

Cezar Roberto Bitencourt

Tratado de **Direito Penal**

PARTE GERAL

1

11^a edição
atualizada
2007



**Editora
Saraiva**

1 Individualização da pena

Na Idade Média, o arbítrio judicial, imposto por exigências políticas da tirania, era produto de um regime penal que não estabelecia limites para a determinação da sanção penal. Se outra fosse a natureza humana, talvez esse fosse o sistema mais conforme à idéia retribucionista, isto é, à justa e rigorosa adequação da pena ao crime e ao delinqüente. Contudo, a segurança jurídica e a garantia dos direitos fundamentais do cidadão exigem, com precisão e clareza, a definição de crimes e a determinação das respectivas sanções.

A primeira reação do Direito Penal moderno ao *arbítrio judicial* dos tempos medievais foi a adoção da *pena fixa*, representando o “mal justo” na exata medida do “mal injusto” praticado pelo delinqüente. Na verdade, um dos maiores males do Direito Penal anterior ao Iluminismo foi o excessivo poder dos juízes, exercido arbitrariamente, em detrimento da Justiça e a serviço da tirania medieval.

A iniquidade que resultava do exercício arbitrário do “poder de julgar” constituiu um dos maiores fundamentos do movimento promovido por Cesare de Beccaria visando a reforma do *Direito punitivo*. E a reação mais eficaz contra aqueles extremos seria naturalmente a limitação do arbítrio judicial, com a definição precisa do crime e um sistema rígido de penas fixas. Na concepção de Beccaria, seguindo a de Montesquieu, ao juiz não deveria sequer ser admitido interpretar a lei, mas apenas aplicá-la em seus estritos termos. Assim, a um sistema largamente aberto na dosagem da pena sucedeu um sistema de pena rigorosamente determinada, consubstanciado no Código Penal francês de 1791. Por esse sistema, a função do juiz limitada à aplicação mecânica do texto legal. Mas logo se percebeu que, se a *indeterminação absoluta* não era conveniente, também a *absoluta determinação* não era menos inconveniente. Se a pena absolutamente indeterminada deixava demasiado arbítrio ao julgador, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais do indivíduo, igualmente a pena absolutamente determinada impediria o seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, diante da realidade concreta.

Essa constatação determinou a evolução para uma indeterminação relativa: nem determinação absoluta, nem absoluta indeterminação. Finalmente, abriu-se um grande crédito à livre dosagem da pena, pelo juiz, estabelecendo o Código Penal francês de 1810 limites mínimo e máximo, entre os quais pode variar a mensuração da pena. Essa concepção foi o ponto de partida para as legislações modernas, fixando os limites dentre os quais o juiz deve — pelo princípio do livre convencimento — estabelecer fundamentadamente a pena aplicável ao caso concreto.

Essa orientação, conhecida como *individualização da pena*, ocorre em três momentos distintos: *individualização legislativa* — processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; *individualização judicial* — elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, *individualização executória*, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o do seu cumprimento.

Mas o que nos interessa, neste momento, é a *individualização judicial*, isto é, a aplicação da pena cominada.

2 Circunstâncias e elementares do crime

Os tipos penais descrevem as condutas ilícitas e estabelecem assim os seus elementos essenciais. Esses fatores que integram a descrição da conduta típica são as chamadas *elementares* do tipo, ou elementos essenciais constitutivos do delito. Como tivemos oportunidade de afirmar, “elementares do crime são dados, fatos, elementos ou condições que integram determinadas figuras típicas. Certas peculiaridades que normalmente constituiriam circunstâncias ou condições podem transformar-se em elementos do tipo penal e, nesses casos, deixam de *circundar* simplesmente o injusto típico para integrá-lo”¹.

O tipo penal, além dos seus elementos essenciais, sem os quais a figura típica não se completa, pode ser integrado por outras circunstâncias acidentais que, embora não alterem a sua constituição ou existência, influem na dosagem final da pena. Essas circunstâncias são, como afirma Aníbal Bruno², “condições acessórias, que acompanham o fato punível, mas não penetram na sua estrutura conceitual e, assim, não se confundem com os seus elementos constitutivos. Vêm de fora da figura típica, como alguma coisa que se acrescenta ao crime já configurado, para impor-lhe a marca de maior ou menor reprovabilidade”. Circunstâncias, na verdade, são dados, fatos, elementos ou peculiaridades que apenas *circundam* o fato principal. Não integram a figura típica, podendo, contudo, contribuir para aumentar ou diminuir a sua gravidade.

Para se distinguir uma *elementar* do tipo penal de uma simples circunstância do crime basta excluí-la, hipoteticamente; se tal raciocínio levar à descaracterização do fato como crime ou fizer surgir outro tipo de crime, estar-se-á diante de uma *elementar*. Se, no entanto, a exclusão de determinado requisito não alterar a caracterização do crime, tratar-se-á de uma circunstância do crime. Cumpre destacar, porém, que somente os tipos básicos contêm as elementares do crime, porquanto os chamados tipos derivados — qualificados — contêm circunstâncias especiais que, embora constituindo elementos específicos dessas figuras derivadas, não são elementares do

1. Cezar Roberto Bitencourt. Veja Capítulo XXVII, item 15, deste livro.

2. Aníbal Bruno, *Direito Penal*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1967, t. 3, p. 67.

crime básico, cuja existência ou inexistência não alteram a definição deste. Assim, as qualificadoras, como dados acidentais, servem apenas para definir a classificação do crime derivado, estabelecendo novos limites mínimo e máximo, cominados ao novo tipo.

Concluindo, as elementares são componentes do tipo penal, enquanto as circunstâncias são moduladoras da aplicação da pena, e são acidentais, isto é, podem ou não existir na configuração da conduta típica.

As circunstâncias, que não constituem e nem qualificam o crime, são conhecidas na doutrina como circunstâncias judiciais, circunstâncias legais e causas de aumento e de diminuição da pena.

