

PENA- FIXAÇÃO: ROTEIRO DIDÁTICO

Túlio Lima Vianna

CONCURSO DE CRIMES E CONCURSO DE AGENTES

A primeira regra fundamental na fixação de uma pena é: para cada réu uma análise; para cada crime uma análise.

Assim, se dois delitos (homicídio e ocultação de cadáver, por exemplo) foram praticados por dois réus em concurso de agentes, o procedimento de fixação da pena será realizado 4 vezes (1º réu - homicídio, 1º réu - ocultação de cadáver, 2º réu - homicídio, 2º réu - ocultação de cadáver).

Ao final da fixação da pena para cada um dos delitos, ela deverá ser unificada de acordo com o tipo de concurso (material, formal ou continuidade delitiva), nos termos dos arts. 69, 70 ou 71 do CP.

CRITÉRIO TRIFÁSICO

O CPB adotou em seu art. 68 o chamado critério trifásico de fixação das penas. Assim, a pena será fixada em três fases, a saber: uma primeira fase na qual são analisadas as circunstâncias do art. 59 do CP, e ao final dessa é fixada uma pena provisória denominada pena-base. Em seguida, havendo quaisquer das circunstâncias agravantes ou atenuantes previstas nos arts. 61 e ss. do CP, a pena será aumentada e diminuída, conforme o caso e uma nova pena provisória será fixada.

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

"Um dos temas mais negligenciados no estudo do Direito Penal é a fixação da pena. A maioria dos estudantes tem profundas dificuldades em assimilar o burocrático sistema de fixação do *quantum* da pena privativa de liberdade e não é raro encontrarmos advogados, promotores e juizes que cometem erros primários em razão do desconhecimento do procedimento previsto no CPB."

1ª FASE

A fixação da pena-base se dá com estrita observância das circunstâncias do art. 59 do CP. Estas circunstâncias são chamadas circunstâncias judiciais, pois são frutos de uma análise quase sempre bastante subjetiva por parte do magistrado da causa. Tal subjetividade, porém, não se confunde com arbítrio e alguns elementos devem ser muito bem esclarecidos.

Em princípio, vale frisar que a culpabilidade a que se refere o art. 59 do CP, não é aquela que é elemento constitutivo do tipo. Não se trata, pois, de uma inexigibilidade de conduta diversa, mas sim do grau de reprovabilidade social da conduta criminosa.

Assim expressões comuns em sentenças condenatórias como "o réu conhecia o caráter ilícito de sua conduta", "era exigido do agente uma conduta diversa", não podem ser justificativas válidas para o aumento da pena, pois constituem circunstâncias comuns a todo e qualquer crime. A culpabilidade a ser analisada na fixação da pena é um *plus* de reprovação social do delito em análise em relação aos demais crimes da mesma espécie.

Os maus antecedentes, por outro lado, não se confundem com a reincidência. O art. 63 do CP dispõe que: "verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior". Assim, só haverá reincidência quando: 1) houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado; 2) o novo crime for praticado após o trânsito em julgado da primeira sentença condenatória.

Os maus antecedentes, por outro lado, não podem ser meras acusações contra o réu (como inquéritos ou processos em andamento), pois o art. 5º, LVII, da CF consagrou o princípio da presunção de não culpabilidade ao afirmar que: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Ora, se meras acusações não podem ser consideradas maus antecedentes e a sentença transitada em julgado gera a reincidência, então o que seriam os maus antecedentes?

Ocorre que, muitas vezes, a sentença condenatória transitada em julgado é posterior ao segundo crime, ainda que anterior a seu julgamento. Assim, na data do julgamento do segundo crime já há uma sentença penal condenatória transitada em julgado contra o réu, porém não se trata de reincidência, pois o segundo crime foi praticado antes do trânsito em julgado. Neste caso - e somente neste - poder-se-á falar em maus antecedentes.

De uma forma esquemática poderíamos dizer que, sendo C1 primeiro crime, C2 o segundo, J1 o primeiro julgamento com trânsito em julgado e J2 o segundo:

C1—J1—C2—J2 -> REINCIDÊNCIA

C1—C2—J1—J2-> MAUS ANTECEDENTES

Em J2 o agente será considerado reincidente no primeiro caso, porém tecnicamente primário e de maus antecedentes no segundo.

É bom frisar que tanto a reincidência quanto os maus antecedentes só podem ser comprovados por certidão emitida pelo escrivão judicial em que conste não só a data da condenação, mas também e principalmente a data do trânsito em julgado e, se for o caso, da extinção da punibilidade.

