

Aplicação da pena

Nildo Nery dos Santos*

Resumo

No presente trabalho, o autor descreve, de maneira concisa, os requisitos aos quais judicantes deverão obedecer na aplicação da pena. A oportunidade da matéria, já na reflexão inicial, justifica-se, enfatizando que a intervenção penal é a forma mais violenta da presença do Estado na vida dos cidadãos, sendo a principal tarefa do operador do Direito a de aplicar a pena que seja justa e necessária aos interesses da lei. **Palavras-chave:** individualização, dosimetria, circunstâncias judiciais e legais.

1 Reflexão

A principal tarefa do operador do Direito Penal é de aplicar corretamente a pena justa e necessária aos infratores da Lei.

A verdade é que a intervenção penal é a forma mais violenta da presença do Estado na vida dos cidadãos. Daí a importância do princípio, segundo o qual não devem ser aplicadas penas, além do estritamente necessário. A pena privativa da liberdade há de ser destinada aos casos graves, em que as penas alternativas se apresentem débeis como resposta penal.

Por exigência constitucional contida nos arts. 5º LXVI e 93 IV, o juiz deve estabelecer, fundamentadamente, a pena aplicável ao caso concreto. Imprescindível, em cada decisão condenatória, que se proceda à devida individualização.

2 Individualização

A individualização da pena ocorre em três momentos distintos: a) individualização legal, quando o legislador elenca os fatos puníveis em suas sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação

* Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco

da pena; b) individualização judicial, elaborada pelo juiz na sentença condenatória, atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais; c) individualização executória, a qual ocorre, quando do cumprimento da pena.

Por ocasião da individualização judicial, o julgador, após analisar a presença dos elementos essenciais, constitutivos do tipo penal, passa a examinar as condições acessórias, que acompanham o fato punível, para impor-lhe a marca de maior ou menor reprovabilidade.

O processo de individualização tem seu disciplinamento nos artigos 59 a 75 do Código Penal, sendo que a reforma penal de 1984 impôs o critério trifásico.

3 Critério trifásico

A imposição final da pena ocorre mediante observância de todas as fases. Na primeira fase, é conhecida a pena base aferida com atenção aos preceitos relativos ao tipo violado e às oito circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Seguem-se o exame das circunstâncias legais, as agravantes previstas no art. 61 e as atenuantes no art. 65, ambas do Código Penal. Por último, a terceira fase, em que são consideradas as causas minorantes e majorantes, diminuição ou aumento da pena, aplicadas sobre o resultado a que se chegou na segunda fase e fixadas em níveis percentuais.

Quando a mesma circunstância incidir em duas fases da dosimetria, deve ser utilizada uma só vez, isto é, na última fase em que couber. Assim, a reincidência, circunstância legal, não pode ser considerada como antecedente, circunstância judicial (Súmula 241 do STJ).

O sistema trifásico exige do julgador que ele fundamente cada passo, cada operação, até chegar à pena definitiva.

O magistrado não deve, sob pena de ser declarada nula sua decisão, proceder arbitrariamente. Inclusive, havendo para o crime cominação alternativa de penas, a escolha da pena aplicável deverá ser feita em atenção às circunstâncias judiciais.

4 Circunstâncias judiciais

Pelo fato de a lei não definir os elementos constantes do art. 59 do Código Penal, deixando a cargo do julgador a função de identificá-los nos informes contidos nos autos, são eles denominados circunstâncias judiciais.

As circunstâncias judiciais são taxativas: culpabilidade, antecedentes do acusado, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, por fim, comportamento da vítima.

O ponto de partida é o exame da culpabilidade, da maior ou menor reprovabilidade do comportamento praticado pelo agente, considerando sua consciência da ilicitude. Quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura.

A aferição da circunstância “antecedentes” tem suscitado, na jurisprudência, posicionamentos diversificados. Enquanto uns entendem que “inquéritos instaurados e processos criminais em andamento, absolvições por insuficiência de provas, prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes” não podem ser considerados como “maus antecedentes”, porque violariam a presunção de inocência, outros os admitem, como evidência de maus antecedentes, para o efeito previsto no art. 59 do Código Penal. Vejamos algumas decisões do Supremo Tribunal Federal nesse sentido:

“PENA: critérios de individualização: admisibilidade da consideração a título de maus antecedentes, de sentença condenatória, malgrado a conseqüente declaração da extinção da punibilidade por força da prescrição retroativa, segundo a pena concretizada”. (STF – HC 70752 – SP – 1º Turno Rel. Min. Sepúlveda Pertence DJU 06.05.94. p. 10470).

