigação é uma pressão psicológica, a qual visa animar o agente a praticar um crime, destarte, mesmo o agente tendo inicialmente o dolo de praticar o delito, aquele que instiga será alcançado por este inciso.

O inciso IV do artigo aqui mencionado, agrava a pena daquele agente delituoso que pratica o crime mercenário, isto é, executa o crime, pois receberá ou já recebeu alguma recompensa. Esta hipótese determina a exasperação da pena, uma vez que, o sentenciado apresenta uma total insensibilidade, descaso com os princípios morais básicos, falta de respeito pessoal e social, ferindo a própria dignidade.

No final da segunda fase da dosimetria da pena, estará definida a pena provisória, nesta fase a pena não poderá ficar abaixo do mínimo legal, conforme a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

3.3 Fixação Da Pena Definitiva (terceira fase da dosimetria)

Na terceira e última fase da dosimetria se define a pena, isto é, no final deste momento da dosagem se terá a pena definitiva do agente, aqui, se analisam as causas de aumento e diminuição, tanto as genéricas, quanto as específicas de cada delito, as quais são expressas em frações.

É imperioso destacar um detalhe desta fase, uma vez que, há uma diferença das etapas anteriores, neste momento, as causas de aumento e diminuição podem elevar o *quantum* da pena em concreto para abaixo do mínimo legal em abstrato, como também para além do máximo.

As majorantes ou minorantes, como também são chamadas as causas de aumento e diminuição de pena, aparecem na lei de forma variável ou pré-estabelecida, desta forma, o legislador em alguns crimes já estabelece a diminuição ou o aumento, caso tal situação aconteça. Em outros delitos a lei permite que o julgador faça seu exame discricionário, limitando-o a um *quantum* mínimo ou máximo. As causas de aumento e de diminuição aparecem também, de forma genérica e específica, aquela pode ser usada em qualquer crime, enquanto que esta no crime já determinado pela lei.

Nesta fase o dosador usará a pena provisória, isto é, o cálculo já alcançado do resultado das duas fases anteriores, utilizando-a como referência para majorar ou minorar a pena. Entretanto, para exacerbar o pré-estabelecido pela lei, o juiz deverá analisar o contexto de forma criteriosa, para não quantificar e qualificar um mesmo fato, e configurar o *bis in idem*. É importante perceber que a configuração do *bis in idem*, é utilizar o mesmo fato para quantificar a pena, seja para majorá-la ou minorá-la, tal equívoco pode causar a nulidade da sentença.

No contexto de um crime pode haver tanto causa de aumento, quanto de diminuição de pena, configurando o concurso de majorantes com minorantes. Destarte, o dosador deverá primeiro aplicar a causa de aumento, em seguida a causa de diminuição, entretanto, ocorrendo o concurso de causa de aumento ou de causa de diminuição, prevista na parte especial, poderá o sentenciador limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumenta ou mais diminua, de acordo com o parágrafo único, do artigo 68 do Código Penal Brasileiro.

É importante perceber neste momento que se houver mais uma causa de aumento ou de diminuição, da parte especial e outra da parte geral, ambas devem ser aplicadas, visto que, o artigo retromencionado se refere, somente, a parte especial do Código Penal Brasileiro.

O juiz deve se ater as incidências cumulativas das causas de aumento e diminuição, caso ocorra no caso concreto mais de uma causa de diminuição, uma da parte geral e outra da específica, o juiz deve trabalhar em forma de cascata, desta forma, a pena não poderá ser zerada ou até mesmo ser negativa. A aplicação em cascata, ou seja, aplica-se a primeira majorante ou minorante sobre a pena provisória, depois vai se aplicando uma a uma sobre o *quantum* obtido e assim por diante.

Este entendimento de incidência em cascata já é pacífico na jurisprudência, utilizando este método pouco importa quem será aplicada primeira, a causa de aumento ou de diminuição, visto que, segundo a matemática, “a ordem das parcelas não altera o produto”.

Segundo o entendimento de COSTA (2013, p.222):

Sendo assim, ou seja, considerando-se a adoção do método da incidência cumulativa, não há ordem que deve ser seguida para a aplicação destas causas, de forma que, por exemplo, a tentativa não

necessita ser a última causa a ser considerada, pois isso não alterará o resultado da pena definitiva.

No que tange ao concurso de crimes é importante observar que cada delito deve ser dosado separadamente, em respeito ao princípio da individualização da pena, desta forma, ao final da dosagem da terceira fase, se houver mais de um crime, o juiz deverá sopesar a pena com a total observância aos critérios adotados pelo legislador em relação ao concurso de crime material, formal e continuado, respectivamente, artigos 69, 70 e 71 do Código Penal Brasileiro.