A ausência da certidão, bem como a certidão apócrifa, impede o aumento da pena tanto pela reincidência quanto pelos maus antecedentes. A condenação anterior por contravenção penal não gera reincidência, pois o art. 63 do CP é expresso em sua referência a crime.

Vale frisar que, de acordo com o art. 64 do CP, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 anos, não há falar em reincidência.

Prosseguindo na análise do art. 59 do CP, temos a conduta social e a personalidade do agente como elementos a serem levados em conta pelo magistrado.

Trata-se de circunstâncias que somente poderão ser analisadas para diminuir a pena do réu, pois o seu uso para aumentar a pena constitui flagrante violação do princípio constitucional da legalidade consagrado no art. 5º, XXXIX, da CF: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Senão vejamos: dois indivíduos munidos de arma de fogo resolvem roubar um banco em concurso de agentes. Ambos realizam as mesmas condutas, rendem o caixa, apontam-lhe a arma, recolhem o dinheiro, dividem-no em partes iguais e saem em fuga.

Durante a instrução criminal as testemunhas afirmam que o primeiro deles é ótimo pai de família, excelente vizinho, bom empregado e que trabalha durante os finais de semana em entidades beneficentes tendo inclusive adotado cinco crianças de rua. O outro acusado porém, tem personalidade e conduta social oposta: bate na esposa, briga constantemente com a vizinhança, chega bêbado no trabalho e há fortes comentários de que trafique drogas.

Não é difícil imaginar que o juiz fixará a pena do primeiro no mínimo legal e aumentará a pena do segundo em cerca de um ano. Ao proceder desta forma, o magistrado, na prática, estará condenado ambos pelo roubo a banco e suplementarmente estará condenando o segundo a um ano de prisão por bater na esposa, brigar constantemente com a vizinhança, chegar bêbado no trabalho e supostamente traficar drogas.

Trata-se de violação clara de dois princípios constitucionais: legalidade e devido processo legal. Ao condenar o réu a um ano de prisão com base em alguns fatos absolutamente atípicos sob o argumento de ser uma "conduta social imprópria" ou "personalidade deturpada", nada mais estará fazendo do que desprezar completamente um dos mais tradicionais princípios de Direito Penal.

Ofenderá também o princípio do devido processo legal, pois se o indivíduo foi acusado de roubar um banco, irá defender-se deste fato tão-somente e não de supostas lesões corporais à esposa e tráfico de drogas alegado pelas testemunhas. O aumento da

pena com base em supostos crimes que mesmo provados nos autos não foram objeto de processo para apurá-lo é absolutamente inconstitucional, pois, em última análise, configura em condenação sem o devido processo legal.

Segue o art. 59 do CP, afirmando que os motivos do crime, suas circunstâncias e conseqüências também deverão ser levados em conta na fixação da pena. Vale frisar: o que se pune aqui não é o motivo, as circunstâncias e conseqüências já previstas pela própria leitura do tipo penal, mas *um plus* de reprovabilidade. Assim, absurda são as justificativas que muitos juizes alegam para majorar a pena: "o motivo do furto foi muito reprovável, pois buscou o ganho fácil, o enriquecimento ilícito, etc", "as conseqüências do crime de homicídio (ou de latrocínio) foram muito graves, pois resultou na morte da vítima". Afirmações como esta constituem um flagrante *bis in idem*, pois o "ganho fácil" é, em última análise, elemento motivacional de todo crime patrimonial e a "morte da vítima" é sempre conseqüência dos homicídios e latrocínios. A motivação que deve ser valorada não é a comum aos crimes da espécie, mas aquela que se diferencia da média dos crimes praticados demonstrando uma maior reprovabilidade da conduta *subjudice*.

Por fim, deverá o juiz analisar também o comportamento da vítima. Trata-se evidentemente de conduta ativa por parte da vítima que induza o réu à prática do crime. Não justifica a diminuição de pena nos crimes contra os costumes a mera roupa provocante com a qual desfila a moça em local ermo, pois ninguém é obrigado a trajar-se com recato. Por outro lado, a moça que aceita ir a um motel com um rapaz e lá, após as tradicionais preliminares, desiste da cópula no último momento, certamente contribui com seu comportamento para a prática de estupro naquele momento. A clara diferença entre os dois comportamentos das vítimas está na absoluta passividade do primeiro e na atividade do segundo.

2ª FASE

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

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

A leitura do art. 65 do CP, por si só, esclarece a dúvida: "são circunstâncias que *sempre* atenuam a pena: (...)". Ora, se o legislador usou o adjunto adverbial "sempre" é porque queria deixar claro que em toda e qualquer hipótese dever-se-á aplicar a atenuante. Caso contrário teria usado a expressão "sempre que possível".