3 Circunstâncias judiciais

Não se pode esquecer que os operadores do art. 59 do CP, todos, constituem apenas — como afirmava Salgado Martins³ — uma diretriz, traçam um roteiro, fixam critérios de orientação, indicam o caminho a ser seguido na adequação da pena ao fato e ao delinqüente. Os elementos constantes no art. 59 são denominados circunstâncias judiciais, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente. Não são efetivas “circunstâncias do crime”, mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base.

A Reforma Penal de 1984 acrescentou a “conduta social” e o “comportamento da vítima” aos elementos que constavam do art. 42 do Código Penal de 1940, além de substituir a “intensidade do dolo e o grau da culpa” pela culpabilidade do agente, seguindo a orientação finalista. Fazemos a análise individual de cada um deles.

Culpabilidade — Esse requisito — talvez o mais importante do moderno Direito Penal — constitui-se no balizador máximo da sanção aplicável, ainda que se invoquem *objetivos ressocializadores* ou de recuperação social.

A *culpabilidade*, aqui, funciona como *elemento de determinação* ou de *medição* da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como *fundamento da pena*, mas como *limite desta*, impedindo que a pena seja imposta *além* da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como im- portância do bem jurídico, fins preventivos etc. Por isso, constitui rematado equí- voco, freqüentemente cometido no cotidiano forense, quando, na dosagem da pena, afirma-se que “o agente agiu com culpabilidade, pois tinha a consciência da ilicitu- de do que fazia”. Ora, essa *acepção de culpabilidade* funciona como *fundamento da pena*, isto é, como característica negativa da conduta proibida, e já deve ter sido objeto de análise juntamente com a tipicidade e a antijuridicidade, concluindo-se

3. Salgado Martins, *Sistema de Direito Penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Konfino, 1957, p. 378.

pela condenação. Presume-se que esse *juízo* tenha sido positivo, caso contrário nem se teria chegado à condenação.

Na verdade, impõe-se que se examine aqui a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade do comportamento praticado, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de outra conduta. O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal — na verdade em um dos elementos do tipo, qual seja, a ação — pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a censura.

Antecedentes — Por antecedentes devem-se entender os fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus. São maus antecedentes aqueles fatos que merecem a reprovação da autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade para com os imperativos ético-jurídicos. A finalidade desse modulador, como os demais constantes do art. 59, é simplesmente demonstrar a maior ou menor afinidade do réu com a prática delituosa.

Admitir certos atos ou fatos como antecedentes negativos significa uma “condenação” ou simplesmente uma violação ao princípio constitucional de “presunção de inocência”, como alguns doutrinadores e parte da jurisprudência têm entendido.

É respeitável o entendimento de que “inquéritos instaurados e processos criminais em andamento”, “absoluções por insuficiência de provas”, “prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes” não podem ser considerados como “maus antecedentes” porque violaria a presunção de inocência. Sustentávamos tratar-se de equívoco, pois ao serem admitidos como antecedentes negativos não encerram novo juízo de censura, isto é, não implicam condenação, caso contrário, nos outros processos, nos quais tenha havido condenação, sua admissão como “maus antecedentes” representaria uma nova condenação, o que é inadmissível. Por outro lado, a persistir esse entendimento mais liberal, sustentávamos, restariam como maus antecedentes somente as condenações criminais que não constituíssem reincidência. E, se essa fosse a intenção do ordenamento jurídico, em vez de referir-se “aos antecedentes”, ter-se-ia referido “às condenações anteriores irrecorríveis”.

Por isso, embora tenha sido válido, a seu tempo, hoje, em um Estado Democrático de Direito, é insustentável aquele entendimento de Nélson Hungria⁴, segundo o qual também devem ser apreciados como antecedentes penais os “processos paralisados por superveniente extinção da punibilidade antes de sentença final irrecorrível, inquéritos arquivados por causas impeditivas da ação penal, condenações ainda não passadas em julgado... processos em andamento, até mesmo absolvições anteriores por deficiência de prova”.

4. Nélson Hungria, O arbítrio judicial na medida da pena, *Revista Forense*, n. 90/12, jan. 1943.

Com efeito, sob o império de uma nova ordem constitucional⁵, e “constitucionalizando o Direito Penal”, somente podem ser valoradas como “maus antecedentes” decisões condenatórias irrecorríveis. Assim, quaisquer outras investigações preliminares, processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal, não podem ser valorados como maus antecedentes⁶.

Convém destacar, ademais, a necessidade de respeitar a limitação temporal dos efeitos dos “maus antecedentes”, adotando-se o parâmetro previsto para os “efeitos da reincidência” fixado no art. 64 do CP, em cinco anos, com autorizada analogia.

5. Ver, para aprofundar, Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, *Aplicação da pena e garantismo penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

6. Nessa linha, os próprios STF e STJ já tiveram oportunidade de manifestar-se: “Diante de vida pregressa irreprovável, o Juiz deve, tanto quanto possível e quase sempre o será, fixar a pena-base no mínimo previsto para o tipo, contribuindo, com isso, para a desejável ressocialização do sentenciado” (STF, RT, 731/497).

“HABEAS CORPUS — EXAME APROFUNDADO DE PROVAS — INADMISSIBILIDADE — INJUSTIFICADA EXACERBAÇÃO DA PENA PELO TRIBUNAL ‘A QUO’ COM BASE NA MERA EXISTÊNCIA DE PROCESSO DE QUE NÃO RESULTOU CONDENAÇÃO PENAL — OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL CONSAGRADO NO ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO — CONCESSÃO DE ‘HABEAS CORPUS’ DE OFÍCIO PARA RESTABELECER A PENA FIXADA NA SENTENÇA DE 1º GRAU. O ato judicial de fixação da pena não poderá emprestar relevo jurídico-legal a circunstâncias que meramente evidenciem haver sido, o réu, submetido a procedimento penal-persecutório, sem que deste haja resultado, com definitivo trânsito em julgado, qualquer condenação de índole penal. A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais, ou, ainda, a persecuções criminais de que não haja derivado qualquer título penal condenatório, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave lesão ao princípio constitucional consagrador da presunção de não-culpabilidade dos réus ou dos indiciados (CF, art. 5º, LVII). É inquestionável que somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com ela, descaracteriza-se a presunção ‘*juris tantum*’ de não-culpabilidade do réu, que passa, então — e a partir desse momento — a ostentar o ‘*status*’ jurídico-penal de condenado, com todas as conseqüências legais daí decorrentes. NÃO PODEM REPERCUTIR CONTRA O RÉU SITUAÇÕES JURÍDICO-PROCESSUAIS AINDA NÃO DEFINIDAS POR DECISÃO IRRECORRÍVEL DO PODER JUDICIÁRIO, ESPECIALMENTE NAQUELAS HIPÓTESES DE INEXISTÊNCIA DE TÍTULO PENAL CONDENATÓRIO DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO” (STF, HC 68465/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 21 fev. 1992, p. 2694).

