



MATERIAL DIDÁTICO DE APOIO

Prof. Euler Paiva

DAS PENAS

1. Introdução

“Pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal.”

Rogério Greco

- *Jus Puniendi Vs Garantismo (Luigi Ferrajoli)* – O poder punitivo do Estado deve ser balizado pela Constituição.

O Garantismo no texto constitucional, Art. 5º:

Inciso XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Inciso XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;

Inciso XLVII, CF:

Não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

Inciso XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

Inciso XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Inciso L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

2. Finalidades das Penas

- Teoria Absoluta

Pela teoria absoluta a finalidade da pena é enxergada somente pelo prisma retributivo sobre o criminoso, sem considerar a perspectiva social. Considera a pena como um pagamento pelo “mal feito”.

- Teoria Relativa

Esta teoria considera como finalidade da pena a prevenção, evitando o cometimento de outros crimes. Pode ser:

- Prevenção Geral – Atua sobre a sociedade
- Prevenção Especial – Atua sobre o indivíduo.

OBS: Segundo Hassemer a finalidade de PREVENÇÃO da pena pode ter efeito negativo ou positivo.

Qual teoria é adotada no Brasil?

A maioria da doutrina afirma que a teoria adotada no Brasil sobre a finalidade das penas é a Teoria mista ou unificadora da pena, haja vista a parte final do art. 59 do CP, *in verbis*:

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:

.....

3. Classificação das Penas

Consoante o art. 32 do CP, as penas podem ser:

- Privativas de liberdade
- Restritivas de direito
- Multa

OBS1: A lei de 11.343/2006 prevê no artigo 28 uma pena *sui generis*, a advertência (há julgamento sobre a constitucionalidade deste artigo que pode levar a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio).

3.1. Penas privativas de liberdade

Podem ser de reclusão ou de detenção.

OBS2: A lei de contravenções penais (Dec-lei 3.688/41) prevê a prisão simples.

Diferenças (art. 33 do CP e 6º da LCP):

- A reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto.

- A detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
- A prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto, separado dos condenados a pena de reclusão ou de detenção.

Outras Diferenças entre a pena de Reclusão e Detenção:

- No concurso material aplicando-se cumulativamente a penas de reclusão e de detenção aplica-se primeiro a reclusão (arts. 69, *caput*, e 76, ambos do CP).
- Em caso de aplicação de medida de segurança, aplica-se o tratamento ambulatorial em se tratando de crime punível com detenção (art. 97 do CP).

Regimes de cumprimento da pena

Consoante o art. 59, inc. III do CP, o Juiz deverá, ao aplicar a pena determinar o seu regime de cumprimento, da seguinte forma:

- FECHADO – Execução da pena em estabelecimento com segurança máxima ou média.
- SEMI-ABERTO – Execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.
- ABERTO – Execução em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Art. 33, CP

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

A) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

B) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

C) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Exceções:

- Com relação aos crimes hediondos (lei 8.072/90), a alteração da lei 11.464/2007 passou a exigir o cumprimento inicial da pena em regime fechado (e progressão de 2/5 ou 3/5 se reincidente)
- Súmula 269/STJ “*É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judicial*”.

NUCCI, assim define o regime fechado:

"O regime fechado caracteriza-se pelo cumprimento da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, §1º, a, CP), destinando-se à Pena de reclusão. Estabelece a lei que as penas fixadas em montante acima de oito anos devem ser iniciadas, necessariamente, em regime fechado (art. 33, § 2º, a). Nada impede, no entanto, que o juiz fixe aos condenados por penas inferiores, igualmente, o mesmo regime inicial, desde que seja respeitado o processo de individualização (art. 33, § 3º)."

Princípio da Individualização da Pena

É o princípio que garante que as penas dos infratores não sejam iguais, mesmo que tenham praticado crimes idênticos. Isto porque, independente da prática de mesma conduta, cada indivíduo possui um histórico pessoal e cada crime apresenta suas circunstâncias específicas, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida.

É a expressão do Princípio Constitucional da Isonomia Material.