Evidentemente a redução da pena por meio da atenuante não é ilimitada, pois, do contrário, estar-se-ia admitindo que o magistrado poderia fixar uma pena de um dia de prisão.

O limite da redução é fixado em 2/3 por analogia com a maior causa de diminuição de pena do CP (tentativa). Alegar, no entanto, que por não ter o legislador fixado expressamente este limite, simplesmente não se pode diminuir a pena abaixo do piso legal, é negar vigência à lei federal que é expressa ao usar o advérbio "sempre", ferindo diretamente a CF no seu princípio de individualização das penas.

Infelizmente a maior parte da jurisprudência tem preferido não reduzir a pena abaixo do mínimo legal em flagrante desrespeito à interpretação literal do art. 65 do CP.

As circunstâncias agravantes são somente aquelas previstas nos arts. 61 e 62 do CP, enquanto as atenuantes são aquelas previstas no art. 65 do mesmo diploma legal, havendo ainda no art. 66 do CP a previsão de uma atenuante genérica.

A circunstância inominada do art. 66 do CP tem conteúdo variável e deverá ser aplicada pelo magistrado quando as circunstâncias do delito indicarem uma menor necessidade de reprovação do crime não prevista pelas atenuantes do art. 65 do CP.

3ª FASE

As causas de aumento e diminuição de pena são os últimos elementos a serem levados em conta na fixação da pena. Apesar de encontrarem-se dispersas no Código (tanto na parte geral - v.g. tentativa, concurso formal, crime continuado - como na parte especial -v.g. art. 157, § 2º, do CP), são facilmente identificáveis por virem sempre expressas por uma fração (aumenta-se da metade, diminui-se de 1 a 2/3 terços, etc).

Primeiramente são aplicadas as causas de aumento de pena e, em seguida, as causas de diminuição de pena. As principais causas de aumento de pena da parte geral são o concurso formal (art. 70 do CP) e a continuidade delitiva (art. 71 do CP). A fração do aumento da pena deverá ser calculada com base no número de crimes praticados: se apenas 2,1/6, se 3,1/5, se 4,1/4 e assim sucessivamente.

As principais causas de diminuição de pena da parte geral são a tentativa (art. 14, II, do CP), o arrependimento posterior (art. 16 do CP), o erro inevitável sobre a ilicitude do fato (art. 21 do CP) e a participação de menor importância (art. 29, § 1º, do CP).

As causas de aumento e diminuição de pena da parte especial estão relacionadas no tipo penal que descreve o crime em análise. Vale ressaltar que não se pode aplicar duas causas de aumento ou diminuição de pena da parte especial para o mesmo crime.

Assim, o roubo praticado em concurso de agentes e com emprego de arma só terá a pena aumentada na terceira fase por uma das circunstâncias: ou pelo concurso de agentes ou pelo emprego de armas. A fração do aumento da pena não será determinada pelo número de circunstâncias, mas pela gravidade de cada uma delas: número de agentes no caso de concurso de pessoas e potencialidade ofensiva da arma no caso de emprego dessa.

Vale lembrar que, em qualquer hipótese, a causa de diminuição de pena em razão da tentativa (art. 14, II, do CP) será sempre a última a ser aplicada.

DEFINIÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA

Após a fixação do *quantum* da pena definitiva, o regime inicial de cumprimento de pena será definido com base no art. 33 do CP. Não obstante o art. 2º, § 1º, da hedionda L. 8.072/90 ter disposto que: "a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado", trata-se de disposição flagrantemente inconstitucional por ferir não só o princípio da individualização das penas, mas também a vedação constitucional a penas de caráter perpétuo.

A individualização da pena é um processo que se dá em três momentos jurídicos bastante distintos: legislativo, judicial e executório. Em um primeiro momento o legislador define parâmetros para a fixação da pena: de 1 a 2 anos; de 4 a 8 anos; de 12 a 30 anos, etc. Não pode o legislador fixar diretamente a pena, pois a definição do *quantum* da pena é função do Poder Judiciário.

Num segundo momento o judiciário fixa o *quantum* da pena adequado ao caso concreto e em um terceiro momento (executório) são analisados os pedidos de progressão de regime e livramento condicional, também de acordo com o caso concreto e o comportamento do preso.

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

Infelizmente, por razões de política criminal, os tribunais têm entendido que o regime integralmente fechado para os crimes hediondos é constitucional, o que só contribui para a superlotação dos presídios brasileiros.

PENA DE MULTA

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

A pena de multa será fixada em duas fases distintas. Na primeira fase, não será considerada a situação econômica do réu, devendo ser a multa fixada proporcionalmente à gravidade do tipo de crime praticado e às circunstâncias que foram levadas em conta na fixação da pena corporal.