“RHC — processual penal — prisão para recorrer — a prisão para recorrer como a penal reclama necessidade e interesse público. Se o paciente respondeu o processo em liberdade, a restrição somente pode ser imposta havendo fato posterior. Ademais, inquérito policial e ação penal em curso representam hipóteses de trabalho. Não registram ainda definição da situação jurídica. Impossível, só por isso, configurarem maus antecedentes” (STJ, RHC 3494/SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ de 18-9-1995, p. 29996).

Advogando a mesma tese, sustenta Salo de Carvalho⁷, *in verbis*: “o recurso à anacronismo — delimitação temporal da reincidência —, visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal”.

Personalidade — Deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na lição de Aníbal Bruno⁸, personalidade “é um todo complexo, ou influenciam o comportamento humano”. Na análise da personalidade deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu.

As infrações criminais praticadas pelo réu durante a menoridade, que, segundo o melhor entendimento, não podem ser admitidas como maus antecedentes, servem, contudo, para subsidiar a análise da personalidade do agente, assim como outras infrações criminais praticadas depois do crime objeto do processo em julgamento. Essas duas circunstâncias — infrações penais praticadas durante a menoridade ou depois do crime objeto do cálculo da pena — constituem elementos concretos reveladores da personalidade identificada com o crime, que não podem ser ignorados.

Conduta social — Deve-se analisar o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida recheada de deslizes, infâmias, imoralidades, reveladores de desajuste social. Por outro lado, é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral. Nem sempre os autos oferecem elementos para analisar a conduta social do réu.

No entanto, não se pode ignorar que indivíduos com larguíssima folha de antecedentes, com dezenas de inquéritos policiais e processos criminais em curso, alguns deles inclusive prescritos, que fazem do crime um meio de vida, apresentam conduta socialmente inadequada. Inegavelmente esses aspectos podem ser valorados sob a epígrafe de *conduta social*, pois primariedade e bons antecedentes não podem ser invocados como alforria a quem vive do crime.

Os motivos determinantes — Os motivos constituem a fonte propulsora da vontade criminosa. Não há crime gratuito ou sem motivo. Como afirma Pedro Vergara⁹, “os motivos determinantes da ação constituem toda a soma dos fatores que integram a personalidade humana e são suscitados por uma representação cuja

7. Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, *Aplicação da pena e garantismo penal*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2004, p. 52; no mesmo sentido, José Antonio Paganella Boschi, *Das penas e seus critérios de aplicação*, p. 208.

8. Aníbal Bruno, *Direito Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, v. 3, p. 154.

9. Pedro Vergara, *Dos motivos determinantes no Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1980, p. 563-4.

ideomotricidade tem o poder de fazer convergir, para uma só direção dinâmica, todas as nossas forças psíquicas”.

Para a dosagem da pena é fundamental considerar a natureza e qualidade dos motivos que levaram o indivíduo à prática do crime, que, na lição de Hungria¹⁰, podem dividir-se, basicamente, em duas categorias: imorais ou anti-sociais e morais e sociais.

As circunstâncias — As circunstâncias referidas no art. 59 não se confundem com as circunstâncias legais relacionadas no texto legal (arts. 61, 62, 65 e 66 do CP), mas defluem do próprio fato delituoso, tais como forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes. Não se pode ignorar que determinadas circunstâncias qualificam ou privilegiam o crime ou, de alguma forma, são valoradas em outros dispositivos, ou até mesmo como elementares do crime. Nessas hipóteses, não devem ser avaliadas neste momento, para evitar a dupla valoração.

As conseqüências do crime — Não se confundem com a conseqüência natural tipificadora do ilícito praticado. É um grande equívoco afirmar — no crime de homicídio, por exemplo — que as conseqüências foram graves porque a vítima morreu. Ora, a morte da vítima é resultado natural, sem o qual não haveria o homicídio. Agora, podem ser consideradas graves as conseqüências, porque a vítima, arrimo de família, deixou ao desamparo quatro filhos menores, cuja mãe não possui qualificação profissional, por exemplo. Importa, é verdade, analisar a maior ou menor danosidade decorrente da ação delituosa praticada ou o maior ou menor alarma social provocado, isto é, a maior ou menor irradiação de resultados, não necessariamente típicos, do crime.

Comportamento da vítima — Estudos de vitimologia demonstram que, muitas vezes, as vítimas contribuem decisivamente na consecução do crime. Esses comportamentos são, não raro, verdadeiros fatores criminógenos, que, embora não justifiquem o crime, nem isentem o réu de pena, podem minorar a censurabilidade do comportamento delituoso, como, por exemplo, “a injusta provocação da vítima”. A verdade é que o comportamento da vítima pode contribuir para fazer surgir no delinqüente o impulso delitivo, podendo, inclusive, falar-se em “vítima totalmente inocente, a vítima menos culpada que o criminoso, a vítima tão culpada quanto o criminoso e a vítima totalmente culpada, como as divide Manzanera”¹¹.

