

Genéricas x Específicas

As circunstâncias agravantes e atenuantes podem ser genéricas ou específicas. O nome ajuda bastante no raciocínio. As agravantes genéricas são aquelas que se aplicam a todos os crimes indistintamente, e, portanto, estão na Parte Geral do Código Penal. É o caso, por exemplo, da reincidência.

As específicas, por outro lado, estão no próprio tipo penal ou na legislação extravagante e se aplicam só aos crimes específicos aos quais se referem. É o caso, por exemplo, da agravante de cometer crime de trânsito utilizando-se de veículo sem placas, com placas falsas ou adulteradas (art. 298, II, Código de Trânsito Brasileiro). Essa agravante não se aplicaria a um crime de estupro, mas sim a uma lesão corporal culposa cometida no trânsito.

Cálculo

Assim como ocorre com as circunstâncias judiciais (aqueles elementos do art. 59 que compõem a primeira fase da dosimetria da pena), o Código Penal não indica qual o valor das atenuantes e das agravantes. O STF, na AP 470, definiu que deve se considerar a fração de 1/6. Mais uma vez, se o legislador não previu o montante, não pode o julgador extrapolar os limites legais nessa fase.

E por que 1/6? Porque esse é o menor valor de causa de aumento ou de causa de diminuição de pena previstos na legislação penal.

Por exemplo, uma pena base de 6 anos com uma agravante resultará em 7 anos, desde que a pena máxima em abstrato do crime não seja inferior a isso. Da mesma forma, se fosse uma atenuante, a pena resultante seria de 5 anos, desde que a pena mínima em abstrato não fosse maior que isso.

Aplicação Compulsória

Não cabe ao juiz deixar de aplicar alguma agravante ou alguma atenuante que esteja presente no caso concreto, ou seja, sua aplicação é compulsória. E se tiver, por exemplo, duas agravantes e uma atenuante? Em regra, uma atenuante e uma agravante se compensam entre si, ou seja, uma agravante e uma atenuante implicam na manutenção da pena base.

Contudo, existem as circunstâncias preponderantes, que são algumas agravantes ou atenuantes que compensam a outra, mas ainda assim aumentam ou diminuem um pouco, conforme redação do art. 67 do Código Penal. Ela “compensa, mas não muito”. As circunstâncias preponderantes são as relacionadas aos motivos do crime, à personalidade do agente e à reincidência.

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Por exemplo, o agente tem a atenuante do desconhecimento da lei e a reincidência. Como a reincidência é preponderante, não haverá total compensação, mas sim um leve aumento da pena perto de 1/6.

Parâmetro

Não importa a quantidade de agravantes e atenuantes, a pena jamais poderá extrapolar os limites legais, porque o Código Penal nunca indicou a quantidade de aumento ou diminuição delas (1/6 é uma construção jurisprudencial). Jamais o fim da segunda fase do homicídio, por exemplo, poderá resultar em pena menor do que 6 anos ou maior do que 20 anos.

Súmula 231, STJ: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Agravantes Genéricas (arts. 61 e 62, CP)

As agravantes genéricas estão previstas em um rol taxativo nos arts. 61 e 62, aumentando, cada uma delas, em 1/6 a pena da primeira fase. É taxativo porque são situações que prejudicam o réu, logo, pelo princípio da legalidade, devem estar expressas em lei. As agravantes são de incidência obrigatória, ou seja, o juiz não pode deixar de aplicá-las no caso concreto, desde que não caracterizem bis in idem. Por exemplo, não se pode aplicar as agravantes de crime contra criança e de crime contra descendente no crime de infanticídio.

A reincidência ainda será melhor estudada. Outras agravantes são o motivo fútil ou torpe (matou por dívida, por exemplo), a prática para ocultar ou assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime (o sujeito que esconde o cadáver da vítima), a traição, emboscada, dissimulação ou recurso que dificulte a defesa do ofendido (dopar a vítima), emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel ou que resulte perigo comum.

Também são agravantes cometer crime contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, abusar de autoridade, prevalecer de relação doméstica ou coabitação e hospitalidade, abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão (como o padre que abusa de um jovem), crime contra criança, maior de 60, enfermo ou grávida. Ainda, quando o ofendido estava em proteção da autoridade, em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou calamidade pública ou desgraça particular do ofendido.

E a pandemia? Os crimes praticados durante a pandemia devem receber essa agravante genérica? Está prevalecendo que não, porque a finalidade da agravante é punir o indivíduo que se utiliza de uma calamidade que facilita a prática do crime, o que não é o caso da COVID-19,

como quando há uma enchente e as pessoas saem de casa por isso e o sujeito furta a residência.

O estado de embriaguez preordenada também é caso de agravante genérica, que é a situação do sujeito que bebe para conseguir cometer um crime posteriormente.

Haverá agravantes relacionadas ao concurso de pessoas. A primeira delas é para aquele que promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais, bem como aquele que coage ou induz a execução do crime, aquele que instiga ou determina a cometer crime alguém que está na sua autoridade ou que seja não-punível pela sua qualidade pessoal (como o professor que faz com que seu aluno cometa um crime consigo). Também é o caso de quem executa o crime ou nele participa mediante paga ou promessa de recompensa.

Atenuantes Genéricas (arts. 65 e 66)

As atenuantes genéricas estão previstas em rol exemplificativo, pois são situações benéficas ao réu. Logo, podem ser ampliadas pelo juiz no caso concreto.

A primeira é ser o agente menor de 21 anos, na data do fato, ou maior de 70 anos, na data da sentença (é a mesma regra que diminui a prescrição pela metade). O objetivo é não atrapalhar tanto a vida de quem ainda tem muito tempo para se organizar e mudar de vida, bem como aquele que já está em seu trecho final e cujo cárcere poderia ser mais difícil pela maior fragilidade.

Também atenuam a pena o desconhecimento da lei, o motivo de relevante valor social ou moral (quem mata o estuprador da região), aquele que busca reparar ou minorar as consequências ou o dano, com eficiência, antes do julgamento. É o caso, ainda, do crime de quem comete sob coação resistível ou em relação de ordem de autoridade superior e em influência de violenta emoção provocada por ato injusto, de quem confessa espontaneamente o crime, assim como quem comete sob influência de multidão, salvo se foi quem a provocou.

Ainda, por fim, cabe a atenuação da pena por circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, mesmo que não prevista em lei, situação que comprova o rol ser exemplificativo. A doutrina indica a coculpabilidade, que é a ideia de que o Estado deveria dar condições melhores de vida às pessoas, de forma que um sujeito que não tenha seus direitos fundamentais garantidos e comete um crime tem uma reprovabilidade menor.

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