“O envolvimento do réu em inquéritos policiais e em ações penais influem, em princípios, na avaliação dos seus antecedentes para efeito de aplicação da pena-base, desde

que em decisão devidamente fundamentada". (STF – HC 77081/SC. 2ª Turma Rel. Maurício Corrêa, DJU 11.12.98).

“Admite-se como evidência de maus antecedentes a sentença condenatória, ainda que tenha sido declarada extinta a punibilidade por força da prescrição retroativa (STF – HC 72339/SP – 2ª Turma. Rel. Min. Francisco Rezek. DJU 22.09.95 – p. 30591).

Nosso entendimento é de que influencia diretamente na exacerbação da pena base a existência de inquéritos e processos penais em andamento ou mesmo atingidos pela prescrição.

Outro fator relacionado no “*caput*” do art. 59 do C.P. é a personalidade do acusado. Na análise da personalidade, deve-se verificar a sua boa ou má índole, se o agente é ou não portador de desvios de caráter ou se o crime constitui um episódio acidental em sua vida.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite que as infrações criminais durante a menoridade possam constar da análise da personalidade do agente, vejamos:

“Ainda quando não se possam considerar como antecedentes os atos infracionais praticados pelo menor, tratando-se de réu dotado de personalidade especificamente voltada para o crime com base, inclusive, na multiplicidade desses atos, pode caracterizar-se a circunstância judicial da má personalidade do agente a justificar o aumento da pena-base. Habeas Corpus indeferido – STF HC 78140 MS – 1ª Turma – Rel. Ministro Moreira Alves – DJU 26.02.99.

Outro ingrediente na adequação da pena é a conduta social do agente em seu meio social, na família e na comunidade.

Também funcionam como diretrizes da pena-base os motivos determinantes, as circunstâncias e conseqüências do crime. É certo que elas só podem ser levadas em consideração na fase inicial, quando não

forem contempladas como agravantes, ou causas de aumento ou diminuição da pena. Os motivos podem ser sociais ou anti-sociais, morais ou imorais. Prática-se o crime por malvadez, luxúria, prepotência, cobiça etc. As circunstâncias são elementos acessórios, tais como o lugar da prática do crime. Exemplificando, o roubo praticado em um velório ou durante a celebração de um ato religioso.

As conseqüências referem-se à maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada pelo fato delituoso. São os efeitos produzidos pela ação criminosa que não se confundem com o resultado material exigido pelo tipo. No homicídio, será considerado, por exemplo, o maior dano à família, pelo elevado número de órfãos.

Atento aos postulados da vitimologia, o legislador de 1984 introduziu o comportamento da vítima como mais um ingrediente na dosimetria da pena.

A pena base deve ser maior, quando a vítima é classificada como inocente ou ideal, isto é, aquele que não teve a menor participação na produção do crime, e será menor a pena, quando se tratar de uma vítima provocadora, ou seja, quando houver uma evidente colaboração por ela prestada aos fins objetivados pelo delinqüente.

Fixada a pena base com apoio nas ditas circunstâncias judiciais, serão consideradas as chamadas circunstâncias legais.

5 Circunstâncias legais

As circunstâncias legais estão relacionadas no Código Penal: as agravantes nos arts. 61 e 62 e as atenuantes nos arts. 65 e 66.

O legislador não estabeleceu o “*quantum*” de aumento ou da diminuição diante da presença de agravante ou de atenuante, ficando ao prudente arbítrio do julgador, calcado nas circunstâncias do caso concreto.

No art. 61, *caput*, o Código usa a expressão “sempre agravam a pena”, com o evidente propósito de alertar o julgador de que a regra é de aplicação obrigatória.

O certo é que elas não podem agravar a pena além do máximo abstrato.

A doutrina aconselha que a incidência do aumento por força da agravante não deve ultrapassar o aumento mínimo previsto para as majorantes.

Não admite o Código o reconhecimento da agravante por analogia. Não é permitido, por exemplo, o julgador elevar a pena base pelo fato de o autor ter agido com premeditação.

