

1. Noções Introdutórias

Lei Penal

É o último recurso do Estado, tem caráter repressivo.

Crime

Criminalização é a maneira do Estado deixar claro que determinada conduta não é aceita na sociedade.

2. Movimentos Penais

Movimento Teórico do Código de 40

1. Conhecido como *Nova Defesa Social*.
2. Prevê uma *constante análise* das instituições penais.
3. Conta com uma *visão multidisciplinar* pra compreender o crime.
4. Humanização e Direitos Humanos.
5. *Proteção* da vítima e de grupos marginalizados (à margem do Estado).
6. Descriminalização de crimes leves e maior criminalização dos crimes “de poder” (ex: corrupção).
7. Repúdio à pena de morte e ao excesso de penas privativas de liberdade.
8. Reconhecimento da *falência da pena como meio ressocializador*.

Década de 60

1. Movimento “Lei e Ordem”, de tendência mais conservadora.
2. Recrudescimento do sistema
3. Retirada de direitos (ex: lei de crimes hediondos)
4. A sociedade se contenta com o enclausuramento e a sentença de caráter vingativo.

Intervenção Mínima do Estado, com máximas garantias (art. 5º)

1. Monopólios Estatais (ex: escolas, transporte, etc.)
2. Tentativa de garantir o máximo possível de Direitos Humanos.
3. Redução das figuras penais ao mínimo (ex: Juizados Especiais, penas alternativas, etc.)
4. Limitação da Prisão Processual (preventiva).

Princípios que regem o direito penal mínimo

1. Intervenção mínima do Estado (fragmentariedade).
2. Clareza
3. Lesividade (escalonar o que é mais grave)

3. Sanção

Função da Pena

Segundo as teorias mais recentes, as duas principais funções da pena são *inibir a conduta* e *ressocializar o indivíduo*. Nesse sentido, as principais teorias são:

1. **Teoria absoluta (medieval)**: Retribuição (vingança). Ao mal do crime, aplica-se o mal da pena.
2. **Teoria da prevenção (ou utilitária)**: pena como função de prevenção por intimidação e não pela moralidade. A pena era aplicada publicamente, para servir de exemplo, mas a teoria não funcionou muito bem na prática pela falta de uma *carga retributiva* maior para a sociedade.
3. **Teoria mista**: trata-se de uma mistura dos dois tipos anteriores (retribuição e intimidação) mais a *ressocialização* do indivíduo.

Elementos da pena ideal

1. Retribuição
2. Intimidação (para prevenção individual e do corpo social)
3. Reeducação (após o cumprimento da pena, o indivíduo estará capacitado profissionalmente e será capaz de prover o próprio sustento)
4. Ressocialização (ao sair, o indivíduo deverá saber se adequar à sociedade)

O que é ressocialização?

Ressocializar é tornar o indivíduo apto a participar novamente da sociedade. Tal procedimento normalmente é feito através de prática esportiva (lidar com regras, trabalhar em grupo), programas religiosos (estímulo a valores morais), etc. Difere-se da *reeducação*, cujo objetivo primário é a capacitação profissional. Atividades como o estudo e o trabalho são primariamente de reeducação, apesar de influírem subsidiariamente na ressocialização.

Crítica moderna às finalidades da pena

Não é coerente falar em “reeducação” ou “ressocialização” quando, na verdade, o indivíduo nunca foi devidamente educado ou socializado. *Como “refazer” o que nunca foi feito?*

Características que a pena precisa apresentar

1. **Legalidade:** Princípio da Reserva Legal (CP, art. 1º)
2. **Personalidade:** A pena não pode passar da pessoa do réu.
3. **Proporcionalidade:** Penas mais graves para infrações mais graves.
4. **Inderrogabilidade:** A pena não se curva, não se quebra (crime feito, pena aplicada).
5. **Individualidade:** Não existe pena “em grupo”; toda pena é individual.
6. **Humanidade:** Condições humanas e direitos humanos mínimos. **DH não é regalia!**

Espécies de Pena

Segundo o CP, art. 32, as penas podem ser: *privativas de liberdade*, *restritivas de direitos* ou de *multa*. Vale lembrar aqui que as penas não podem ser aplicadas aos inimputáveis (ex: menores de 18 anos, índios silvícolas, etc.). Sendo assim, *medida de segurança não é pena*.