O apenado não poderá ter sua liberdade cerceada com prazo superior a trinta anos, assim versa o artigo 75 do Código Penal Brasileiro, entretanto, é importante observar que o artigo refere-se a pena privativa de liberdade, sendo assim, conforme a verbete da súmula 715 do Supremo Tribunal Federal, o limite de trinta anos de cumprimento não é considerado para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável da execução, destarte, se o agente for condenado a cem anos de reclusão em razão da soma de concurso de crimes, o criminoso somente ficará 30 anos preso, no entanto, para ser beneficiado com a progressão de regime, livramento condicional, entre outros, terá como base a condenação total.

De acordo o que versa o artigo abaixo:

Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

A lei buscou solidificar o que versa a Carta Magna de 1988 no artigo 5º, XLVII, “b”, uma vez que, é vedado no nosso ordenamento jurídico brasileiro à imposição de penas de caráter perpétuo, como também, se justifica a intenção do legislador em criar outra finalidade, isto é, proporcionar ao condenado uma esperança da liberdade, ressocialização e a aceitação da pena como uma forma de discipliná-lo.

Entretanto, se o agente, supervenientemente obtiver uma nova condenação, automaticamente, se determina uma nova unificação das penas, desprezando-se no cálculo o período já cumprido (§ 2º), sendo tal matéria prevista no parágrafo único, bem como no *caput*, do artigo 111 da Lei de Execuções Penais.

3.3.1 Causas de Diminuição de Pena

As causas de diminuição previstas em vários dispositivos legais sejam na parte geral ou na especial do Código Penal Brasileiro, bem como em leis específicas, definem a pena do agente na terceira fase da dosagem. Destarte, o juiz deve fundamentar e motivar as sentenças respeitando os princípios imperiosos da dosimetria da pena, a exemplo da proporcionalidade e do *non bis in idem*. Visto que é nessa fase que a pena poderá ficar abaixo ou acima do preceito secundário definido pelo legislador.

A tentativa prevista no artigo 14, parágrafo único do diploma retromencionado, diminuirá a pena do delinquente caso seja identificada, conforme versa o respeitado dispositivo abaixo.

Art. 14 - Diz-se o crime:

Crime consumado

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

Tentativa

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Pena de tentativa:

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Para seja reconhecido tal instituto, se faz necessário que o agente tenha iniciado a execução e o crime não tenha se consumado por circunstâncias alheias à vontade do sentenciado. Sendo assim, ao reconhecê-la, o juiz fará a dosimetria com base no *quantum* abstrato do crime correspondente, isto é, o crime que o agente teve o dolo de praticar e não conseguiu. Nesta fase o dosador diminuirá a pena de acordo o contexto dos fatos, diminuindo de um a dois terço da pena provisória. O Juiz deve justificar e motivar ao dosar e fixar a redução da pena dentro desses limites legal. Dessa a forma, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial a minoração da tentativa será considera de acordo com a extensão da conduta do

autor até o momento em que foi interrompida. Quanto mais próxima da consumação, menor deve ser a redução um terço.

Por outro lado, quanto mais longe a conduta do autor ficou da consumação do delito, maior deve ser a minoração da pena dois terços. Assim, podemos distinguir a primeira como uma tentativa perfeita e a segunda imperfeita.

Segundo Greco (2011, p.47):

Podemos distinguir a tentativa em perfeita e imperfeita. Fala-se em tentativa perfeita, acabada, ou crime falho, quando o agente esgota, segundo o seu entendimento, todos os meios que tinha ao seu alcance a fim de alcançar a consumação da infração penal, que somente não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade. Diz-se imperfeita, ou inacabada, a tentativa em que o agente é interrompido durante a prática dos atos de execução, não chegando, assim, a fazer tudo àquilo que intencionava, visando consumir o delito.

Entendimentos jurisprudências consideram que ao identificar no caso concreto a tentativa perfeita ou crime falho, o juiz deve diminuir no mínimo legal a pena do agente, pouco importando a circunstâncias judiciais positivas do sentenciado. Visto que o agente executou todos os atos para alcançar a empreitada criminosa.

Existe também a tentativa branca ou incruenta, a qual é identificada quando o agente mesmo executando todos os atos delituosos definidos por ele para efetivar o crime, não consegue alcançar a vítima ou a coisa almejada, frustrando-o totalmente. Entendimento doutrinário e jurisprudências defendem que a pena deverá em tal circunstância ser diminuída no seu percentual máximo.

É importante salientar com base no artigo 4º do Decreto-Lei nº 36688/41 que não é punível a tentativa de contravenção penal.