A mais recente inclusão no rol das circunstâncias agravantes é a do crime ter sido cometido contra mulher grávida.

As agravantes, no caso de concurso de pessoas, estão relacionadas no art. 62 do Código Penal.

As circunstâncias agravantes aplicáveis no concurso de agentes ocorrem nas quatro hipóteses indicadas nos incisos I, II, III e IV do art. 62 do Código Penal.

As agravantes são aplicáveis aos delitos dolosos, exceto a reincidência que ocorre também nos crimes culposos.

Estabelece o art. 63 do Código Penal que “*verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*”. Assim, somente quando o novo crime é cometido após a sentença condenatória de que não caiba mais recurso é que se configura a agravante em apreço.

Não são consideradas, para o efeito da reincidência, a condenação anterior por contravenção, a condenação por crime militar próprio ou político (art. 64, II, do CP), bem como a beneficiada por perdão judicial (art. 120, do CP).

Mesmo que, na sentença anterior, tenha sido somente imposta a pena da multa pela prática de crime, existe a agravante.

O Código Penal vigente adotou o sistema da temporariedade ao dispor que

“para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da

pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”.

As atenuantes estão elencadas no art. 65 do Código Penal e são de aplicação obrigatória, salvo quando a pena base foi fixada no mínimo legal, e também na hipótese de a circunstância funcionar como causa da diminuição prevista na Parte Especial.

A amplitude das atenuantes alcança circunstâncias inominadas que escapam à especificação legal e que, por sua relevância, seja anterior ou posterior ao crime, deva ser levada em consideração pelo julgador na dosimetria penal.

A atenuante da confissão espontânea tem sido objeto de diversificadas decisões dos Tribunais Superiores. O entendimento predominante é que não pode beneficiar-se da atenuante da confissão espontânea aquele que se retrata em juízo. Entendemos, contudo, que ela deve ser considerada na hipótese de ter influenciado decisivamente na condenação.

Atenuante e agravante incidem sobre a pena base, não havendo como considerar a agravante e sobre o resultado fazer incidir a percentagem alusiva à atenuante.

O Código Penal, no concurso de agravantes e atenuantes, para o efeito de preponderância, considerou os motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Estabelecida a pena nessa segunda fase ou não havendo atenuantes ou agravantes a considerar, o julgador passará para última fase quando irão incidir as majorantes e as minorantes.

6 Majorantes e minorantes

As majorantes e minorantes são fatores de aumento ou redução de pena, estabelecidos em quantidades fixas ou variáveis e previstas no

Código Penal tanto na Parte Geral como na Parte Especial.

Na Parte Geral do Código, são previstas dez causas de aumento da pena: art. 14, Parágrafo Único; 24, § 2º; 26, § Parágrafo Único; 28, § 2º; 29, § 1º; 60, § 1º; 70, *caput*; 71, *caput*; 73, 2ª parte e 74, parte final. As causas genéricas de aumento da pena privativa da liberdade são obrigatórias.

A doutrina entende que a expressão “pode”, empregada pelo Código Penal em diversas hipóteses de causas da diminuição da pena, não deve ser entendida como mera faculdade e, sim, como obrigatoriedade. Inclusive podem as minorantes reduzir a pena para aquém do mínimo cominado ao tipo penal violado.

Na Parte Especial do Código Penal, encontramos as seguintes causas da diminuição da pena: 121, § 1º; 129, § 4º; 155, § 2º; 170; 221; 312, § 3º e 339, § 2º.

As causas do aumento de pena, mesmo as previstas na Parte Especial, diferem das circunstâncias qualificadoras, uma vez que essas têm suas penas cominadas no mínimo e no máximo e a fixação é feita na primeira fase, ficando sujeita às variações das demais etapas do critério trifásico.

A jurisprudência e a doutrina ainda não são uniformes, quando o assunto é concurso de causas.

7 Concurso de causas

Em relação a concurso de causas da diminuição, merece reflexão a decisão da 2ª Turma do STF, em que foi relator o Ministro Paulo Brossard, publicado no DJU 23.09.94 p. 25315: *“No concurso de causas de diminuição da pena, elas devem ser aplicadas sucessivamente; a aplicação cumulativa poderia levar à ‘pena zero’ ou negativa”*.

