

DA APLICAÇÃO DA PENA

1. Introdução

1.1. Modelos Históricos

A doutrina¹ costuma referir os seguintes modelos (históricos) de aplicação da pena:

- a) sistema de indeterminação absoluta / arbítrio judicial na aplicação das penas (ex.: Idade Média);
- b) sistema de pena fixa / determinação absoluta (ex.: Código Penal francês de 1791);
- c) sistema de determinação legal relativa / limites normativos + individualização judicial (ex.: Código Napoleônico de 1810).

1.2. Crítica Doutrinária

- a determinação da pena enquanto “muro de lamentações dos penalistas, tanto do campo científico como prático” que não obteve da dogmática o mesmo “grau de precisão e transparência” da teoria do delito.²

1.3. Disciplina Legal

- título V da parte geral do CP / “Da Aplicação da Pena” (arts. 59 a 76);
- divisão do sistema de determinação da pena em “quatro operações necessárias e sucessivas”³ (art. 59, incisos I a IV, do CP):

“a) *Primeira etapa*, eleição da pena cabível dentre as cominadas (pena privativa de liberdade, pena de multa ou pena restritiva de direito).

b) *Segunda etapa*, determinação da quantidade da pena aplicável (tempo).

c) *Terceira etapa*, fixação do regime inicial de cumprimento de pena (qualidade da pena).

d) *Quarta etapa*, avaliação da possibilidade de aplicação dos substitutivos penais (substituição da pena privativa de liberdade por pena de multa ou pena restritiva de direito).⁴

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 751-752 / SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: parte geral*. v. 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 499-500.

² HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984, p. 137.

³ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 313.

⁴ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Brasileiro: fundamentos e aplicação judicial...*, p. 313.

- *Quinta etapa?* possibilidade (ou não) de *suspensão condicional da pena* (art. 77 do CP).

- *Segunda Etapa: método trifásico* (reforma da Parte Geral do CP em 1984 / adoção do modelo de Nélson Hungria em detrimento à tese de Roberto Lyra): cálculo da pena em três fases (art. 68 do CP):

1^a) *pena-base* = circunstâncias judiciais do art. 59 do CP sobre a pena simples ou qualificada;

2^a) *pena provisória* = circunstâncias atenuantes (arts. 65 e 66 do CP) e agravantes (arts. 61 e 62, do CP) sobre a pena base;

3^a) *pena definitiva* = causas de diminuição e de aumento sobre a pena provisória.

- *objetivo (crítico)* do procedimento de dosimetria da pena = missão constitucional de redução de danos ao condenado⁵ / releitura do art. 59 do CP (e dos critérios necessidade/suficiência + reprovação/prevenção).

2. Primeira Fase.

Art. 59 do CP: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis entre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

- *conteúdo*: estabelecimento da pena base dentro dos limites legais (pena mínima / pena máxima em abstrato)⁶ e conforme as circunstâncias judiciais⁷ (favoráveis ou desfavoráveis ao condenado);

- *definição*: a pena-base “é aquela que atua como ponto de partida, ou seja, como parâmetro para as operações que se seguirão (...) corresponde, então, à pena

⁵ BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições Fundamentais de Direito Penal*. 03 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 716 / ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 02 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48.

⁶ O Código Eleitoral apresenta uma estrutura diferente quanto à definição da pena em abstrato. Há diversos crimes em que o preceito secundário prevê somente pena máxima (ex.: arts. 297 e 298 da Lei n. 4.737/1965). Ocorre, no entanto, que o próprio código estabelece uma regra geral de disciplina da pena mínima nessas hipóteses (art. 284 da Lei n. 4.737/1965).

⁷ “Os elementos constantes no art. 59 são denominados *circunstâncias judiciais*, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral...*, p. 753).

inicial fixada em concreto, dentro dos limites estabelecidos *a priori* na lei penal, para que, sobre ela, incidam, por cascata, as diminuições e os aumentos decorrentes de agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes”.⁸

- *amplitude normativa*: categorias abertas (vagueza) / maior grau de subjetivismo hermenêutico (decisionismo) / menor possibilidade de controle da decisão judicial.

- *quantificação*: inexistência de regra expressa sobre a referência numérica (padrão de cálculo) das circunstâncias judiciais / “discrecionabilidade vinculada” do julgador⁹ / menor possibilidade de controle racional.

- *tipo penal aberto*: (i) “presença marcante de *elementos normativos* como critérios de determinação da pena-base” e, (ii) “em consequência, a inexistência de indicadores que informem *como* e *quanto* as circunstâncias operam na maximização ou minimização da quantidade da sanção a ser atribuída na pena-base”.¹⁰

- *classificação*: a) circunstâncias referentes ao fato, ao agente ou à vítima¹¹; b) circunstâncias judiciais objetivas (fato) e subjetivas (autor do fato).