Outra causa de diminuição de pena prevista na parte geral do Código Penal Brasileiro é o arrependimento posterior previsto no artigo 16 da Lei Penal Substantiva. Para que se reconheça esse instituto, três requisitos devem ser observados: primeiro, a não existência da violência ou grave ameaça a pessoa; segundo, o agente tem que reparar o dano ou restituir a coisa até o recebimento da denúncia ou da queixa de terceiro, o ato tem que ser voluntário. Atendendo a tais critérios a pena do agente poderá ser diminuída de um a dois terços também. É

imprescindível destacar que uma vez reconhecido tal instituto no caso concreto o juízo tem o dever legal de aduzi-lo e, conseqüentemente, diminuir a pena.

Neste momento, é importante observar que caso o agente venha a reparar o dano mesmo depois da denúncia ou queixa, será amparado pela atenuante prevista no artigo 65, III, “b” do Código Penal Brasileiro.

É imperioso salientar, também, que a lei não permite que em crime cometido com violência ou grave ameaça seja reconhecido tal instituto, entretanto, não impede que o agente seja beneficiado com atenuantes gerais, quando estiver diante de crime culposos.

Para Greco (2011, p. 53) “embora a lei penal proíba o reconhecimento do arrependimento posterior nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, isso não impede a aplicação da mencionada causa geral de redução de pena quando estivermos diante de delitos de natureza culposa, a exemplo do que ocorre com as lesões corporais”.

O erro sobre a ilicitude do fato, conforme versa o artigo 21, segunda parte, do Código Penal Brasileiro, diminui a pena do agente que numa situação de fato não seria possível perceber o caráter ilícito da conduta cometida, havendo uma ausência e impossibilidade de perceber o ilícito, entretanto, poderia se evitar, visto que se for inevitável, o autor ficaria isento de pena, conforme a primeira parte do artigo retromencionado.

Exemplo: uma mulher grávida deve ter ciência que o estado gravídico requer algumas cautelas, entretanto, consome um determinado medicamento sem observar criteriosamente a bula, vindo a perder o bebê, pois acreditava que aquele não tinha nenhuma contraindicação, visto que, sempre tomava o medicamento quando não estava grávida. Nessa circunstância essa agente seria beneficiada pela minorante aqui prevista, podendo sua pena provisória ser diminuída de um sexto a um terço.

No artigo 24, § 2º do Código Penal Brasileiro temos mais uma causa de diminuição de pena, assim sendo, aquele agente que tem o dever legal de enfrentar o perigo e alega em sua defesa o estado de necessidade, o juiz reconhecendo tal circunstância deverá diminuir a pena, visto que o parágrafo 1º do mesmo artigo não permite reconhecer tal instituto na defesa do garantidor, no entanto, o segundo parágrafo permite que a pena seja minorada de um a dois terços.

De acordo o artigo 23 do Código Penal Brasileiro o agente que pratica uma fato tido como ilícito para o ordenamento jurídico sob a régia do estado de necessidade não comete um crime, podendo, entretanto, responder pelo excesso doloso ou culposo, conforme parágrafo único do mesmo dispositivo legal.

Segundo o artigo 26 do Código Penal Brasileiro são isentos de pena: o agente que por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, os menores de dezoito anos, o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato.

Podemos observar que o legislador, no artigo 26, parágrafo único do Código Penal não isenta, mas diminui a pena do agente de um a dois terços, que em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Deixa claro que se o agente for doente mental ou retardado, será isento de pena e se em virtude de perturbações de saúde mental terá sua pena minorada através da causa de diminuição aqui prevista.

É importante destacar, quanto à imputabilidade penal, a causa geral de diminuição de pena de um a dois terços, prevista no artigo 28, § 2º do mesmo diploma, vez que a lei reconhece como minorante de pena a embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior, quando o agente, não possuía, ao tempo da ação ou omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. É imperioso perceber que se o agente estiver completamente embriagado por caso fortuito ou força maior será isento de pena.

O legislador previu também a causa de diminuição nos crimes provenientes de concurso de pessoas, visto que, conforme versa o artigo 29 “caput” do Código Penal, o agente deve responder pelo crime de acordo a sua culpabilidade. Sendo assim, se a participação do agente no crime tiver menor importância, a pena poderá ser diminuída de um sexto a um terço, conforme o § 2º desse artigo.

Existem também as Causas de diminuição da parte especial do Código Penal Brasileiro, o legislador prevê de forma específica para cada crime a diminuição da pena.

A exemplo do homicídio, crime previsto no artigo 121 do Código Penal, o juiz deve se ater a causa de diminuição específica do tipo penal, conforme o § 1º desse artigo, vez que, caso o agente venha a cometer o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. Essa causa de aumento de forma equivocada também é denominada de homicídio privilegiado.

Outra causa de diminuição de pena está prevista no artigo 129, § 4º do Código Penal Brasileiro, desta forma, quando o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. Este parágrafo também tem seu conteúdo previsto como atenuante, assim, caso o agente por essa mesma circunstância pratique outro crime que não possua essa causa de diminuição prevista, poderá ser alcançado pela atenuante nos moldes do artigo 65, III, “a” combinado com 66, ambos do mesmo diploma.