Penas privativas de liberdade (CP, art. 32)

Existem duas modalidades de pena privativa de liberdade previstas no Código Penal: *reclusão* e *detenção* (o período de tempo abstrato contido na lei é chamado *cominação*). Diferenciam-se pelo fato da reclusão admitir os regimes *fechado*, *semiaberto* e *aberto*, enquanto a detenção admite apenas os dois últimos. No art. 33, § 2º do CPP, temos a regra geral para determinar o regime:

1. Pena superior a 8 anos deve ser cumprida em regime fechado.
 2. No caso de condenado não reincidente, a pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos, a pena poderá ser cumprida em regime semiaberto.
 3. No caso de condenado não reincidente com pena inferior a 4 anos, ela poderá ser cumprida em regime aberto.
- Observe que no caso do reincidente, será aplicada a primeira parte do caput do art. 33, assim sendo sua pena iniciará, obrigatoriamente, em regime fechado (nos casos de reclusão) ou semiaberto (nos casos de detenção). Observe também que nos casos de crimes hediondos (lei 8.072/90), o regime inicial é obrigatoriamente fechado (ver lei 8.072/90, art. 2º).

Checklist para determinar o regime inicial

1. Verifique se o crime é hediondo. Se sim, o regime será fechado e a fundamentação legal encontra-se na lei 8.072/90, art. 2º.
2. Verifique a pena (reclusão ou detenção) e o tempo para seu cumprimento.
3. Verifique se o réu é reincidente.
4. Aplique o fundamento legal do art. 33 do CP.

Penitenciária e cadeia pública (presídio)

O local de cumprimento da pena é chamado penitenciária. A cadeia pública (popularmente chamada de presídio) serve apenas para que os presos processuais e os já condenados que aguardam vaga em penitenciária esperem pela sua vez. A superlotação que vemos na mídia refere-se aos presídios, que tiveram sua finalidade deturpada.

Exame criminológico

Trata-se de exame *obrigatório*, para apurar o perfil do condenado em todos os casos de reclusão (na detenção, a realização do exame é opcional). Infelizmente, o exame é feito apenas no ingresso no sistema; desde 2003, o requisito para a progressão de regime é apenas um *atestado* do diretor da prisão (cargo comissionado). Pela falta do exame em pontos-chave durante o cumprimento da pena, perde-se muito em informação acerca da efetividade e real progressão do indivíduo durante o cumprimento de sua condenação.

Lapso temporal

É a quantidade de cumprimento de pena necessária para a progressão de regime (ex: 3/5, 1/6, etc.). A principal diferença entre os regimes fechado e semiaberto é a possibilidade de trabalho e estudo externos no regime semiaberto (v. art. 34 em diante do CP) enquanto o fechado permite trabalho apenas interno ou em obras públicas, com escolta.

Fuga e evasão

Fuga é quando o condenado não tem permissão para sair do local de cumprimento de pena e o faz, sem mais voltar (o popular “fugir da cadeia”). *Evasão* é quando há permissão para sair do local de cumprimento de pena e o condenado não volta mais (ex: condenado que sai para realizar trabalho externo e não volta mais). Os índices de evasão costumam ser extremamente baixos, pois o condenado tende a se enxergar já “parcialmente livre” e vê pouca vantagem em arriscar uma liberdade garantida no futuro por uma possibilidade de evasão e suas consequências no presente.