3.1 *Circunstâncias judiciais nos denominados “crimes societários”*

Nenhuma das leis esparsas, especiais ou extravagantes consagram um modo especial de dosimetria penal, aplicando-se, por inteiro, as previsões contidas no

10. Nélson Hungria, O arbítrio judicial..., *Revista Forense*, cit., p. 14.

11. Laercio Pellegrino, *RT*, 556/429.

Código Penal, quando mais não seja, por determinação da regra expressa no art. 12 do referido estatuto penal material. Dessa forma, *culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime* são exatamente as mesmas previstas no Código Penal, com os mesmos conteúdos, sentidos, funções, finalidades e limites que nesse diploma legal são concebidas. Nada autoriza, no ordenamento jurídico brasileiro, que se lhes dêem dimensões outras que distingam da orientação consagrada na doutrina e jurisprudência nacional, ao longo de sua história. Assim, é absolutamente equivocada e infundada a valoração dos predicados relacionados no art. 59 do Código Penal, consoante se depreende do seguinte enunciado:

“A *culpabilidade* foi normal para a espécie de delito. Todavia, considerando que a empresa gozava de boa saúde financeira, como visto, o delito torna-se mais reprovável do que o usual, o que prejudica o acusado. Os *antecedentes* também desfavorecem o acusado, que no interrogatório afirmou que existe sentença condenatória em Rio Grande (fl. 1481) ... As *circunstâncias do fato* prejudicam o acusado. É que, por ser Presidente da FIERGS, o réu deveria procurar apenas meios lícitos para desenvolver sua empresa. Por ser um líder empresarial, o mau exemplo para outros empresários é fato que prejudica o acusado”¹².

Vale aqui, por óbvio, o que atrás dissemos sobre a *culpabilidade* como elemento de medição e limite da pena, que não pode ser medida pela “condição financeira da empresa” do sentenciado. Relativamente aos *antecedentes*, os Tribunais Superiores — STF e STJ — já pacificaram o entendimento de que somente condenações irreversíveis podem ser consideradas como *maus antecedentes*, além da indispensabilidade de prova documental nos autos, sendo insuficiente eventual referência no interrogatório do acusado.

Mas, o que mais choca no enunciado que destacamos no início deste tópico é a *valoração* referente às “circunstâncias do fato” (circunstâncias do crime para o texto legal), a terceira circunstância judicial considerada “negativa” para exasperar a pena-base. Com uma simples vista d’olhos constata-se que o prolator da referida decisão foi extremamente infeliz em sua valoração. No entanto, curiosamente, ratificando o entendimento do juiz sentenciante, em relação às “circunstâncias do crime”, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, através da 7ª Turma Criminal, limitou-se a afirmar que: “Por fim, ainda quanto à pena-base, nenhum reparo na decisão monocrática que entendeu desfavorável as circunstâncias do crime, pois o apelante, conforme dispôs a sentença, era presidente da FIERGS, além de Presidente da Associação Nacional das Indústrias de Artefatos de Couro e Artigos de Viagem (fls. 1046/1049), cargos de inegável liderança no meio empresarial, de cujos ocupantes espera-se uma conduta de acordo com a lei”¹³.

12. Ação Penal n. 2001.71.13.002013-5.

13. Apelação Criminal n. 2001.71.13.002013-5.

Por fim, a 5ª Turma do STJ, no HC 36.804, ratificou, nesse particular, as duas decisões anteriores, em relação às “circunstâncias do crime”, consagrando o mais odioso *direito penal de autor*.

Na verdade, pedimos vênia para utilizar essas três decisões sobre os mesmos fatos do mesmo processo, em instâncias distintas, apenas para ilustrar a argumentação que passamos a desenvolver, por razões puramente didáticas.

O *status* pessoal ou profissional ou mesmo a posição que o eventual acusado ocupa na sociedade jamais poderá ser confundido com “circunstâncias do crime”, nos termos concebidos pelo art. 59 do Código Penal, conforme nossos comentários anteriores. Na realidade, qualquer principiante em matéria penal sabe que “as circunstâncias do crime” não se confundem com o *status* pessoal ou profissional do autor, sua condição particular, a função que exerce na coletividade, que, aliás, não têm nenhuma relação com o *fato delituoso* e, até por isso, não podem influir na sua punição, especialmente para agravá-la, sem previsão legal, como fizeram as decisões questionadas.

Trata-se de orientação identificada com o mais autêntico *direito penal de autor*, ressuscitado por movimentos neo-raciais, que andam recrudescendo, perigosamente, em alguns países do continente europeu. Quer dizer, julga-se pelo que o indivíduo *é e não pelo que faz*, como um verdadeiro “direito penal do inimigo”, que, de uma forma discriminatória, distingue entre “cidadãos” e “inimigos”, tratando-se, com efeito, da desconsideração de determinada “classe de cidadãos” como portadores de direitos não iguais aos demais a partir de uma classificação que se impõe desde as instâncias de controle formal, *violando o sagrado princípio da igualdade*. É uma forma discriminatória e, diríamos, inclusive *ideologizada* que *elege*, no caso, o empresário, o produtor, o empreendedor como *inimigo da sociedade*, o grande causador da ruína do cidadão, que deve pagar, agora no banco dos réus, a qualquer custo.

Enfim, esse tipo de interpretação e valoração, repetindo, não se destina a fatos, mas a determinadas *espécies de autores*, que são condenados *não em decorrência da prática de determinado crime*, mas porque pertencem a certa classe social ou, na avaliação subjetiva de determinada instância de controle formal, representam “os inimigos da coletividade”, ou então, porque há “suspeitas” de que, como empresários, formam verdadeiras quadrilhas para delinquir.