No título II do Código Penal Brasileiro, dos crimes contra o patrimônio, existe a figura do furto privilegiado, configurando uma causa de diminuição de pena, conforme o artigo 155, § 2º do mesmo diploma, destarte, se o agente é primário e o res *furtiva* é de pequeno valor, o dosador a depender do caso em apreço poderá minorar a pena de um a dois terço ou proporcionar outros benefícios.

No artigo 159, § 4º do Código Penal, também se reconhece uma importante causa de diminuição de pena, desta forma, caso o agente que tenha cometido o crime em concurso com outro agente e denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terço.

Nos crime de estelionato, fraude no comércio, receptação, também ocorre uma causa de diminuição de pena, conforme o artigo 171, § 1º e 175, § 2º, 180, § 5º todos do Código Penal, vez que o legislador autoriza que o juiz aplique o artigo 155, § 2º do mesmo diploma, assim, caso o estelionatário, o enganador ou o receptador for primário e o objeto do crime for de pequeno valor, o agente poderá ter sua pena minorada de um dois terços.

As hipóteses de causas de diminuição de pena apresentadas não foram esgotadas, entretanto, buscou-se salientar as principais previstas na lei penal.

3.3.2 Causas de Aumento de Pena

De acordo com o ensinamento de Nelson Hungria, o idealizador do sistema trifásico, método ora estudado e utilizado pelo Código Penal Brasileiro para se aplicar a pena do sentenciado. É na terceira fase que o juiz tem a obrigação de majorar a pena, caso identifique uma ou mais causas de aumento.

As causas de aumento são diferentes das qualificadoras, visto que as causas de aumento possui uma porcentagem em fração, enquanto que, as qualificadoras têm seu preceito secundário definido pelo legislador.

As majorantes encontram-se de forma taxativa, tanto na parte geral como na especial do código substanciado, bem como nas leis específicas, desta forma não é permitido pelo ordenamento jurídico a analogia para prejudicar o sentenciado. Os critérios utilizados para se identificar as causas de aumento de pena exige uma relação de caráter absoluto, sendo assim não há a possibilidade de relativizar.

Nos crimes em que há o concurso de pessoas, o agente que participa do delito menos grave, entretanto, é previsível que o resultado mais grave ocorra, o apenado terá sua pena aumentada até a metade do preceito secundário do crime previsto pelo agente, aumento este, previsto aos moldes do artigo 29, § 2º do Código Penal Brasileiro.

No artigo 70 do mesmo diploma encontramos mais uma importante causa de aumento de pena, a lei prevê na primeira parte desse dispositivo o concurso formal próprio de crimes, isto é, o agente independente de dolo ou culpa, utilizando somente uma ação ou omissão, consegue alcançar dois resultados normativos distintos, incorrerá na majorante em apreço. O concurso formal também pode ser improprio ou imperfeito, isso ocorre quando o agente atua com desígnios autônomos, isto é, tem o dolo de cometer dois ou mais crimes, utilizando apenas uma ação ou omissão. Se os crimes forem diferentes utilizará como pena para cálculo da majorante a abstrata do delito mais grave. É importante observar também, o parágrafo único deste artigo, vez que o agente não poderá ser prejudicado em relação ao que prevê o artigo 69 do Código Penal, o qual define a dosagem do

concurso material, assim sendo, se a soma das penas dos crimes resultante do concurso formal for maior que a soma dos crimes em concurso material, o juiz deverá utilizar este artigo e não aquele.

Aplica-se também essa causa de aumento, quando ocorre erro ou acidente na execução do crime, resultando, além do dolo pretendido pelo agente, um delito a mais do que o autor imaginava, conforme previsto na parte final do artigo 74 do Código Penal.

No tocante ao crime continuado previsto no artigo 71 do Código Penal Brasileiro, a lei determina mais uma causa de aumento de pena, desde que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão praticar dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhanças, entendeu o legislador que os subsequentes deverão ser havidos como continuação do primeiro, sendo assim, aplica-se a pena de um só dos crimes, se idênticos e se distintos a pena do mais grave, aumentada de um sexto a dois terços.

Consequente, de acordo o parágrafo único do referente artigo, quando se tratar de crimes dolosos contra vítimas diferentes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, o juiz poderá, desde que analise as circunstâncias previstas no artigo 59 do mesmo diploma, aumentar a pena até o triplo, desde que observe se esta penalidade não é mais severa que a prevista para concurso material, uma vez que o juiz deve respeitar as garantias constitucionais, isto é, incidir sob a condição mais benéfica para o apenado.