Na hipótese em apreciação, as causas da diminuição eram tentativa (art. 14, Parágrafo Único) e semi-imputabilidade (art. 26, Parágrafo Único). Ambas previstas na Parte Geral. Ora, quando há concorrência de causas de diminuição na referida hipótese, o julgador não está autorizado a aplicar uma só. Quando, no entanto, as causas de diminuição estão previstas na

Parte Especial do Código Penal, o juiz deve limitar-se a uma só diminuição em atenção ao Parágrafo Único do art. 68 do Código Penal.

No caso de concorrerem duas causas de diminuição, uma prevista na Parte Geral e outra na Parte Especial do C.P., o julgador deve proceder à segunda redução não sobre a pena base, mas sobre o “*quantum*” já diminuído.

Em relação ao concurso de qualificadoras, previstas no mesmo tipo penal, encontramos as seguintes orientações antagônicas:

- I. a segunda qualificadora deve ser considerada agravante, mormente, quando corresponde a alguma circunstância prevista nos arts. 61 a 62 do Código Penal;
- II. a segunda qualificadora deve ser considerada como circunstância judicial de exasperação da pena, nos termos do art. 59, *caput*, do CP;
- III. *“Se o legislador em face de duas qualificadoras, previstas para o tipo, estabeleceu o aumento da pena entre um mínimo e um máximo (de um terço até metade), pode o juiz concomitantemente, levá-las em consideração impondo na fixação da pena o aumento máximo, tendo em vista o maior grau de reprovabilidade que a conduta do agente encerra”* (STF – HC 70117/RJ – 2ª Turma – DJU 04.02.94);
- IV. o Tribunal de Justiça de São Paulo fixou o critério de aumentar a pena em 1/3 para uma, de 2/5 para duas e de metade para três ou mais qualificadoras, conforme se vê no julgamento do HC 73070-SP, publicado no DJU 29.09.00.*

Ousamos ficar com o entendimento, aliás, prevalente nos Tribunais Superiores, de que não há obstáculo legal, para que o aumento seja fixado acima de um terço, na hipótese de concorrência de duas qualificadoras.

A dificuldade, no tocante à dosimetria da pena, cresce, quando a hipótese é de concurso de crimes.

8 Concurso de crimes

Existem as seguintes hipóteses de concurso: a material (art. 69), a formal (art. 70) e a de crime continuado (art. 71).

Para a aplicação da pena, em relação ao concurso material, não há maiores dificuldades, uma vez que o disposto legal é claro ao estabelecer que as penas referentes aos crimes são cumuladas, e, para cada um deles, incidem as causas especiais de aumento da pena, sem que isso caracterize dupla incidência desses fatores de majoração da sanção penal, como acentuam decisões do Pretório excelso:

“No concurso material, não caracteriza dupla incidência das causas especiais do aumento da pena a majoração da sanção penal aplicada sobre cada um dos crimes praticados” (STF HC 72939/SP, 2ª Turma. Rel. Ministro Francisco Rezek, DJU 25.04.97).

Com referência ao concurso formal, a lei exige a existência de uma só ação ou omissão, embora a conduta possa desdobrar-se em vários atos. O concurso formal ocorre, quando há unidade de comportamento e pluralidade de resultados típicos, podendo haver nesse tipo de concurso a existência de um crime doloso e outro culposo. Na hipótese de penas idênticas, aplica-se uma só, aumentada de um sexto até metade.

O art. 70 do Código Penal esclarece que a pena a ser aplicada no concurso material não pode exceder a pena que seria cabível pelo princípio do concurso material.

No que se refere ao crime continuado, aplica-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o melhor critério para sua fixação deve ser o que considera o número de crimes praticados:

“Crime continuado: Código Penal, art. 71 aumento de um sexto a dois terços: o aumento varia de acordo com o número de crimes. No caso, tendo ocorrido dois crimes, o acréscimo será de um sexto (STF – HC 69437 – 2ª Turma. Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 18.12.92 – p. 24376)

Pouco a pouco, vem prevalecendo a orientação de não se reconhecer a continuidade delitiva, para fins de unificação de penas, quando se tratar de criminoso habitual ou profissional.

No que concerne à condição de tempo, entende a jurisprudência que os crimes não tenham sido cometidos em período superior a um mês, entre um e outro.

Na jurisprudência pátria, inclusive do Tribunal de Justiça de Pernambuco, podemos extrair sobre a aplicação da pena, importantes orientações.