Nessa linha de pensamento, com efeito, para as instâncias de controle formal *não importa o que se faz* (direito penal do fato), mas sim *quem faz*. Em outros termos, não se pune pela prática do fato, mas sim pela qualidade, personalidade ou caráter de *quem faz*, num autêntico Direito Penal de autor¹⁴. Esse tipo de interpretação, mesmo em decisões judiciais — preocupadas em destacar o *status* ou perso-

14. José Miguel Zugaldía Espinar, *Fundamentos de Direito Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 360.

nalidade do acusado — vão muito além da intenção de controlar a criminalidade financeira ou tributária, pois representam, sem sombra de dúvida, a obediência a um modelo político-criminal violador não só dos direitos fundamentais do homem (em especial do homem que responde a processo criminal), mas também capaz de prescindir da própria consideração do acusado ou condenado como ser humano e pretende, inclusive, substituir um modelo de direito penal do fato por um modelo de direito penal de autor¹⁵.

4 Circunstâncias legais: atenuantes e agravantes genéricas

As agravantes e as atenuantes genéricas são chamadas de circunstâncias legais porque vêm expressamente relacionadas no texto legal: as agravantes nos arts. 61 e 62, e as atenuantes nos arts. 65 e 66, todos do Código Penal¹⁶.

Como é natural, a preocupação com a dupla valoração afasta as circunstâncias que constituem ou qualificam o crime. Assim, na análise das agravantes e atenuantes deve-se observar sempre se não constituem elementares, qualificadoras, ou causas de aumento ou de diminuição de pena.

O Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando ao *prudente* arbítrio do juiz. No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes).

4.1 Circunstâncias preponderantes no concurso de agravantes e atenuantes

Em um mesmo fato delituoso podem concorrer circunstâncias agravantes e atenuantes, que podem ser objetivas e subjetivas. O art. 67, nessa hipótese, determina que “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”. Observe-se que o Código exemplifica como preponderantes as circunstâncias subjetivas.

15. Paulo César Busato, *Regime disciplinar diferenciado*, cit., p. 138.

16. Relativamente à reincidência, remetemos o leitor para o Capítulo VII deste 1º volume do *Tratado*, no item 2, onde fazemos uma “Análise político-criminal da reincidência”. Vide, igualmente: Salo de Carvalho, in Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, *Aplicação da pena e garantismo penal*, cit., p. 61-70; Juarez Cirino dos Santos, *Direito Penal*, cit., p. 570: “A questão é simples: se a *prevenção especial* positiva de *correção do condenado* é ineficaz, e se a *prevenção especial* negativa de *neutralização do condenado* funciona, realmente, como *prisionalização deformadora* da personalidade do condenado, então a *reincidência real* não pode constituir *circunstância agravante*”.

A jurisprudência tem entendido historicamente que a menoridade — *que é um aspecto da personalidade* — é a circunstância mais relevante, até mesmo, do que a reincidência. Acreditamos, no entanto, que essa maior relevância não é absoluta. Admitimos, é verdade, que em relação à reincidência a menoridade seja mais relevante. Porém, não podemos esquecer os motivos determinantes do crime, que podem assumir as mais variadas formas — podem ser nobres, fúteis, torpes, graves, imorais etc. — e, embora não justifiquem o crime, podem alterar profundamente a sua *provabilidade*, tanto que, em algumas hipóteses, *qualificam* (ex.: art. 121, § 2º, II) ou *privilegiam* (art. 121, § 1º) a conduta criminosa.

Assim, a nosso juízo, é natural que os motivos determinantes, que não qualificam ou privilegiem o crime, sejam considerados *preponderantes* em relação às demais circunstâncias legais, inclusive em relação à menoridade. E, ademais, no rol exemplificativo das circunstâncias preponderantes, os motivos são elencados em primeiro lugar, fato esse que não deixa de ser importante, pelo menos para aqueles que alegam que a personalidade é mais importante porque vem relacionada antes da reincidência.

Por outro lado, como lembra Mirabete, “não existe fundamento científico para a preponderância, em abstrato, de determinadas circunstâncias sobre as demais, sejam elas objetivas ou subjetivas, porque o fato criminoso, concretamente examinado, é que deve indicar essa preponderância”¹⁷.

5 Causas de aumento e de diminuição

Além das agravantes e atenuantes, há outras causas modificativas da pena, que o Código denomina *causas de aumento e de diminuição*, também conhecidas como *majorantes e minorantes*. As majorantes e minorantes são fatores de aumento ou redução da pena, estabelecidos em quantidades fixas (ex.: metade, dobro, triplo, um terço) ou variáveis (ex.: um a dois terços).

Alguns doutrinadores não fazem distinção entre as majorantes e minorantes e as qualificadoras. No entanto, as *qualificadoras* constituem verdadeiros tipos penais — tipos derivados — com novos limites, mínimo e máximo, enquanto as majorantes e minorantes, como simples causas modificadoras da pena, somente estabelecem a sua variação. Ademais, as majorantes e minorantes funcionam como modificadoras na terceira fase do cálculo da pena, o que não ocorre com as qualificadoras, que estabelecem limites mais elevados, dentro dos quais será calculada a pena-base. Assim, por exemplo, enquanto a previsão do art. 121, § 2º, caracteriza uma qualificadora, a do art. 155, § 1º, configura uma majorante.

Por outro lado, as majorantes e as minorantes também não se confundem com as agravantes, e as atenuantes genéricas apresentam diferenças fundamentais em, pelo menos, três níveis distintos, a saber:

17. Mirabete, *Manual de Direito Penal*, São Paulo, Atlas, 1990, v. 1, p. 296. O STF já decidiu que as agravantes preponderam sobre a menoridade, em HC 71.154-5 (DJU de 27-10-1994, p. 29162).

- a) *Em relação à colocação no Código Penal*
- 1) As agravantes e as atenuantes genéricas localizam-se somente na Parte Geral do Código Penal.
 - 2) As majorantes e as minorantes situam-se tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial.
- b) *Em relação ao “quantum” de variação*
- 1) As agravantes e as atenuantes não fixam a quantidade de aumento ou de diminuição, deixando-a ao “*prudente* arbítrio” do julgador.
 - 2) As majorantes e as minorantes, por sua vez, estabelecem, em quantidade fixa ou variável, o *quantum* de variação da pena.
- c) *Em relação ao limite de incidência*
- 1) As atenuantes e as agravantes não podem conduzir a pena para fora dos limites, mínimo e máximo, previstos no tipo penal infringido.
 - 2) As minorantes podem reduzir a pena para aquém do mínimo cominado ao tipo penal violado.
 - 3) As majorantes, segundo uma corrente minoritária, podem elevar a pena para além do máximo cominado no tipo penal infringido, enquanto para outra corrente majoritária, que adotamos, as majorantes não podem ultrapassar aquele limite.