No homicídio e na lesão corporal, ocorre uma importante causa de aumento de pena conforme versam os artigos 121, § 4º e 129, § 7º do Código Penal, portanto, se o agente praticou o delito sem observar as regras técnicas da profissão, arte ou ofício; ou não procura diminuir as consequências do seu ato, deixando de prestar imediato socorro à vítima; terá sua pena aumentada de um terço, outrossim, se a vítima for menor que 14 anos ou maior que 60 e o crime for doloso, haverá aumento de um terço também, de acordo a parte final do mesmo parágrafo.

É importante salientar, também, a causa de aumento prevista no § 6º do artigo 121 do Código Penal, o qual pune mais severamente o agente majorando a pena de um terço até a metade, caso o sentenciado tenha participação em milícia

privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio.

A lei pune mais severamente o agente delituoso que pratica o crime sob a régia da violência doméstica e se da modificação do mundo naturalístico, resultar em lesão corporal de natureza grave, gravíssima ou morte, bem como se a vítima for portadora de alguma deficiência; o apenado terá sua pena aumentada de um terço, de acordo o artigo 129, §§ 10 e 11 do mesmo diploma.

O Código Penal Brasileiro em seu artigo 122, parágrafo único, duplica a pena do agente que induz ou instiga o suicida por motivo egoístico, bem como se a vítima for menor ou, por qualquer causa tenha sua capacidade de resistência comprometida.

Outra causa de aumento de pena é quando o agente que expõe a saúde ou a vida de outrem a perigo direto e iminente decorrente de transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimento de qualquer natureza, em desacordo as normas legais, terá sua pena aumentada de um sexto a um terço, visto que o bem protegido neste dispositivo é a vida e a saúde, sendo assim, o legislador inseriu no parágrafo único do artigo 132 do Código Penal, com a finalidade de punir mais severamente o agente que expõe pessoas, vítimas em potencial, a utilizarem veículos em péssimas condições.

No delito de abandono de incapaz nos moldes do artigo 133, § 3º do Código Penal Brasileiro, está prevista uma causa de aumento de pena de um terço, caso: o agente abandone o incapaz em lugar ermo; pratique o crime contra parentes de linha reta de primeiro grau e os colateral de segundo grau, cônjuge, tutor ou curador, bem como, se a vítima for maior que 60 anos na época do delito. Neste crime tais circunstâncias são majorante específicas do próprio delito, assim o juiz não as dosarão como agravantes gerais do artigo 61, “e” e “f” do mesmo diploma, vez que configuraria o *bis in idem*, entretanto, se existir duas ou mais no mesmo contexto do crime, uma serviria como elemento qualificador específico do crime e as outras como agravante geral.

Ao estudar o Código Penal Brasileiro, é notória a preocupação do legislador em punir mais severamente o agente que pratica um crime doloso com violência e este resulta independentemente do dolo exasperador, em lesão corporal de natureza grave ou morte, posto isso, a lei aumenta a pena em um terço se a lesão for grave e

até o tripulo se resultar em morte, salvo no crime de roubo artigo 157, § 3º do mesmo diploma, uma vez que tais resultados qualificam o crime. Aquelas causas de aumento pode ser comprovadas nos artigos 134, parágrafo único, 135-A, parágrafo único, ambos do Código Penal Brasileiro.

No crime de maus tratos, a pena aumenta de um terço se o a vítima tiver menos de 14 anos, conforme versa o artigo abaixo:

136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

§ 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

§ 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14;

É imperioso destacar a causa de aumento de um terço, cominada no capítulo dos crimes conta a honra no seu dispositivo comum, previsto no artigo 141, I, II e III do Código Penal Brasileiro. Desse modo, o agente delituoso que incidir sobre o preceito primário dos crimes de Difamação, Calúnia e injúria cometidos contra o Presidente da República, chefe de governo estrangeiro; funcionário público, em razão das suas funções; na presença de várias pessoas ou meio que facilite a divulgação do conteúdo dos crimes, terá sua pena aumentada em função desse dispositivo legal. Pune igualmente, se na época do crime, a calúnia e a difamação foi praticada contra maiores de 60 anos ou portadores de deficiência.

No crime previsto no artigo 149, § 2º do Código Penal, onde o agente reduz a vítima à condição análoga de escravo, se está for criança ou adolescente ou o motivo for preconceito, a lei majora a pena do agente delituoso, a qual é aumentada de metade.

O crime de furto, artigo 155 do Código Penal, prevê em seu § 1º, que se o agente praticar o furto durante o repouso noturno terá sua pena aumenta em um terço. Já no crime de roubo, artigo 157 do mesmo diploma, a lei também majora a pena do agente de um terço até a metade, caso venha a praticar o delito: com o emprego de arma; em concurso de duas ou mais pessoas; se a vitima está em

serviço de valores e o agente tem ciência de tal circunstância; caso o roubo for de um veículo automotor e o agente venha a transportá-lo para outro estado ou país; se o agente restringe a liberdade da vítima.

