



A aplicação da pena no Brasil sob a luz do sistema trifásico

Diego Siqueira - Acadêmico do Curso de Direito do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais - CESCAGE.

Andréia Gaspar Soltoski - Orientadora, Professora do Curso de Direito do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais - CESCAGE, Mestre em Ciências Jurídico-Criminais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires.

O presente artigo tem por objetivo, em princípio, estruturar o conceito de pena para, a posteriori, analisar como é realizada a fixação dessa sanção no sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro: o trifásico.

Nas palavras de Victor Eduardo Rios Gonçalves(), pena é a retribuição imposta pelo Estado em razão da prática de um ilícito penal e consiste na privação de bens jurídicos determinados pela lei, que visa à readaptação do criminoso ao convívio social e à prevenção em relação à prática de novas transgressões. Dessa forma, analisando a colocação do autor, se torna possível identificar que a pena atua com dois objetivos: o de ressocialização do agente e a prevenção de novas condutas ilícitas().

As penas previstas na legislação devem respeitar os princípios constitucionais da legalidade, da individualização da pena, da pessoalidade, da vedação da pena de morte e da proporcionalidade. Em síntese, não há pena sem prévia cominação legal, sendo que a lei deve regular a individualização da pena de acordo com a culpabilidade e os méritos pessoais do acusado, não podendo a pena passar da pessoa do agente, devendo ser proporcional ao crime cometido e vedada a pena de morte.

O Código Penal, como já aludido anteriormente, adotou o critério trifásico para a fixação da pena. Neste sentido, conforme dispõe o artigo 68 da referida lei, a pena será fixada, a priori, atendendo as circunstâncias judiciais, em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, e por fim as causas de aumento e de diminuição.

Como bem trazido pelo dispositivo, na primeira fase da fixação da pena devem ser consideradas as circunstâncias judiciais, também conhecidas por inominadas, uma vez que não são elencadas taxativamente na lei, constituindo apenas um parâmetro para o magistrado, que diante das características do caso concreto, deverá aplicá-las.

Entende-se por judiciais as seguintes circunstâncias: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e conseqüências do crime; bem como o comportamento da vítima. A culpabilidade se refere ao grau de reprovabilidade da conduta, de acordo com as condições pessoais do agente e das características do crime. Os antecedentes são os fatos bons ou maus da vida pregressa do autor do crime.

A conduta social se refere ao comportamento do agente em relação às suas atividades profissionais, relacionamento familiar e social. Na prática as autoridades se limitam a elaborar um questionário, respondido pelo próprio acusado, no qual este informa detalhes acerca de sua vida social, familiar e profissional. Em relação à personalidade, o juiz deve analisar o temperamento e o caráter do acusado, levando em conta a sua periculosidade. Personalidade é a índole do sujeito, seu perfil psicológico e moral.

Os motivos do crime são os precedentes psicológicos do crime, ou seja, os fatores que o desencadearam, que levaram o agente a cometê-lo. As circunstâncias do crime fazem referência à maior ou menor gravidade do delito em razão do *modus operandi* no que diz respeito aos instrumentos do crime, tempo de sua duração, forma de abordagem, objeto material e local da infração.

Por exemplo, não se pode apenar igualmente o assaltante que comete o roubo de um relógio através de ação delituosa com duração inferior a dez segundos e o que comete no interior de residência, com vários comparsas, mantendo os moradores por diversas horas sob a mira de suas armas enquanto recolhem os bens que serão subtraídos.

É evidente que no último caso a pena base deve ser fixada em patamar bem mais elevado. As conseqüências do crime se referem à maior ou menor intensidade da lesão produzida no bem jurídico em decorrência da infração penal. Se ficar demonstrado que o comportamento anterior da vítima de alguma forma estimulou a prática do crime ou, de alguma maneira, influenciou negativamente o agente, a sua pena deverá ser abrandada.

Estas circunstâncias além de servirem de fundamento para que o juiz possa fixar a pena base, são também relevantes em outros aspectos, isto é, deverão ser consideradas para que o juiz escolha a pena aplicável dentre as cominadas, para que fixe o regime inicial de cumprimento da pena privativa de

liberdade e para que avalie a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena nas hipóteses legais.

Fixada a pena base com fundamento nas circunstâncias judiciais, deve o juiz passar para a segunda fase, que é a aplicação de eventuais atenuantes e agravantes.

Diante do artigo 61 do Código Penal, são circunstâncias que sempre agravam a pena: a reincidência; ter o agente cometido o crime por motivo fútil ou torpe; para facilitar, assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; mediante traição, de emboscada, dissimulação ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; com abuso de autoridade ou se prevalecendo de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; contra criança, maior de sessenta anos, enfermo ou mulher grávida; quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; e em estado de embriaguez preordenada.

Já as atenuantes estão previstas nos artigos 65 e 66 do Código Penal. O reconhecimento da atenuante obriga a redução da pena, mas não pode fazer com que esta fique abaixo do mínimo legal. Dessa forma, é comum que o juiz, na primeira fase, fixe a pena no mínimo, hipótese em que o reconhecimento de uma atenuante em nada modificará a pena, que se encontra no menor patamar possível.

Pelas razões expostas, são circunstâncias que sempre atenuam a pena: ser o agente menor de 21, na data do fato, ou maior de 70 anos na data da sentença; o desconhecimento da lei; ter o agente cometido crime por motivo de relevante valor social ou moral; procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; 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; confessado espontaneamente perante a autoridade, a autoria do crime; cometido crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou. Nada obstante, a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Finda essas duas etapas (consideração das circunstâncias judiciais e aplicação de atenuantes e agravantes), o juiz aplicará as causas de aumento e de diminuição da pena. Essas causas podem estar previstas na Parte Geral ou na Parte Especial do Código Penal.

Identifica-se uma causa de aumento quando a lei se utiliza de índice de soma ou de multiplicação a ser aplicado sobre a pena, como por exemplo, no homicídio doloso a pena é aumentada de 1/3 se a vítima é menor de 14 anos. As causas de diminuição de pena caracterizam-se pela utilização de índice de redução a ser aplicado sobre a pena fixada na fase anterior, como por exemplo, na tentativa a pena é reduzida de 1/3 a 2/3. Não obstante, é imprescindível ressaltar que, com o reconhecimento de causas de aumento ou de diminuição de pena, o juiz pode aplicar pena superior a máxima ou inferior a mínima previstas em abstrato.

Vale ainda lembrar que, 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.

Enfim, tendo por fundamento as razões expostas acerca das três fases da fixação da sanção penal, se torna possível concluir que o sistema trifásico adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro atua de maneira eficiente, ou seja, é através desse sistema que se permite chegar a uma pena proporcional à conduta cometida pelo agente. É através do sistema trifásico que a pena será individualizada nas proporções do ilícito penal.