Indulto e saída temporária

Indulto é o perdão da pena, dado de modo geral pelo governador do estado (poder concedido, originalmente, pelo Presidente da República). É um decreto que extingue a punibilidade (ex: “condenados com bom comportamento, que já cumpriram 5/6 de pena, etc.”). Tome cuidado para não confundir com a *saída temporária*, que é um pedido do preso ao juiz para sair por um período de tempo (normalmente, de 1 a 7 dias fixados pelo juiz, não ultrapassando 35 dias no ano), normalmente em épocas festivas como a páscoa e o dia das mães. Ao final do período, o condenado voltará a cumprir sua pena normalmente.

Remição da pena

A remição é o estímulo dado a preso para trabalhar e/ou estudar. A cada três dias de trabalho (6 a 8 horas por dia, mas admitindo regime especial para certos casos como lavanderia e cozinha), é excluído um dia da pena. Costuma-se, a cada mês, enviar ao juiz uma tabela para que o juiz homologue os dias que serão remidos de pena. Uma falta grave faz com que 50% do período ainda não homologado seja perdido. Apesar de haver certo grau de perversão do sistema (presos mais fortes que “escravizam” os mais fracos) tal sistema ainda é muito popular hoje. Remição **nunca** pode ser feita nos domingos ou feriados.

O estudo equipara-se ao trabalho para remição (mas não é cumulativo com o mesmo) e o condenado pode também receber um *bônus* ao final do período letivo como um incentivo para a continuidade dos estudos. Por fim, devemos lembrar que a remição nunca será computada em domingos e feriados e que devemos manter a atenção na grafia da palavra e não confundir **remição** com **remissão**, que é o perdão do menor infrator (instituto previsto no ECA).

Detração Penal

É a dedução aritmética das penas privativas de liberdade ou medida de segurança a serem cumpridas. É o desconto dos dias em que a pessoa ficou presa antes do julgamento.

4. Dosimetria da Pena

Introdução

A dosimetria de pena adota um sistema trifásico para o cálculo, que é dividido em:

1. **Análise das Circunstâncias Judiciais:** É a análise das circunstâncias elencadas no art. 59 do CP, que quando na dúvida devem ser favoráveis ao réu. O quanto cada acréscimo ou diminuição vale depende da jurisprudência do tribunal¹, mas a soma de todos os acréscimos não pode ultrapassar 50% da pena máxima. Ao término desta fase, teremos fixado o valor da **pena base**.
2. **Análise das Circunstâncias Legais:** Neste ponto, devemos analisar, *na ordem*, as *agravantes* (CP, art. 61) e *atenuantes* (CP, art. 65), descritas *taxativamente* na lei penal e atribuir o valor adequado a cada uma delas², *exceto* nos casos em que a circunstância atue como qualificadora do crime. Observe que, de acordo com o entendimento do juiz³, uma agravante será *preponderante* (ou seja, valerá mais que o atribuído às demais) e uma atenuante será *preponderante* (cujo valor será maior que a agravante preponderante). Ao final do processo, teremos fixado a **pena provisória**.
3. **Análise das causas de especial aumento ou diminuição de pena:** são os casos que não são qualificadores, mas aumentam ou diminuem a pena e encontram-se expressas (a) na parte geral do CP,⁴ (b) dentro da especificação do próprio crime ou (c) nas disposições do capítulo em que o crime é descrito. Ao final desta fase, teremos a **pena definitiva**. A partir daí é só fixarmos o regime inicial (CP, art. 33; lei 8.072/90) e analisar as hipóteses de substituição de pena privativa de liberdade, se for o caso (CP, art. 43 e 44). *Apenas nesta etapa o juiz poderá extrapolar o limite temporal previsto à pena.*

1ª Fase: Análise das Circunstâncias Judiciais

Circunstâncias judiciais são aquelas elencadas no caput (não nos incisos!) do art. 59. O significado de cada um de seus itens depende de construção doutrinária e jurisprudencial, sendo atualmente aceitos os seguintes conceitos:

1. **Culpabilidade:** É verificar “o que” dentre os atos praticados está além do mínimo para o enquadramento na conduta criminosa, analisando o grau de reprovabilidade. É extrapolar o razoável esperado, e tais casos normalmente são enfatizados pela mídia.
2. **Antecedentes:** ver seção “Entendendo Reincidência e Maus Antecedentes”.
3. **Conduta Social e Personalidade:** Conduta social refere-se ao trabalho, relacionamento familiar e qualquer

1 Para efeitos didáticos, admitiremos que cada item equivale a 1/6 da pena mínima do crime cometido.

2 Novamente, admitiremos que cada item equivale a 1/6 da pena mínima.

3 Didaticamente, admitiremos como agravante preponderante a reincidência e como atenuante preponderante a idade entre 18 e 21 anos.