O agente que alicia trabalhadores de um local para outro dentro do território nacional e a vítima for menor que dezoito anos, idosa, indígena, ou portadora de deficiência física ou mental terá sua pena aumentada de um sexto a um terço, conforme o § 2º do o artigo 207 do Código Penal.

A prática de qualquer um dos crimes contra a dignidade sexual aumenta a pena de metade se for cometida por: ascendente, padrasto ou madrastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou qualquer outro título que tenha autoridade sobre ela; e de quanta parte se for cometido em concurso de duas ou mais pessoas, com base no artigo 226, I e II do Código Penal.

4 CASOS PRÁTICOS ANALISADOS

Os casos práticos aqui analisados servirão, a título de exemplos, como base para a conclusão do presente trabalho, sendo apontado pela análise de uma forma geral se a efetiva vontade do legislador está sendo observada e respeitada no mundo forense, com o intuito apenas de responder os questionamentos feitos na introdução.

4.1 Análise Do Primeiro Caso Prático

Através da sentença abaixo apresentada nos autos do processo nº. 201321200512 da 2ª Vara Criminal do Estado de Sergipe percebe-se que algumas minorantes e majorantes estudadas no presente trabalho são facilmente aduzidas.

Analizadas as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, quanto à **culpabilidade**, denota-se que a ré agiu com dolo normal à espécie, nada tendo a se valorar; a ré não possui **antecedentes criminais**, poucos elementos foram coletados a respeito de sua **conduta social**, razão pela qual deixo de valorá-la; não há nos autos elementos suficientes à aferição da **personalidade** da acusada; o **motivo** para o seu comportamento delituoso é inerente ao tipo penal; as **circunstâncias** encontram-se detalhadas nos autos, mas não há nada que extrapole o tipo penal; as **consequências** do crime são

próprias do tipo, nada tendo a se valorar, sob pena de se incorrer em *bis in idem*; não há registro de que a **vítima** contribuiu para o cometimento do delito.

Assim, fixo-lhe a pena-base em **02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa**, estes no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Presente a circunstância prevista no art. 65, III, “d”, do CP, deixo de atenuar a pena tendo em vista que fora fixada em seu mínimo legal (súmula 231 STJ). Não havendo incidência de outras circunstâncias atenuantes e agravantes, fixo a pena intermediária em **02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa**, estes no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Concorrendo a causa de diminuição referente à tentativa, minoro a pena da acusada em 1/3 (um terço) diante do *iter criminis* percorrido ter se aproximado da consumação, vez que a ré foi abordada pela equipe de segurança da loja quando já havia ultrapassado a área dos caixas, se aproximando da saída do estabelecimento, ficando condenada, portanto, a **01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 06 (seis) dias-multa**, no valor acima citado.

Outrossim, tendo em vista a presença da hipótese inculpada no § 2º do art. 155 do Código Penal, diminuo a pena acima fixada em 2/3 (dois terços), considerando a natureza e o valor dos objetos do delito, fixando-lhe a pena de **05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 02 (dois) dias-multa**, no valor acima citado, a qual torno definitiva por não concorrerem causas de aumento de pena.

Ao dosar a pena do agente do caso concreto apresentado, o juízo percorreu todas as etapas previstas pela lei, reconhecendo duas causas de diminuição de pena: a tentativa e o furto privilegiado; e uma causa de aumento, o furto qualificado, visto que o crime foi cometido em concurso de dois agentes. Na primeira fase da dosagem, como todas as circunstâncias judiciais foram neutras, a pena-base foi fixada no mínimo legal, noutro diapasão mesmo que a agente tivesse alguma circunstância judicial positiva de nada iria alterar sua pena em respeito a verbete da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça e em função desta, também não foi permitido atenuar a pena na segunda fase, visto que a apenada confessou o crime.

Continuando a análise da dosimetria, partindo para terceira fase, percebemos que o dosador ao analisar a tentativa justificou para quantificar a pena em uma diminuição mínima, vez que, segundo a melhor da doutrina quanto mais a tentativa se aproxima da consumação do crime, o juiz tenderá para um terço, o que ocorreu no caso em apreço. Em seguida, ainda na última fase da dosimetria, o juízo reconheceu o furto privilegiado diminuindo a pena em dois terços.

O crime em tela envolve dois sujeitos em concurso de pessoas que tiveram a mesma pena, entretanto, segundo os autos do processo um dos agentes

encontrava-se embriagada no momento do crime, totalmente inconsciente e foi induzida pelo comparsa a cometer o delito. A proposta do legislador e por todo o estudo apresentado neste trabalho é que o juízo analise cada caso respeitando os princípios constitucionais, a exemplo da individualização da pena, a permissão legal da discricionariedade do juiz é justamente para que o mesmo atue com todo o critério necessário na busca de uma justa sentença.

