Detalhamento das fases

PRIMEIRA FASE

Como a primeira fase da fixação da pena parte das circunstâncias judiciais, é importante ler e entender o art. 59 caput do CP:

> **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: (...)

As circunstâncias dividem-se entre objetivas, que são observáveis na realidade fática (comportamento da vítima, consequências do crime e circunstância do crime) e subjetivas, determinadas com maior discricionariedade do juiz (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos).

> Obs.: não confundir culpabilidade nesse contexto com culpabilidade da teoria do ilícito penal; aqui, a culpabilidade refere-se ao agente (estudaremos mais adiante).

Trocando em miúdos, cada uma das circunstâncias pode ser definida conforme abaixo:

- **Conduta social** diz respeito a como a sociedade ideal enxergaria o agente e seu comportamento;
- **Personalidade** diz respeito ao agente considerado individualmente em seus aspectos subjetivos;
- **Motivos** são os fatos que o levaram a cometer o crime;
- **Circunstâncias** (no sentido estrito) são reflexos diretos ou indiretos da ação criminosa; e
- **Comportamento da vítima** tem a ver com a forma como esta se comportava quando o agente cometeu o crime.

Algumas outras observações super importantes!

- O art. 59, II ensina que a pena base não pode ultrapassar os limites cominados abstratamente, então o magistrado precisa agir em cada caso com uma boa dose de razoabilidade para “encaixar” as circunstâncias nesse limite;

- Não havendo circunstâncias desfavoráveis, a pena ficará no mínimo;
- A doutrina sugere aumento de 1/8 para cada circunstância desfavorável.

Afora essas observações, resta um questionamento: será que é constitucional usar, na dosimetria da pena, circunstâncias da pessoa? — estaríamos punindo por quem ela é, e não pelo que ela fez.

Na criminologia, Salo de Carvalho e Paulo Queiroz criticam essas circunstâncias judiciais por as considerarem direito penal do autor. Mesmo a reincidência é criticada, pois ela diz respeito ao autor, a algo que ele fez no passado, que pode não ter absolutamente a ver com o fato presente. O passado de uma pessoa não a define, basicamente. Faz parte de quem ela é, mas não a define.

É importante esclarecer alguns conceitos.

A **culpabilidade**, para a dosimetria da pena, refere-se ao grau de reprovabilidade da conduta do agente. Serve como circunstância para o cálculo da pena base, como vimos. Quanto maior a reprovabilidade, maior a pena base.

Ex. da jurisprudência: nos crimes contra a Administração Pública que envolvem desvios de verbas, os tribunais estão considerando mais culpável o crime quanto menor for o IDH do município onde o crime ocorre. Raciocínio por trás: o lugar já é mais vulnerável, então o desvio de verbas em tal localidade é mais reprovável.

Ex. 2: um furto de medicamento caro e não disponível pelo SUS pela mãe de uma criança que precisa dele é menos reprovável do que o furto de remédios caros para emagrecimento por razões estéticas.

Os **antecedentes do agente** representam sua vida pregressa, e nunca consideram fatos posteriores ao crime, é claro (mesmo que antes da sentença).

Bons antecedentes = pena equivalente ao mínimo legal.

Ainda que tenhamos já ressaltado que a reincidência só pode ser considerada como tal se a condenação penal transitada em julgado tiver até 5 anos, a maior parte da doutrina entende que não há limitação temporal para que a condenação passada gere maus antecedentes. O famoso penalista Bittencourt discorda: na prática, deve-se considerar o mesmo limite de 5 anos, já que o Direito Penal não deve pesar sobre a pessoa do condenado por toda a vida. Seria isto punir em excesso.

Outro caso interessante é o de ato infracional de menor. Não resulta este em maus antecedentes, mas o Judiciário costuma encará-lo como parte da circunstância da personalidade do agente.

SEGUNDA FASE

Agravantes e Atenuantes

Estão na segunda fase da dosimetria da pena.

