Sistema Trifásico

A aplicação da pena é um ato discricionário juridicamente vinculado. Ela não é uma tarefa automatizada, não pode ser feita em procedimento padrão eletrônico, por exemplo, por respeito ao princípio da individualização da pena. O magistrado tem liberdade para fixar a pena no caso concreto, de forma fundamentada, mas há limites legais aos quais ele deve se ater.

No passado, houve intenso debate doutrinário sobre como deveria ser aplicada a pena e quantas fases este processo teria. Apesar de alguns defenderem métodos bifásicos e até de quatro fases, prevaleceu, quanto à pena privativa de liberdade, o método trifásico, desenvolvido por Nelson Hungria (para a pena de multa, aplica-se o critério bifásico). Está inserida no art. 68 do Código Penal.

> **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.

A primeira fase é prevista no art. 59 do Código Penal e é chamada de pena base. O juiz irá analisar uma série de circunstâncias relacionadas ao crime, previstas no dispositivo citado, e definir uma pena dentro dos limites abstratamente impostos (por exemplo, se for roubo, entre 4 e 10 anos). Ele jamais, na primeira fase, pode extrapolar os limites da pena abstrata.

Na segunda fase, o juiz aplica as circunstâncias agravantes e atenuantes em relação à pena base. Costuma-se utilizar sempre um aumento ou uma diminuição de 1/6, mas sempre respeitando os limites abstratos. Por fim, na terceira fase, aplicam-se as causas de aumento e de diminuição de pena, frações que alteram a pena do delito e que podem resultar em pena maior ou menor que a própria pena abstrata.

Como dito, a multa respeita um critério bifásico, previsto no art. 49 do Código Penal (primeiro número de dias-multa, pelos mesmos critérios da pena privativa de liberdade, e depois o valor do dia-multa, a partir de critérios econômicos).

Primeira Fase

> **Código Penal — Art. 59** - 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.

Portanto, o juiz deve se ater aos oito critérios listados acima para escolher uma pena entre o limite máximo e mínimo. Por exemplo, a pena base do homicídio deve ficar entre 6 e 20 anos, jamais mais, jamais menos. Portanto, se todas as circunstâncias forem favoráveis, 6 anos; se todas forem desfavoráveis, 20 anos. O Código Penal não diz quanto aumenta e quanto diminui uma circunstância judicial, logo, o juiz não pode extrapolar a pena prevista pelo próprio legislador.

Por exemplo, se entre a pena máxima e mínima há 16 anos, cada circunstância deve valer 2 anos (16 anos dividido por 8 circunstâncias).

O que é o crime qualificado? É uma situação que altera a pena cominada do crime, ou seja, a pena abstrata. Por exemplo, o homicídio qualificado passa a ter pena de 12 a 30 anos, de forma que a pena base deve ficar nesse intervalo.

E se há duas qualificadoras no caso concreto? O juiz a utiliza exatamente para qualificar o crime, ou seja, alterar o intervalo das penas. A segunda pode ser utilizada como agravante ou como causa de aumento de pena, se houver previsão assim. Se não existir, será uma circunstância judicial desfavorável para aumentar a pena base.

O art. 59 fala em culpabilidade, que substitui o que antes se chamava de intensidade do dolo e grau da culpa. Esta culpabilidade, circunstância judicial do art. 59, é a mesma da Teoria do Crime? Não, o Código Penal cometeu um erro, pois a culpabilidade agora estudada deveria ser chamada de `grau de culpabilidade`, como o próprio STF já afirmou (Info 724). Todo agente culpável envolvido na prática de um crime será condenado, variando sua pena a depender do seu grau de culpabilidade.

O comportamento da vítima é outra circunstância do art. 59 do Código Penal. Segundo o STJ, é uma circunstância neutra: se a vítima não interferiu, a pena fica igual; se a vítima “colaborou” com o crime, a pena base do réu será diminuída. Portanto, ela jamais iria piorar a situação do réu. Por exemplo, alguém saca dinheiro no banco e fica na rua contando as cédulas. Isso não justifica o crime, mas auxilia na sua ocorrência, diminuindo um pouco a pena do agente. Isto jamais deve ser utilizado para diminuir pena base em crimes sexuais.

O dispositivo também fala dos antecedentes criminais. Os “bons” antecedentes seriam a simples ausência de situações com a justiça criminal. Se, porém, o juiz encontra “problemas” criminais, o sujeito tem maus antecedentes – é uma relação criminal, pouco importando dívidas, atos infracionais e etc.

O que caracteriza os antecedentes? São apenas condenações definitivas do réu, ou seja, com trânsito em julgado, em respeito ao princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade.

> **Súmula 444, STJ**: é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Qual é a validade dessa condenação anterior para fins de antecedentes, ou seja, vale por quanto tempo? Na reincidência, o Código Penal adota o sistema da temporariedade – a condenação vale por 5 anos após a extinção da pena para configuração de reincidência. Para fins de antecedentes, o diploma é silente.

Existiam duas posições. A primeira dizia que ela valia por 5 anos, pois este é o teto da reincidência. Porém, prevalece que os antecedentes valem para sempre, adotando-se o sistema da perpetuidade, conforme entendimento do STF em repercussão geral reconhecida.