4.2 Análise Do Segundo Caso Prático

Através da sentença abaixo apresentada nos autos do processo nº. 201320100489 da 1ª Vara Criminal do Estado de Sergipe percebe-se que algumas minorantes e majorantes estudadas no presente trabalho são facilmente aduzidas.

Em respeito aos arts. 59 c/c 68, ambos do Código Penal, passo à individualização e à dosimetria da pena, nas **sanções do 157, § 3º c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.**

A Culpabilidade foi evidenciada, não tendo agido com dolo que ultrapasse os limites da norma penal, o que torna sua conduta inserida no próprio tipo; normal ao tipo criminal, nada tendo a se valorar. O réu é possuidor de bons antecedentes. O réu possui conduta social desajustada com o meio em que vive, uma vez que o mesmo responde a outro processo criminal pelo crime de tráfico na 2º Vara Criminal de Nossa Senhora do Socorro/SE. Poucos elementos foram coletados a respeito de sua conduta social, razão pela qual deixo de valorá-la. Houve demonstração de ser portador de personalidade do homem comum. Os motivos do delito se constituíram pelo desejo de obtenção de lucro fácil, o qual já é punido pela própria tipicidade e previsão do delito, de acordo com a própria objetividade jurídica dos crimes contra o patrimônio. As circunstâncias do crime e As Consequências “extrapenais” são normais à espécie, nada tendo a se valorar como fator extrapenal. Quanto ao comportamento da vítima, a mesma em nenhum momento colaborou à prática do crime, razão pela qual nada tem a se valorar.

Em vista de tais ponderações, notadamente pelas circunstâncias em que o crime foi praticado, **fixo a pena base para o crime de roubo qualificado pelo resultado lesão grave em 07(sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão.**

Não se encontram presentes circunstâncias atenuantes nem agravantes a serem observadas.

Em razão da tentativa, diminuo a pena em um terço, totalizando 05(cinco) anos de reclusão. Não há causas de aumento, razão pela qual, **torno a pena definitiva em 05(cinco) anos de reclusão.**

Ao analisar o caso em tela percebe-se que a dosagem da pena-base na primeira fase e, conseqüentemente, da pena definitiva do sentenciado vai de encontro a verbete da súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, isso posto, o juízo ao considerar que o réu possui conduta social desajustada com o meio em que vive, uma vez que o mesmo responde a outro processo criminal pelo crime de tráfico na 2º Vara Criminal de Nossa Senhora do Socorro/SE; feriu totalmente o que preserva o entendimento simulado.

A decisão abaixo do Superior Tribunal de Justiça confirma a verbete da referida súmula:

HABEAS CORPUS . ROUBO CIRCUNSTANCIADO E RECEPÇÃO. NECESSIDADE DE CORRETA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES. DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. CONSIDERAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DESAJUSTADA COM BASE EM PROCESSOS EM ANDAMENTO E ATOS INFRACIONAIS .ORDEM CONCEDIDA.

1- As decisões judiciais devem ser cuidadosamente fundamentadas, principalmente na dosimetria da pena, em que se concede ao Juiz um maior arbítrio, de modo que se permita às partes o exame do exercício de tal poder.

2- Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo.

3- Os atos infracionais praticados durante a adolescência do acusado não podem ser considerados como geradores de antecedentes, nem de personalidade desajustada.

4- Se a maior parte das circunstâncias judiciais foram analisadas em favor do réu e o quantitativo da pena não ultrapassa quatro anos, não se tratando de réu reincidente, desde que o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça justifica-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5- Ordem concedida para anular parcialmente a decisão, no que se refere a dosimetria da punição e para o réu Fábio Júnio reconhecer a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade.

Brasília, 25 de setembro de 2007.(Data do Julgamento)

MINISTRA JANE SILVA

O legislador ao permitir uma arbitragem mais acentuada nas decisões referente a dosimetria da pena ao juiz, exige que o magistrado atue com o máximo de motivação e fundamentos com a devida observância aos princípios, lei, constituição e entendimentos simulados com a finalidade de proteger a dignidade da pessoa humana, conseqüentemente, atribuir ao sentenciado uma pena justa. O que não ocorreu no caso em apreço.

CONCLUSÃO

O presente trabalho estudou alguns princípios que norteiam a dosimetria da pena, bem como o procedimento trifásico adotado pelo Código Penal Brasileiro para a efetiva aplicação do instituto abordado.

A dosimetria da pena é feita em três etapas conforme ensina Nelson Hungria, desta forma, cada fase foi abordada com muito critério, buscando atender a vontade da lei. Além disso, entendimentos doutrinários em torno do tema, bem como algumas súmulas, a exemplo da 231 do Superior Tribunal de Justiça, a qual não permite que a pena-base e a provisória da primeira e segunda fase, respectivamente, da dosimetria da pena fique abaixo do mínimo legal. É importante salientar que as considerações aqui pontuadas não encerram os estudos sobre o presente tema.