- circunstâncias subjetivas: crítica “direito penal do autor” e inconstitucionalidade (corrente minoritária¹²).

- proposta doutrinária: método de avaliação das circunstâncias (judiciais e legais) de aplicação da pena: “(1º) delimitação do conteúdo da circunstância (atribuição do sentido dogmaticamente válido); (2º) definição do tipo de informação válida (prova processualmente idônea); (3º) valoração positiva ou negativa de cada circunstância; (4º) definição da quantidade de aumento e diminuição de pena cabível a cada circunstância; e (5º) estabelecimento dos critérios de preponderância entre as circunstâncias favoráveis ou desfavoráveis, se cabível”.¹³

⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 187.

⁹ STJ – Quinta Turma - HC 177.566/MS - Rel. Min. Jorge Mussi - j. em 18.08.11 – DJe de 29.08.2011.

¹⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Brasileiro: fundamentos e aplicação judicial...*, p. 326.

¹¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 516.

¹² BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições Fundamentais de Direito Penal*. 03 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 716 / QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte geral*. v.1. 8 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 447.

¹³ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Brasileiro: fundamentos e aplicação judicial...*, p. 335.

2.1. Circunstâncias Judiciais Subjetivas.

2.1.1 Culpabilidade.

- medida de imposição da pena (e não substrato do crime / fundamento do injusto penal);
- graduação da censurabilidade (ou reprovabilidade) da conduta empreendida pelo agente.

2.1.2 Antecedentes.

- vida pregressa em relação ao comportamento criminal do agente;
- “vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (Súmula 444 do STJ);
- antecedentes criminais pelas condenações penais definitivas (irrecorríveis) não configuradores de reincidência;
- posição tradicional: maus antecedentes em face do prazo quinquenal depurador da reincidência (STF – Primeira Turma¹⁴ e STJ¹⁵).
- polêmica: repercussão geral reconhecida quanto à valoração de antecedentes criminais decorrentes de penas já extintas há mais de cinco anos para fins de exasperação da pena-base;¹⁶
- posição crítica: limitação temporal dos antecedentes em cinco anos por analogia à reincidência (art. 64, I, do CP): doutrina (Queiroz¹⁷ e Carvalho¹⁸) e jurisprudência não pacificada (STF¹⁹);

¹⁴ “Condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo decurso do prazo de 5 anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes” (STF – Primeira Turma - ARE 925136 AgR/DF - Rel. Min. Edson Fachin - j. em 02.09.2016 – DJe 199 de 16.09.2016).

¹⁵ “Este Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento consolidado no sentido de que condenações criminais anteriores com mais de cinco anos de extinção da pena podem ser sopesadas, no momento da fixação da pena-base, para dosar a reprimenda, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade: ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal” (STJ – Quinta Turma - AgRg no AREsp 1413465 / RJ – Rel. Min. Ribeiro Dantas – j. em 12.03.2019 – DJe de 19.03.2019).

¹⁶ STF – Tribunal Pleno - RE 593.818-RG/SC - Rel. Min. Luis Roberto Barroso – pendente de julgamento.

¹⁷ QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte geral*. v.1. 8 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 446.

¹⁸ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 359-360.

¹⁹ “Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana” (STF – Segunda Turma - HC 126.315/SP - Rel. Min. Gilmar Mendes - j. em 15.09.2015 – DJe 246 de 07.12.2015). No mesmo sentido: STF – Segunda Turma - HC 159727 AgR/SC - Rel. Min. Gilmar

- comprovação: “a folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência” (Súmula n. 636 do STJ).

2.1.3. Conduta Social.

- comportamento no âmbito familiar, laboral e comunitário;
- não pode ser considerada desfavorável “pelo cometimento do próprio delito” ou “considerações de cunho ético e moral”²⁰, bem como por condenações definitivas anteriores²¹.

2.1.4. Personalidade do Agente.

- retrato psíquico do condenado (polêmico);
- a existência de condenações definitivas anteriores não se presta a majorar a pena-base como personalidade voltada para o crime²².

2.1.5. Motivos do Crime.

- “móvel do crime”.

2.2 Circunstâncias Judiciais Objetivas.

2.2.1 Circunstâncias do Crime.

- dados relacionados ao tempo, lugar e maneira de execução do crime.

2.2.2 Consequências do Crime.

- reflexos gerados pelo crime à vítima e seus familiares.