9 Nulidade por insuficiência de fundamentação da pena.

O posicionamento doutrinário dominante, pontifica que o magistrado deve, sob pena de ser nulo o seu pronunciamento, pautar-se de elementos legais, após verificar as circunstâncias de natureza subjetiva e objetiva, a fim de se buscar o equilíbrio e a justiça. As decisões devem ser fundamentadas de forma transparente, sopesando-se as circunstâncias elencadas no art. 59 da Lei Substantiva Penal, inculcando as partes respeito, confiança e segurança aos julgamentos.

Debruçando-se sobre o vocábulo em alusão, CÉSAR BITTENCOURT leciona:

“A ausência de fundamentação ou de análise das circunstâncias judiciais ou mesmo a sua análise deficiente gera nulidade absoluta da decisão judicial. Há, no entanto, um entendimento jurisprudencial majoritário de que a falta de fundamentação na fixação da pena não gera nulidade

se aquele for fixado no mínimo legal. Esse é um entendimento que necessita ser revisto urgentemente ou, pelo menos, merece uma detida reflexão. É, no mínimo, uma posição questionável entender-se que a favor do indivíduo tudo é permitido, esquecendo-se que no outro pólo da relação processual encontra-se a sociedade representada pelo Ministério Público, que também tem o direito de receber um tratamento isonômico. A fixação da pena no limite mínimo permitido, sem a devida fundamentação, viola o ius accusationis e fraudula o princípio constitucional da individualização da pena, que em outros termos, significa dar a cada réu sanção que merece, isto é, necessária e suficiente à prevenção e repressão do crime. Assim, deve-se entender que a ausência de fundamentação gera nulidade, mesmo que a pena seja fixada no mínimo, desde que haja recurso da acusação, é claro”.

A Jurisprudência dos Tribunais Superiores também tem posicionamento firmado quanto à nulidade de decisões judiciais por insuficiência de fundamentação da pena. Senão vejamos alguns julgados:

“A ofensa ao dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais gera a nulidade do julgamento efetuado por qualquer órgão do Poder Judiciário” (STF, RT 686/401)

HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. ERRO MANIFESTO NA DOSIMETRIA DA PENA. NULIDADE DA SENTENÇA NESTA PARTE, MANTIDA A CONDENAÇÃO. Constitui erro manifesto a consideração, a título de maus antecedentes, de processo do qual o paciente restou absolvido e a própria ação penal em curso. Ordem denegada, anulando a sentença na parte referente à dosimetria da pena aplicada, devendo outra ser

proferida sem as máculas apontadas, mantidas incólume a condenação". (HC 19533/GO, Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca)

"Habeas Corpus. Desatendimento ao método trifásico de fixação da pena. Fundamentação contraditória da sentença. Falta de fixação da pena-base. Desconsideração de circunstância atenuante. Nulidade. Processo Penal. Inteligência dos artigos 59 e 68. Precedentes do STF. O método trifásico é de obrigatória aplicação na fixação da pena, notadamente quando superior ao mínimo legal, sendo NULAS as decisões que o desatendem. O vício da individualização da pena não afeta a condenação, restringindo-se o pronunciamento da nulidade à dosagem da reprimenda. Ordem conhecida e deferida em parte, para anular o acórdão na parcela voltada à fixação da pena privativa de liberdade, sem prejuízo da condenação e mantida a prisão do paciente" (STF, JSTF 190/339).

"Pena. Fixação. Na fixação da pena, hão de ser observados os preceitos pertinentes, seguindo-se a ordem a ordem prevista no artigo 68 do Código Penal. Mostra-se insubsistente o decreto condenatório em que a exacerbação da pena não restou fundamentada. Segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fulmina-se parte da decisão proferida, mantendo-se a condenação e determinando-se a baixa dos autos para que se complemente a prestação jurisdicional. Registro necessário em face da convicção pessoal sobre substanciar o provimento um todo indivisível". (STF, JSTF 211/391)

"Demonstrado que na fixação da pena restou desobedecido o critério trifásico do art. 68 do Código Penal, anula-se a sentença" (STJ, RJDTACRIM 26/289)

Assim, em ocorrendo o desatendimento aos previstos nos artigos 59 e 68 do Código Penal Brasileiro pelo Julgador, deve-se anular parcialmente o *decisum*, mantendo-se irretocável a condenação.