A pesquisa realizada demonstrou que a dosagem justa da pena é um tema impreciso e importante, que deve ser compreendido e respeitado pelo profissional do direito, uma vez que em determinadas sentenças a única defesa do agente é uma pena legal, racional e proporcional ao mal causado, onde a sopesagem depende do comprometimento no tocante à discricionariedade e observância do que define a lei, jurisprudências e súmulas por parte do magistrado ao sentenciar cada caso em concreto.

Para que a pena cumpra suas finalidades de retribuição, prevenção e ressocialização, a dosimetria da pena deve ser observada com cautela na aplicação da reprimenda penal, vez que todo o procedimento penal culmina na sentença e, se a aplicação da pena estiver ferindo a vontade do legislador, gera nulidade.

Destarte, é imperioso para o agente que a efetiva aplicação da pena seja realizada de forma precisa e de acordo com o ordenamento jurídico, pois, para haver justiça é preciso que a sentença esteja em conformidade com os princípios constitucionais e com a lei penal.

A proposta do presente estudo foi responder os seguintes questionamentos: Quais os princípios fundamentais a serem aplicados nas três fases da dosimetria da pena? Desta forma, os princípios abordados foram: legalidade, individualização da pena, proporcionalidade, pessoalidade e o *no bis in idem*; Qual a importância desse instituto para o operador do direito, bem como para o apenado? Tanto para o

operador do direito, como para o apenado, perceber-se a importância do instituto, pois muitas vezes é a única defesa; outra pergunta foi se a dignidade da pessoa humana tem sido observada com o enfoque necessário? De acordo aos casos práticos percebe-se uma similaridade na nomenclatura das sentenças que de certa forma dificultou a pesquisa, vez que foi encontrado muitos termos repetidos, ferindo a própria individualização da pena; ao decorrer do trabalho averiguou-se o efetivo respeito ao princípio do *non bis in idem* ao aplicar a pena? Para tal resposta, houve uma surpresa, visto que nos casos práticos pesquisados não encontramos tal circunstâncias; para finalizar os questionamentos propostos perguntou-se se há de acordo com os casos práticos doravante apresentados, a devida observância do que propõe o legislador? Em relação a aplicação do sistema trifásico foi comprovado pelos casos em tela que o juízo sentenciador respeita a proposta do legislador, entretanto, houve súmulas que não foram respeitadas na dosagem da pena, comprometendo o resultado.

Esta pesquisa mostrou a necessidade de se observar e estudar com mais critério o instituto da dosimetria, visto que foi mostrado que o juiz tem a obrigação legal de encontrar uma pena justa, digna e coerente e que a não observância do critério trifásico gera nulidade da pena fixada, o agente continua condenado, mas tem o direito de rever a sua dosimetria.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de direito Penal: parte geral** 1.16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. Vol. I.14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Sandro Luiz da. **Individualização da pena: da teoria a prática**. Aracaju: Edição do autor, 2013.

DA FONSECA NETO, Ms Alcides. Da aplicação da pena no anteprojeto do Código Penal brasileiro. Disponível em :<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista60/revista60_80.pdf>Acesso em 01 de nov. 2013

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 4ª ed. rev,atual. E ampl. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2012.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 1ª ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 5ª ed.rev.,ampl.eatual. Niterói, Rj: Impetus, 2011.

MARQUES, Maria Lucia Pacheco Ferreira. **Da aplicação da pena**, Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL
Disponível em: <http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:lqrGOpC0P-AJ:scholar.google.com/+dosimetria+da+pena&hl=pt-BR&as_sdt=0,5> Acesso em 01 de nov. 2013

MATOSINHO, Érika de Laet Goulart. **Questões pontuais sobre execução penal**. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2008.

Disponível em:<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/203/questoes%2520pontuais%2520execu%25C3%25A7ao%2520penal_Matosinho.pdf?sequence=1> Acesso em: 01 de out. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10^a ed.rev., ampl.e atual. São Paulo, 2010

KALIL, Amanda Souza Pinho. **Relações de gênero e o direito penal**. Revista do curso de direito.Unifacs. n.141,2012.Disponível em: <<http://www.Revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1988>>. Acesso em: 19 out. 2013

PERRONI, Marco Antonio Prado Nogueira. **Apontamentos sobre a constitucionalidade do instituto da reincidência**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 3, p. 265-278, 2013.
Disponível em:<http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esm_p/index.php/RJESMPS/P/article/view/83> Acesso em 01 de nov.2013

RAMOS, Carla Luize. **REINCIDÊNCIA**: Um verdadeiro bis in idem. Revista do Curso de Direito da UNIFACS, n. 127, 2011. Disponível em :<<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1829/1392>> Acesso> Acesso em 01 de nov.2013.