Fundamentação:

- Art. 5º, XLVI da CF
- Arts. 5º, 8º, 41, XII e 92, parágrafo único, II, da LEP
- Art. 34 do CP

Qual a diferença entre REGIME ESPECIAL E PRISÃO ESPECIAL?

- Regime Especial

O art. 37 do CP determina que as mulheres cumpram pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal.

- Prisão Especial

Art. 295 do CPP prevê prisão processual em local diferenciado, como quartéis, aqueles que são portadores de curso superior ou exercem atividades políticas, administrativas ou judiciais. Vide ADPF 334.

Outros aspectos relativos ao cumprimento da PPL:

Superveniência de doença mental

Art. 41 - O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

Detração

Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

3.2 Penas Restritivas de Direitos

As penas restritivas de direito estão elencadas no art. 43, do Código Penal, podem ser autônomas (exceção) ou substitutas às penas privativas de liberdade, de acordo com art. 44, também do Código Penal.

OBS3: Para ser autônoma a pena tem que estar prevista no preceito secundário. Ex: penas do art. 28 da Lei 11.343/2006 – Advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

ESPÉCIES:

I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;

III - limitação de fim de semana.

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V - interdição temporária de direitos;

Requisitos cumulativos para substituição da PPL pela PRD:

I – Aplicação de pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso (pode ser flexibilizada, conforme §3º do art. 44 do CP);

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

OBS4: Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

OBS5: Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

OBS6: A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

OBS7: Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

3.3 Pena de Multa

As características da pena de multa estão devidamente transcritas no art. 49, do CP, sendo fixada em sentença condenatória de crimes que a prevejam em seu preceito secundário. Seu valor é revertido ao fundo penitenciário nacional.

Forma de cálculo

A multa será no mínimo de 10 (dez) e no máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

O dia-multa é uma unidade criada para fins de padronização da pena de multa. Seu valor não será inferior a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato e nem superior a 5 vezes este salário.

Forma de pagamento

A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença.

A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.

OBS8: A multa será considerada dívida de valor após o Trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, equipara-se à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

4. Aplicação da Pena

Com a finalidade de orientar o julgador quando da aplicação da pena, a lei penal estabeleceu uma sequência de etapas que obrigatoriamente deverão ser observadas sob pena de macular o *decisum* podendo levar a nulidade da sentença.

O artigo 68 do Código Penal estabelece o critério trifásico de fixação da pena, na seguinte ordem:

- 1) Fixação da pena-base;
- 2) Valoração das circunstâncias atenuantes e agravantes (art. 61 e 65, CP)
- 3) Estabelecimento das causas de diminuição e aumento;

“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”.

OBS9: A pena-base é a primeira referência quantitativa da sanção privativa de liberdade, formatada após observância das circunstâncias judiciais do art. 59.

“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:.....”.

OBS10: A pena-base não pode ser fixada nem abaixo e nem acima do patamar estabelecido no preceito secundário.

4.1. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

- 1) Culpabilidade: Observância da censurabilidade da conduta criminosa (juízo de reprovação).
- 2) Antecedentes: Histórico criminal do agente que não conte como reincidência (condenações anteriores com trânsito em julgado).
- 3) Conduta Social: Comportamento do agente perante a sociedade (temperamento, vícios); Não pode ser usado o histórico criminal (folha corrida do agente).
- 4) Personalidade do Agente: Conjunto de características individuais próprias que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito.
- 5) Motivos: Razões que antecederam e levaram o agente ao cometimento do crime, quando não forem elementares do crime.
- 6) Circunstâncias: São as circunstâncias inominadas, não se confundindo com as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes); Ex: tempo do crime, local do crime, relação do agente ativo com a vítima.

7) Consequências do crime: Efeitos além daqueles do resultado do crime; Ex: Lesão corporal no trânsito que deixa vítima parálitica; Homicídio daquele que é “arrimo de família; Crimes de “colarinho branco”.

8) Comportamento da vítima: Observância de que a vítima contribuiu para o cometimento da infração penal.

OBS11: As circunstâncias judiciais não podem ser consideradas se já estiverem na estrutura do tipo penal sancionador (evitar o *bis in idem*).