6 Dosimetria da pena

A individualização da pena — uma conquista do Iluminismo — ganhou assento constitucional (art. 5º, XLVI, da CF), constituindo uma das chamadas garantias criminais repressivas, e, como tal, exige absoluta e completa fundamentação judicial.

É verdade que o legislador abre um grande crédito aos juízes na hora de realizar o cálculo da pena, ampliando sua atividade discricionária. Contudo, como discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, nosso Código Penal estabelece critérios a serem observados para a fixação da pena. Como afirmava Hungria¹⁸, “o que se pretende é a individualização racional da pena, a adequação da pena ao crime e à personalidade do criminoso, e não a ditadura judicial, a justiça de *cabra-cega*...”. Assim, todas as operações realizadas na dosimetria da pena, que não se resumem a uma simples operação aritmética, devem ser devidamente fundamentadas, esclarecendo o magistrado como valorou cada circunstância analisada, desenvolvendo um raciocínio lógico e coerente que permita às partes acompanhar e entender os critérios utilizados nessa valoração.

No entanto, a *individualização da pena*, segundo a Constituição (art. 5º, XXXIX e XLVI), encontra seus limites na lei ordinária. Por isso, é inconstitucional deixar de observar os limites legais, por violar os princípios da pena determinada e da sua

18. Hungria, O arbítrio judicial..., *Revista Forense*, cit., p. 10.

individualização, incluindo-se nessa vedação *deixar de aplicar atenuante legal*, mesmo sob o pretexto de que a pena-base não pode ser fixada abaixo do mínimo cominado, posto que o art. 65 determina que as atenuantes “são circunstâncias que sempre atenuam a pena”¹⁹.

O cálculo da pena, nos termos do art. 68 do CP, deve operar-se em três fases distintas: a *pena-base* deve ser encontrada analisando-se as circunstâncias judiciais do art. 59; a *pena provisória*, analisando-se as circunstâncias legais, que são as atenuantes e as agravantes; e, finalmente, chegar-se-á à *pena definitiva*, analisando-se as causas de diminuição e de aumento.

6.1 *Pena-base: circunstâncias judiciais*

Para se encontrar a *pena-base* devem-se analisar todos os moduladores relacionados no art. 59 do Código Penal, correspondendo, como refere Paganella Boschi, “à pena inicial fixada em concreto, dentro dos limites estabelecidos *a priori* na lei penal, para que, sobre ela, incidam, por cascata, as diminuições e os aumentos decorrentes de agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes”²⁰. O Código não estabelece quais devem ser considerados favoráveis ou desfavoráveis ao réu, atribuindo ao juiz o dever de investigá-los durante a dilação probatória e, posteriormente, individualizá-los e valorá-los, na sentença. Na realidade, todos, conjuntamente, e quaisquer deles, isoladamente, podem ser favoráveis ou desfavoráveis ao réu. Por isso, embora formem um conjunto, devem ser analisados individualmente, sendo insuficiente, consoante reiterada jurisprudência, considerações genéricas e superficiais, ou mesmo conclusões sem embasamento legal.

A ausência de fundamentação ou de análise das circunstâncias judiciais ou mesmo a sua análise deficiente gera nulidade absoluta da decisão judicial. Há, no entanto, um entendimento jurisprudencial majoritário de que a falta de fundamentação na fixação da pena não gera nulidade se aquela for fixada no mínimo legal²¹. Esse é um entendimento que necessita ser revisto urgentemente ou, pelo menos, merece detida reflexão. É, no mínimo, uma posição questionável entender que a favor do indivíduo tudo é permitido, esquecendo-se que no outro pólo da relação processual encontra-se a sociedade, representada pelo Ministério Público, que também tem o direito de receber um tratamento isonômico. A fixação da pena no limite mínimo permitido, sem a devida fundamentação, viola o *ius accusationis* e fraudava o princípio constitucional da *individualização* da pena, que, em outros termos, significa dar a cada réu a sanção que merece, isto é, necessária e suficiente à prevenção e repressão do crime. Assim, deve-se entender que a ausência de fundamentação

19. Ver, nesse sentido, decisões antológicas de Amilton Bueno de Carvalho, in *Garantismo penal aplicado*, p. 15-31 e 67-74; Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, *Aplicação da pena e garantismo...*, cit., p. 114.

20. José Antonio Paganella Boschi, *Das penas e seus critérios de aplicação*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 187.

21. RTJ, RHC 59.820.

gera nulidade, mesmo que a pena seja fixada no mínimo, desde que haja recurso da acusação, é claro.

Se todas as operadoras do art. 59 forem favoráveis ao réu, a pena-base pode ficar no mínimo previsto. Se algumas circunstâncias forem desfavoráveis, deve afastar-se do mínimo; se, contudo, o conjunto for desfavorável, deve aproximar-se do termo médio, que, segundo a velha doutrina nacional, é representado pela média da soma dos dois extremos, quais sejam, limites mínimo e máximo. De regra, o cálculo da pena deve iniciar próximo do mínimo e só excepcionalmente, quando as circunstâncias revelarem especial gravidade, se justifica a fixação da pena-base distanciada do mínimo legal.

6.2 *Pena provisória: agravantes e atenuantes*

Encontrada a pena-base, em seguida passa o julgador ao exame das circunstâncias legais, isto é, das atenuantes e agravantes, aumentando ou diminuindo a pena em certa quantidade, que resultará no que chamamos de *pena provisória*.