4 Exemplo: CP, art. 14, § único.

outra forma de comportamento dentro da sociedade (bom pai, trabalhador, bom vizinho, etc.), enquanto *personalidade* refere-se à índole ou moral do agente (calmo, agressivo, violento, etc.). Estes dois conceitos normalmente andam juntos, mas isso não é uma regra (ex: excelente profissional que, dentro de casa, age de maneira fria e violenta com os filhos). Observe que devido a esta circunstância, é comum a defesa do réu trazer uma **testemunha abonadora** – pessoa que *não* testemunhou o fato criminoso mas atesta ao juiz a boa conduta social do réu a fim de convencer o juiz e “ganhar” esta circunstância de maneira favorável.

4. **Motivos do crime:** São os fatos que impulsionaram a conduta, como por exemplo o furto de um objeto de pequeno valor material, mas grande valor sentimental com o intuito de provocar o sofrimento da vítima. Observe que o motivo fútil ou torpe não deve ser considerado, assim como o motivo que configure qualificadora, agravante, atenuante ou causa de aumento ou diminuição de pena, pois estas situações são resolvidas nas fases posteriores da dosimetria.
5. **Circunstâncias do crime:** É a análise do tempo (duração), modo de execução e local do crime. Deve reunir fatores que dificultam a elucidação do crime ou a tentativa de evitá-lo, como a escolha de um local ermo para a execução, insensibilidade do agente durante ou após o crime, etc. Novamente, deve-se desconsiderar o fato que se refira a circunstâncias das fases posteriores da dosimetria.
6. **Consequências do crime:** É a análise do impacto social do crime e não em relação à vítima. É o crime que, de alguma forma, extrapola a vítima e atinge outros membros da sociedade, como o assassinato de um arrimo de família (a família da vítima ficará desamparada), a comoção causada pela morte da missionária Dorothy Stang, etc.
7. **Comportamento da Vítima:** Quando a vítima comportou-se maneira a contribuir para a ocorrência do crime, tal situação é levada em consideração e a vítima normalmente leva um “puxão de orelha”. Esta circunstância normalmente é usada apenas com um efeito político, não influenciando no cálculo da pena.

Entendendo Reincidência e Maus Antecedentes

Reincidente é aquele que comete um novo crime após ter sido condenado (trânsito em julgado) por um fato criminoso anteriormente. Tem *maus antecedentes* aquele que comete um novo crime após ter cometido uma contravenção penal (lei 3.688/41). É considerado **primário** o réu que não possui reincidência; a hipótese de reincidência perdura por 5 anos (CP, art. 64, I) após a extinção da punibilidade (CP, art. 107), sendo então o réu **tecnicamente primário**, e a condenação anterior sendo considerada apenas como mau antecedente, que cessará até que se passe o tempo equivalente ao da prescrição (CP, art. 109).

Observe também que os *crimes militares próprios* (aqueles que estão previstos *apenas* no código penal militar) e os *políticos* não são contados como reincidência (CP, art. 64, II), sendo classificados, para a dosimetria, com o mesmo valor de uma contravenção penal. Por fim, os *crimes militares impróprios*, por estarem também previstos no Código Penal tem o mesmo valor que um crime comum.