A pena na primeira fase não será fixada em unidades monetárias, mas em uma unidade denominada dia-multa, cujo valor será estabelecido na segunda fase de fixação da pena pecuniária com base na condição socioeconômica do réu.

O número de dias-multa (cujo plural, em rigor, seria "dias-multas" já que é um substantivo composto formado por dois substantivos e, portanto, tem sua forma plural formada pela variação dos dois elementos) varia de 10 a 360. O juiz, porém, deve ficar atento, pois isto vale para todo e qualquer crime. Assim, crimes de pequeno potencial ofensivo como o furto e o estelionato devem ter suas penas de multa fixadas próximas ao mínimo legal (10 dias-multa) enquanto crimes graves, como o latrocínio, devem ter multas fixadas próximo ao máximo (360 dias-multa).

Fixados na primeira fase, o número de dias-multa a serem pagos, caberá ao juiz, na segunda fase, a fixação do valor unitário de cada um destes dias-multa. Neste momento o juiz deverá levar em conta a capacidade socioeconômica do agente devendo variar de 1/30 do salário mínimo a 5 vezes esse salário.

A multa não paga não pode se converter em prisão, pois não há prisão por dívidas no ordenamento jurídico brasileiro salvo nos casos previstos pela CE Assim, a execução da multa não é mais matéria penal e deverá ser realizada pelo Procurador da Fazenda Estadual (ou Federal, nos crimes federais).

SUBSTITUIÇÃO DA PENA

A substituição da pena corporal por restritiva de direitos é a última etapa no processo de fixação da pena e deverá observar o disposto no art. 44 do CP.

Os requisitos para a substituição da pena são: 1) crime culposo ou crime doloso com pena inferior a 4 (quatro) anos; 2) o crime não ter sido praticado com violência ou grave ameaça; 3) o réu não ser reincidente no mesmo crime (reincidência específica); 4) as circunstâncias judiciais serem favoráveis.

Obviamente se o juiz considerou na primeira fase da fixação da pena as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu para fixar a pena-base, estas circunstâncias também devem ser consideradas favoráveis quando da análise da substituição da pena.

As penas iguais ou inferiores a 1(um) ano serão substituídas por uma prestação pecuniária ou uma restritiva de direitos.

As penas superiores a 1 (um) ano serão substituídas por uma prestação pecuniária e uma restritiva de direitos ou por duas restritivas de direitos.

A prestação pecuniária não obedece ao critério de fixação com base em dias-multa, devendo ser determinada uma importância entre 1 (um) e 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.

O Código se refere à prestação *pecuniária* e, portanto, não é de boa técnica a fixação de pagamento de cestas básicas, uma vez que não são pecúnia (dinheiro) e podem ter valor variável.

A prestação pecuniária deve ser paga preferencialmente à vítima, mas, se por qualquer motivo esta não puder receber o pagamento (vítima de homicídio culposo, por

exemplo), este será feito a seus dependentes. Não havendo vítima nem dependentes ou, no caso de não haver uma vítima determinada (crimes contra a saúde pública, por exemplo), a prestação pecuniária será paga a entidades assistenciais.

A prestação de serviços comunitários só pode ser aplicada em penas superiores a 6 (seis) meses e será cumprida à razão de 1 (uma) hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, tudo nos termos do art. 46 do CP.

SURSIS

Não sendo possível a substituição da pena, por ter sido o crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa e a pena sendo inferior a dois anos, poderá ser concedida a suspensão condicional da pena (*sursis*), obedecendo-se ao disposto no art. 77 do CP.

Durante o período em que a pena estiver suspensa - que pode variar de 2 a 4 anos - o condenado fica sujeito às condições fixadas pelo juiz com base no art. 78 do CP.

As penas substitutivas tornaram o *sursis* um instituto em desuso, mas ainda são efetivos para crimes como tentativa de roubo, em que o crime é praticado com violência, porém a pena não excede a 2 anos.

CONCLUSÃO

Não foi nossa pretensão esgotar os múltiplos aspectos da fixação da pena, até porque se trata de tema com inúmeros detalhes a serem analisados em cada caso concreto.

Esperamos, no entanto, ter estabelecido alguns parâmetros que ajudem a estudantes e magistrados nos primeiros passos da importante tarefa de fixação da pena.

**Túlio Lima
Vianna**

*Professor de
Direito Penal da
Pontifícia
Universidade
Católica de Minas
Gerais, Mestre em
Ciências Penais
pela Universidade
Federal de Minas
Gerais.*