Nesta segunda operação devem-se analisar somente as circunstâncias legais genéricas, enfatizando-se as *preponderantes*, quando concorrerem agravantes e atenuantes. Nenhuma circunstância atenuante pode deixar de ser valorada, ainda que não seja invocada expressamente pela defesa, bastando que se encontre provada nos autos.

Acompanhamos no passado a corrente tradicional, segundo a qual as atenuantes e as agravantes não podiam levar a pena para aquém ou para além dos limites estabelecidos no tipo penal infringido, sob pena de violar o primeiro momento da *individualização* da pena, que é legislativo, privativo de outro poder, e é realizada através de outros critérios e com outros parâmetros, além de infringir os *princípios da reserva legal e da pena determinada* (art. 5º, XXXIX e XLVI, da CF), recebendo a pecha de inconstitucional, por aplicar pena não cominada. Quando a pena-base estivesse fixada no mínimo, impediria sua diminuição, ainda que se constatasse *in concreto* a presença de uma ou mais atenuantes, sem que isso caracterizasse *prejuízo* ao réu, que já teria recebido o mínimo possível.

Já há algum tempo revisamos nosso entendimento, acompanhando a melhor orientação doutrinária (e parte da jurisprudência), voltada para os postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito, que não transige com responsabilidade objetiva e tampouco com interpretações analógicas *in malam partem*; assim, acompanhamos o entendimento que sustenta a possibilidade de as *circunstâncias atenuantes* poderem trazer a pena aplicada para *aquém do mínimo legal*, especialmente quando, *in concreto*, existam causas de aumento.

6.2.1 *Pena aquém do mínimo: uma garantia constitucional*

Na verdade, o entendimento contrário partia de uma *interpretação equivocada*, que a dicção do atual art. 65 do Código Penal não autoriza. Com efeito, esse dispositivo determina que as *circunstâncias atenuantes* “sempre atenuam a pena”, independentemente de já se encontrar no mínimo cominado. É irretocável a afirma-

ção de Carlos Roberto Caníbal²² quando destaca que “se trata de norma cogente e por dispor o Código Penal que ‘são circunstâncias que sempre atenuam a pena’... e — prossegue Caníbal — norma cogente em direito penal é norma de ordem pública, máxime quando se trata de individualização constitucional de pena”. A previsão legal, definitivamente, não deixa qualquer dúvida sobre sua *obrigatoriedade*, e eventual interpretação diversa viola não apenas o *princípio da individualização da pena* (tanto no plano legislativo quanto judicial) como também o *princípio da legalidade estrita*.

O equivocado entendimento de que “circunstância atenuante” não pode levar a pena para aquém do mínimo cominado ao delito partiu de *interpretação analógica* desautorizada, baseada na proibição que constava no texto original do parágrafo único do art. 48 do Código Penal de 1940, não repetido, destaque-se, na Reforma Penal de 1984 (Lei n. 7.209/84). Ademais, esse dispositivo disciplinava uma *causa especial* de diminuição de pena — quando o agente quis participar de crime menos grave — mas impedia que ficasse abaixo do mínimo cominado. De notar que nem mesmo esse diploma revogado (parte geral) estendia tal previsão às *circunstâncias atenuantes*, ao contrário do que entendeu a interpretação posterior à sua revogação. Lúcido, também nesse sentido, o magistério de Caníbal quando afirma: “É que estes posicionamentos respeitáveis estão, todos, embasados na orientação doutrinária e jurisprudencial anterior à reforma penal de 1984 que suprimiu o único dispositivo que a vedava, por extensão — e só por extensão — engendrada por orientação hermenêutica, que a atenuação da pena por incidência de atenuante não pudesse vir para aquém do mínimo. Isto é, se está raciocinando com base em direito não mais positivo”²³.

Ademais, naquela orientação, a nosso juízo superada, utilizava-se de uma espécie *sui generis* de interpretação analógica entre o que dispunha o antigo art. 48, parágrafo único, do Código Penal (parte geral revogada), que disciplinava uma causa especial de diminuição, insista-se, e o atual art. 65, que elenca as circunstâncias atenuantes, todas estas de aplicação obrigatória. Contudo, a não-aplicação do art. 65 do Código Penal, para evitar que a pena fique aquém do mínimo cominado, não configura, como se imagina, *interpretação analógica*, mas verdadeira *analogia* — vedada em direito penal — para suprimir um direito público subjetivo, qual seja a *obrigatória* (circunstância que sempre atenua a pena) atenuação de pena. No entanto, a *analogia* não se confunde com a *interpretação analógica*. A *analogia*, convém registrar, não é propriamente forma de *interpretação*, mas de *aplicação* da norma legal. A função da analogia não é, por conseguinte, *interpretativa*, mas *integrativa* da norma jurídica. Com a analogia procura-se aplicar determinado preceito ou mesmo os próprios princípios gerais do direito a uma hipótese não con-

22. Carlos Roberto Lofego Caníbal, Pena aquém do mínimo — uma investigação constitucional-penal, *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 77, p. 82.

23. Caníbal, Pena aquém do mínimo..., *Revista Ajuris*, cit., p. 82.

templada no texto legal, isto é, com ela busca-se colmatar uma lacuna da lei. Na verdade, a *analogia* não é um *meio de interpretação*, mas de *integração* do sistema jurídico. Nessa hipótese, não há um texto de lei obscuro ou incerto cujo sentido exato se procure esclarecer. Há, com efeito, a ausência de lei que discipline especificamente essa situação²⁴. Na hipótese em exame, equipararam-se coisas distintas, dispositivos legais diferentes, ou seja, artigo revogado (art. 48, parágrafo único) e artigo em vigor (art. 65); aquele referia-se a uma *causa de diminuição* específica; este, a circunstâncias *atenuantes genéricas*, que são coisas absolutamente inconfundíveis; impossível, conseqüentemente, aplicar-lhes qualquer dos dois institutos, tanto a analogia como a interpretação analógica. A finalidade da *interpretação* é encontrar a “vontade” da lei, ao passo que o objetivo da *analogia*, contrariamente, é suprir essa “vontade”, o que, convenhamos, só pode ocorrer em circunstâncias carentes de tal vontade.