Elas são circunstâncias que não integram a estrutura do tipo penal, mas se vinculam ao crime, devendo ser consideradas pelo juiz no momento de aplicação da pena. Não há quantum, o juiz usa sua discricionariedade. As limitações ao máximo e mínimo legais devem ser respeitadas (conclusão pacífica da doutrina e da jurisprudência, apesar de não estar na lei).

Quando estamos trabalhando com qualificadoras, devemos considerar apenas uma delas, pois **não existe crime "duplamente" ou "triplamente" qualificado** (apesar de a expressão ser usada pela mídia). As qualificadoras que "sobram" são usadas como agravantes. Só é vedado o *bis in idem* (dupla condenação ou contagem na pena do mesmo fato/circunstância agravante duas vezes).

O art. 61 do CP lista algumas agravantes, e sua leitura, com todos os incisos, é recomendada. Atenuantes comuns estão previstas no art. 65 do CP. Por fim, a reincidência, como vimos, é agravante de penas e está prevista no art. 63 do CP:

> **Art. 63** - 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.

Uma exceção importante: os crimes militares e políticos não servem para gerar reincidência.

Outra exceção (tomar cuidado!): contravenção penal, infração penal e ato infracional são categorias que fazem parte de um conjunto de ilícitos **não considerados CRIMES.** Portanto, **não contam para reincidência** (assim como medida de internação do Estatuto da Criança e do Adolescente e advertência/penas alternativas da lei de drogas).

Críticas à reincidência que se fazem hoje em dia:

- Não poderia ser agravante, pois é, no fundo, uma falha estatal, não do indivíduo, podendo inclusive ser considerada **atenuante** porque o indivíduo sofreu estigmas da sociedade, o que contribuiu para sua seleção pelo sistema carcerário tal como ele é;
- A reincidência fere o princípio do *non bis in idem*;
- A reincidência fere o princípio da proporcionalidade, pois pode acontecer de o crime anterior ter levado a condenação menor do que o que a reincidência pode contar proporcionalmente em mesmo crime.

O STF, no entanto, já decidiu, em 2013, no REX 453000/RS, que a reincidência é constitucional, baseando-se em 2 argumentos:

1. A finalidade da pena é repressiva e preventiva. Quem comete crimes de forma recorrente precisa ser tratado com maior rigor;
2. Não há *bis in idem* pois não se pune pelo mesmo fato, mas por fatos diversos, considerando-se o passado do autor.

O concurso de agravantes e atenuantes pode ocorrer, e está disciplinado pelo art. 67 do CP.

> **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.

O termo “preponderante” teve que ser interpretado pela jurisprudência. A ordem de preferência estabelecida hoje em dia é:

1. Atenuante da menoridade ou senilidade, seguida de
2. Agravante da reincidência ou atenuante da confissão, seguida de
3. Atenuantes/agravantes subjetivas, seguidas de
4. Atenuantes/agravantes objetivas.

TERCEIRA FASE

Causas de Aumento e Diminuição

As causas de aumento e diminuição (ou majorantes e minorantes) incidem na terceira fase de dosimetria da pena. Teoricamente, elas podem ir além ou aquém dos limites da pena abstratamente cominada, mas isso não deixa de ser alvo de críticas por potencialmente ferir o princípio da legalidade.

Aqui também é possível haver concurso. O que fazer, então, quando há mais de uma causa de aumento e/ou mais de uma causa de diminuição?

Aplica-se a regra contida no art. 68, parágrafo único, do CP:

> *Parágrafo único* - No concurso de causas de aumento ou de diminuição 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.

Porém há algumas regras para lidar com múltiplos aumentos ou múltiplas diminuições:

1ª: caso haja várias causas de diminuição, a primeira delas incide sobre a pena provisória e as demais incidem em cascata, cumulativamente, sobre o valor já diminuído, uma sobre a outra.

2ª: havendo várias causas de aumento, deverão ser aplicadas de forma independente, cada uma incidindo na pena provisória de forma isolada. Aumento sobre aumento seria *bis in idem*, pior para o réu e vedado, portanto.

3ª: havendo causas de aumento e de diminuição, aplicam-se primeiro as majorantes sobre a pena provisória, para posteriormente diminuir a pena sobre o valor já aumentado.