Um exemplo deixará a situação mais clara:

1. Réu é condenado por cometer uma contravenção penal em 01/05/2013.
2. Réu está sendo processado por ter cometido um crime “A” em 20/05/2013. Neste momento, o réu *não é reincidente*, possui apenas maus antecedentes, referentes à contravenção anteriormente cometida.
3. Em 03/08/2013, o réu é processado e julgado por ter cometido crime “B”, que foi militar impróprio, mas a sentença transitou antes do trânsito em julgado referente ao crime “A”. Sendo assim, o réu foi considerado tecnicamente primário.
4. Em 18/08/2013, ocorre o trânsito em julgado do crime “A”. Dois dias depois (20/08/2013), o réu comete nova contravenção penal – ele será considerado reincidente, graças ao trânsito em julgado do crime “B”.
5. Se neste momento o réu cometer um outro crime, será considerado reincidente, pelo mesmo motivo do item acima.
6. **Importante:** de acordo com o art. 7º da Lei de Contravenções Penais (3.688/41), duas contravenções em seguida contam como reincidência.

Em suma:

- | | | |
|-------------------------------|---|-----------------|
| • Contravenção + Crime | = | Mau antecedente |
| • Crime + Contravenção | = | Reincidente |
| • Crime + Crime | = | Reincidente |
| • Contravenção + Contravenção | = | Reincidente |
| • Crime Militar Próprio | = | Contravenção |
| • Crime Militar Impróprio | = | Crime |

2ª Fase: Análise das Circunstâncias Legais – Agravantes

O art. 61 do CP descreve o rol *taxativo* de circunstâncias que devem ser consideradas agravantes:

1. **Reincidência:** ver seção “Entendendo Reincidência e Maus Antecedentes”.
2. **Motivo fútil ou torpe:** Fútil é o motivo frívolo, mesquinho e insignificante, fazendo com que a ação cometida

seja desproporcional do ponto de vista do homem comum (ex: balar alguém na cabeça por ter perdido uma partida de baralho). *Torpe* é o motivo abjeto, repulsivo e vil, que fere o sentimento de moralidade do homem comum. **Cuidado:** alguns crimes, como os sexuais, são *naturalmente torpes*, não sendo cabível a aplicação desta circunstância legal.

3. **Facilitar ou assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime:** Como exemplo típico, podemos citar a famosa “queima de arquivo”. Observe que para o homicídio doloso, este tipo de conexão constitui qualificadora e não mera agravante.
4. **Traição, emboscada, dissimulação ou recurso que dificulte ou impossibilite a defesa da vítima:** É quando o agente age de forma súbita, se aproveitando da confiança da vítima que não tem tempo de reagir. Como exemplos podemos citar a pessoa que passa pela vítima e ataca inesperadamente, quando esta lhe dá as costas (traição), ou da que se esconde em tocaia, aguardando a vítima (emboscada).
5. **Usando veneno, fogo ou meio insidioso ou cruel:** Pune-se aqui a crueldade do meio usado para causar dano à vítima. A tortura, será considerada crime autônomo caso se reúnam as características previstas na lei 9.455/97.
6. **Contra ascendente, descendente ou cônjuge:** Ou seja, parentes em linha reta. A punição extra é justificada pela natural relação de confiança entre os parentes mais próximos.
7. **Com abuso de autoridade, abuso de relação doméstica, de coabitação, de hospitalidade ou com violência contra a mulher:** *Abuso de autoridade* refere-se à autoridade nas relações privadas, e não públicas (ex: tutela); *relação doméstica* é aquela entre os entes que participam da vida em família (o que pode ou não incluir agregados e empregados, dependendo de análise caso a caso); *coabitação* é a vivência sobre o mesmo teto (ex: república estudantil); e *hospitalidade* refere-se à estada na casa de alguém, sem a relação de coabitação (ex: visita “formal”). A última parte, *violência contra a mulher*, refere-se à lei 11.340/06.
8. **Abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão:** *Cargo ou ofício* devem ser públicos; *ministério* refere-se a atividade religiosa; e *profissão* diz respeito a qualquer atividade exercida por alguém como meio de vida.
9. **Contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida:** Autoexplicativo. Vale lembrar, no entanto, que criança é a pessoa até os 12 anos incompletos (ECA, art. 2º). Observe que o réu precisa saber que a vítima se encontra nesta condição.
10. **Quando o ofendido estava sob imediata proteção da autoridade:** Um exemplo é a vítima que cumpre pena em presídio, estando sob tutela dos agentes penitenciários.
11. **Em caso de calamidade pública ou desgraça particular do ofendido:** Aqui a falta de solidariedade é punida. O agente se aproveita de uma situação de desgraça alheia para obter vantagem. Um exemplo por excelência é o saque de cargas quando ocorrem acidentes nas estradas, saques em lojas e supermercados na ocorrência de catástrofes climáticas ou mesmo saquear um cadáver (ex: pessoa morre na rua e populares roubam seus pertences).
12. **Em estado de embriaguez preordenada:** A questão aqui não é “embebedar a vítima para tirar vantagem dela”, pois isso configura dissimulação, e sim “beber para criar coragem” e praticar o crime.