Concluindo, o paralelo que poderia ser traçado limitar-se-ia ao que dispunha o art. 48, parágrafo único, na redação original do CP de 1940, com o art. 29, § 2º, da redação atual, pois ambos disciplinam a mesma situação: se o agente *quis* partidava a *responsabilidade objetiva*, e o atual dá tratamento diferenciado ao *desvio subjetivo de condutas*; aquele proibia que a redução trouxesse pena para alguém do mínimo cominado, ao passo que o atual determina expressamente que o agente responde pelo crime menos grave que quis cometer. Logo, tanto a analogia quanto a interpretação analógica são igualmente inaplicáveis²⁵.

Enfim, deixar de aplicar uma *circunstância atenuante* para não trazer a pena para alguém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o *direito público subjetivo* do condenado à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta. Em síntese, não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar alguém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art. 65), peremptoriamente, a atenuação da pena em razão de uma atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite; e, por outro

24. Definição de analogia, que trabalhamos no Capítulo IX deste volume.

25. O recurso à analogia não é ilimitado, sendo excluído das seguintes hipóteses: a) *nas leis penais incriminadoras* — como essas leis, de alguma forma, sempre restringem a liberdade do indivíduo, é inadmissível que o juiz acrescente outras limitações além daquelas previstas pelo legislador. Em matéria penal, repetindo, somente é admissível a analogia quando beneficia a defesa; b) *nas leis excepcionais*, os fatos ou aspectos não contemplados pelas normas de exceção são disciplinados pelas de caráter geral, sendo desnecessário apelar a esse recurso integrativo (que pressupõe a não-contemplação em lei alguma do caso a decidir); c) *nas leis fiscais* — estas têm caráter similar às penais, sendo recomendável a não-admissão do recurso à analogia para sua integração.

lado, reconhecê-la na decisão condenatória (sentença ou acórdão), mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal.

Por fim, e a conclusão é inarredável, a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça carece de adequado fundamento jurídico, afrontando, inclusive, os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita.

Outro grande fundamento para admitir que as atenuantes possam trazer a pena para alguém do mínimo legal é principalmente a sua posição topográfica: são valoradas antes das causas de aumento e de diminuição; em outros termos, após o exame das atenuantes/agravantes, resta a operação valorativa das causas de aumento que podem elevar consideravelmente a pena-base ou provisória. Ademais, o texto atual do Código Penal (Lei n. 7.209/84) não apresenta qualquer empecilho que impossibilite o reconhecimento de qualquer atenuante, ainda que isso possa significar uma pena (base, provisória ou definitiva) inferior ao mínimo cominado no tipo penal.

Finalmente, quando houver duas qualificadoras, uma deverá ser valorada como tal e a outra deverá ser considerada como agravante genérica, desde que elencada tal circunstância, caso contrário deverá ser avaliada como circunstância judicial.

6.3 Pena definitiva

Na terceira e última fase do cálculo da pena analisam-se as causas de aumento e de diminuição. Essa terceira fase deve incidir sobre a pena até então encontrada, que pode ser a pena provisória decorrente da segunda operação, como também a pena-base se, no caso concreto, não existirem atenuantes ou agravantes.

Se houver mais de uma majorante ou mais de uma minorante, as majorações e as diminuições serão realizadas em forma de cascata, isto é, incidirão umas sobre as outras, sucessivamente. Primeiro se aplicam as causas de aumento, depois as de diminuição.

Concorrendo mais de uma causa 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” (art. 68, parágrafo único). Essa possibilidade destina-se exclusivamente às majorantes e minorantes previstas na Parte Especial do Código. Já as localizadas na Parte Geral deverão operar todas, incidindo umas sobre as outras, sem exceção.

Na ausência de agravantes e atenuantes e de majorantes e minorantes, a pena-base deve ser tornada definitiva. Na ausência apenas de majorantes ou minorantes, será então a pena provisória tornada definitiva.

As majorações decorrentes do concurso formal próprio e da continuação delictiva incidirão sobre aquela que seria a pena definitiva, isto é, depois de realizadas todas as fases estabelecidas pelo art. 68.

Encontrada a pena definitiva, o juiz deverá fixar o *regime inicial* de cumprimento da pena privativa de liberdade, mesmo que ela venha a ser substituída ou suspensa, porque poderá haver conversão ou revogação da medida alternativa.

O STF sumulou que a *opinião do julgador* sobre a *gravidade em abstrato* do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada. Com efeito, a Súmula 718 tem o seguinte enunciado: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”. Essa é uma das tantas súmulas com as quais, finalmente, o Supremo resolveu colocar um termo nas arbitrariedades infundadas, que davam azo apenas a “opiniões” pessoais de determinados julgadores, sem qualquer respaldo legal.

Além disso, segundo a Súmula 719, quando o juiz impuser *regime de cumprimento de pena mais severo do que a pena aplicada permitir*, deverá motivar sua decisão de maneira idônea. O enunciado da Súmula 719 — “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea” — é dos mais infelizes que se pode imaginar. Ora, *venia concessa*, “regime de cumprimento de pena mais severo do que a pena aplicada permitir” é *ilegal* e não há motivação que possa legitimá-lo. Os parâmetros que permitem as espécies e a gravidade dos regimes de cumprimento de penas estão expressos em lei, conforme examinamos no Capítulo XXIX, nos itens n. 3 e 4, deste mesmo volume, para onde remetemos o leitor.

Nesse sentido, esperamos que o Pretório excelso se dê conta da gravidade do equívoco que a Súmula 719 representa e a revogue o mais pronto possível.

O magistrado deverá analisar, finalmente, quando a natureza do crime e a quantidade da pena privativa de liberdade permitirem a possibilidade de *substituição* (art. 59, IV, do CP) ou de *suspensão da sua execução* (art. 157 da LEP). Nessas hipóteses, a decisão, concessiva ou negatória, deverá ser sempre devidamente motivada.