Mendes - j. em 05.04.2019 – DJe 080 de 15.04.2019 / STF – Primeira Turma - HC 118.977/MS - Rel. Min. Dias Toffoli - j. em 18.03.2014 – DJe 067 de 03.04.2014.

²⁰ STJ – Sexta Turma - HC 67710/PE - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - j. em 27.03.2008 – DJe de 22.04.2008.

²¹ STJ – Sexta Turma - REsp 1760972/MG - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior - j. em 08.11.2018 – DJe de 04.12.2018.

²² “(...) 1. O Tribunal a quo não apresentou motivação idônea para valorar negativamente a vetorial da personalidade na primeira fase de dosimetria da pena, haja vista que, para tanto, considerou tão somente a existência de ‘condenação transitada em julgado por fato anterior’. 2. Filio-me ao entendimento segundo o qual a existência de condenações definitivas anteriores não se presta a fundamentar o aumento da pena-base como personalidade voltada para o crime. 3. A exasperação da pena pela consideração desfavorável do vetor da personalidade deve ser realizada com fundamentos próprios e diversos daquela relativa aos antecedentes - como não poderia deixar de ser, tendo em vista que esses vetores foram previstos distintamente pelo legislador no art. 59, caput, do Código Penal. Aquela deve ser aferida a partir de uma análise pormenorizada, com base em elementos concretos extraídos dos autos, acerca da insensibilidade, desonestidade e modo de agir do criminoso para a consumação do delito, enquanto esta deve ser analisada considerando-se o seu histórico criminal. Referidos vetores, portanto, não se confundem” (STJ – Sexta Turma - HC 472654/DF - Rel. Min. Laurita Vaz - j. em 21.02.2019 – DJe de 11.03.2019).

2.2.3. Comportamento da Vítima.

- participação/envolvimento da vítima na prática delitiva;
- circunstância objetiva ou subjetiva? Divergência / opção pela classificação objetiva, uma vez que não diz respeito à subjetividade do condenado.

2.3 Regras de Cálculo.

- *ponto de partida* fixação pena base = vazío legislativo / posicionamento doutrinário e jurisprudencial majoritário a partir do mínimo legal;
- *ponto de chegada* fixação pena base = vazío legislativo / posicionamento doutrinário e jurisprudencial majoritário em relação ao termo médio;
- inexistência de critério matemático para valoração das circunstâncias judiciais;
- impossibilidade da fixação de pena base para além dos parâmetros da pena em abstrato (máxima e mínima) (corrente majoritária).

3. Segunda Fase: Circunstâncias Atenuantes e Agravantes.

- dados que não interferem na tipificação (criminal), mas na quantidade de pena;
- sem expressa quantificação legal de decréscimo ou acréscimo / sugestão doutrinária tradicional de 1/6 sobre a pena-base (menor índice das causas de aumento e diminuição de pena);
- somente consideradas na segunda fase se não constituírem elementares, qualificadoras ou causas específicas de aumento ou diminuição de pena em relação àquele crime;
- limites: pena mínima e máxima do tipo legal? Súmula n. 231 do STJ: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Crítica Doutrinária: - possibilidade de atenuantes abaixo do mínimo legal (“sempre atenuam” - art. 65 + inominadas - art. 66); - impossibilidade de agravantes acima do máximo legal (“sempre agravarão” X legalidade estrita);
- previsão legal: arts. 61 a 66 do CP;
- havendo concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, assim entendidas as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (art. 67 do CP). Ou seja: circunstâncias subjetivas (crítica quanto ao “direito penal do autor”).

3.1. Circunstâncias Atenuantes

Art. 65 do CP. “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 conseqüências, 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”.

3.1.1. Confissão

- “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal” (Súmula n. 545 do STJ);

- “A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio” (Súmula n. 630 do STJ).

Art. 66 do CP. “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

- atenuação pelo menor grau de reprovabilidade ou por questões político-criminais.

3.2. Circunstâncias Agravantes

- exigência de expressa previsão legal dessas circunstâncias de maior desvalor (circunstancial) delitivo (princípio da legalidade estrita);

Art. 61 do CP. “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”.

Art. 62 do CP. “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”.

- agravamento em hipóteses de pluralidade subjetiva.

4. Terceira Fase: Causas de Aumento e de Diminuição.

Pena em Abstrato.

- causas de aumento / majorantes: podem superar a pena máxima em abstrato;

- causas de diminuição/minorantes: podem reduzir a pena mínima em abstrato;

Concurso. Causas de Aumento ou de Diminuição.

- havendo concurso entre causas 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 (art. 68, § único, do CP);

- havendo concurso entre causas previstas na *parte geral* = deve o juiz aplicar todas.