2ª Fase: Análise das Circunstâncias Legais – Atenuantes

As circunstâncias que sempre atenuam o crime encontram-se no art. 65 do CP, e são:

1. **Ter menos de 21 anos na data do fato ou mais de 70 na data da sentença:** Atente-se para a diferença entre a data do fato e a data da sentença.
2. **Desconhecer a lei:** Ninguém pode se desculpar do descumprimento da lei alegando desconhecê-la (LINDB, art. 3º). No entanto, existem casos em que a condição social ou cultural do agente não permite que ele sequer se dê conta de que o que está fazendo é contra a lei (ex: comerciante ribeirinho no fundo da Amazônia).
3. **Ter cometido o crime por motivo relevante de valor social ou moral:** *Valor moral* se configura quando, por exemplo, o pai espanca indivíduo que estuprou sua filha. *Valor social* se configura nos casos de interesse coletivo ou público, como quando o crime é cometido por emoção patriótica.
4. **Ter procurado, espontaneamente e de maneira eficiente, após o crime, minorar ou evitar suas consequências ou ainda, antes do julgamento, ter reparado o dano:** Este caso difere-se do *arrepentimento eficaz* (CP, art. 15), pois nele o agente conseguiu evitar a produção do resultado, enquanto neste o resultado já se produziu. A reparação de dano referida não deve também se confundir com o *arrepentimento posterior* (CP, art. 16).
5. **Ter cometido crime sob coação resistível, em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob violenta emoção provocada por ato injusto da vítima:** Entende-se por *coação resistível* a coação moral, que não apresenta elemento físico (ex: assaltante forçar o gerente do banco a subtrair valores do cofre, dizendo estar com a família do mesmo em seu poder). A *obediência a autoridade superior* pressupõe que a ordem dada **seja** manifestamente ilegal (quando não o é acarreta em exclusão da culpabilidade – CP, art. 22). Por fim, a *influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima* difere-se do *domínio* de violenta emoção previsto no CP art. 121, § 1º e art. 129, § 4º. Além disso, a incidência para esta atenuante não exige que o ato

seja “logo em seguida” à provocação.

6. **Pela confissão espontânea da autoria do crime, perante autoridade:** Só é válida a confissão quando for verdadeira e quando for eficaz para diminuir o tempo do processo. Um exemplo incorreto de aplicação desta atenuante é o caso do goleiro Bruno.
7. **Cometido crime sob influência de multidão em tumulto, caso não o tenha provocado:** Ocorre quanto a situação de tumulto reduz a capacidade de autocontrole do indivíduo, que se deixa levar pelas emoções do momento. Tal circunstância não se aplica quando o próprio agente causar o tumulto ou no caso de indivíduo que se aproveita de situação de desordem para cometer delitos.
8. **Circunstâncias atenuantes inominadas:** É o caso do art. 66 do CP. Dependem da discricionariedade do juiz, devidamente fundamentada, para sua aplicação.