OBS12: Cada circunstância judicial deve ser analisada e valorada de modo individual pelo Juiz, não podendo ser apenas citada de forma genérica (simples menção). Precedentes STF: HC 68.751/91 e HC 69.141/92.

4.2. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES

São dados periféricos que giram em torno do fato típico e têm por função diminuir ou aumentar a pena-base anteriormente calculada para o sentenciado. Estão previstas nos arts. 61/62 (agravantes) e 65/66 (atenuantes) do CP.

Não há um *quantum* pré-estabelecido para diminuição ou aumento da pena. A maioria da doutrina, valendo-se da razoabilidade, afirma que o Juiz deve diminuir ou aumentar a pena-base em até um sexto.

OBS13: A Súmula 231 do STJ dispõe que “incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

Agravantes no caso de concurso de pessoas:

Art. 62 - A pena será ainda **agravada** em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa

Art. 65 - São circunstâncias que **sempre atenuam** a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

OBS14: No artigo 66 do CP estão as chamadas atenuantes inominadas. Ex: Verificação de que o ambiente em que cresceu o agente o influenciou no cometimento de crimes.

OBS15: O artigo 67 do CP orienta sob o concurso entre atenuantes e agravantes, devendo prevalecer aquela(s) que esteja(m) relacionada(s) com as circunstâncias preponderantes (motivos determinantes, personalidade do agente e reincidência).

OBS da OBS15: Tanto no STJ quanto no STF predomina o entendimento de que a atenuante da menoridade prepondera sobre as outras circunstâncias judiciais ou legais, embora não haja nenhuma previsão normativa. Precedentes: HC's 66.605 e 70.873/STF e HC 29765/STJ.

4.3. CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E AUMENTO

A terceira fase da dosimetria consiste apenas nas *causas especiais de diminuição ou aumento de pena*, aplicadas sobre o resultado a que se chegou na segunda fase.

Estas ora vêm elencadas na parte especial, ora na parte geral.

São "*faixas de pena*", expressas no texto legal em 1/3, 1/6, ou seja, em frações, tendo aplicação objetiva em comparação com as agravantes e as atenuantes, tendo em vista que existe um parâmetro a ser seguido.

OBS16: Essas causas não devem respeito aos limites legais de pena previstos, ou seja, a pena definitiva pode ficar aquém do mínimo ou além do máximo.

OBS17: As causas não se confundem com as qualificadoras porque estas não expressam a pena em fração e estão em um preceito secundário.

Ex.: Homicídio qualificado

§ 2º *Se o homicídio é cometido:*

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;(....)

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Exemplos de causas de diminuição e aumento:

- Crimes tentados:

Art. 14 - Diz-se o crime:

(...)

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se atentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

- Roubo:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

(...)

2º - A pena aumenta-se de um terço até metade :

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.

IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;

V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

- Disposições gerais dos crimes contra a dignidade sexual:

Art. 226. A pena é aumentada :

I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

Onde estão as causas de diminuição e aumento?

Na parte geral, são de quantias variáveis, alguns exemplos: artigo 14 parágrafo único, artigo 16, artigo 21 “in fine”, entre outros.

Na parte especial são de quantidade fixa, artigo 121, § 4º, 122 parágrafo único, artigo 127, artigo 129, § 7º, entre outros.

Também na parte especial podem ser em quantidades variáveis: artigo 121 § 1º, artigo 129 § 4º, artigo 155 § 2º, artigo 157 § 2º, artigo 158 § 1º, artigo 170, artigo 171 § 1º, artigo 175 § 2º, artigo 180 § 3º, artigo 265 parágrafo único, artigo 281 § 4º, 6º e 7º (de acordo com os artigos 18 e 19 parágrafo único da lei nº 6.368/76).

4.4. FIXAÇÃO DA PENA: Finalizando!!!

Consoante os incisos do artigo 59, após o estabelecimento das penas aplicáveis dentre as cominadas e a determinação da quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos, determina-se:

(.....)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

5. LIMITE DAS PENAS

Consoante o art. 75 do CP, o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

OBS18: Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo de 30 anos.

OBS19: Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

E a medida de segurança? Qual seu limite temporal?