

Ricardo Augusto Schmitt

SENTENÇA PENAL

condenatória | TEORIA
E PRÁTICA

18^a edição

Revista, atualizada
e ampliada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

TEORIA DA SENTENÇA PENAL

SUMÁRIO • 1. Conceito e generalidades; 2. Classificação; 3. Requisitos; 4. Relatório; 5. Fundamentação; 5.1. Questões preliminares e prejudiciais; 5.2. Questões de mérito; 5.2.1. A correlação com a ação penal; 5.2.2. Denúncia e resposta à acusação; 5.2.3. Queixa-crime; 5.2.4. Vícios de fundamentação; 5.2.5. Ônus da prova; 5.2.6. Tecnicismo da motivação; 5.2.7. Possibilidade de nova definição jurídica do fato (*emendatio libelli*); 5.2.8. O Novo Código de Processo Civil e a *emendatio libelli*; 5.2.9. Motivação na sentença condenatória oriunda de julgamento pelo Tribunal do Júri; 5.2.10. Modelo de redação para a parte de fundamentação na sentença penal condenatória; 6. Parte dispositiva ou conclusiva; 7. Parte autenticativa.

1. CONCEITO E GENERALIDADES

A sentença é um ato de jurisdição que consuma a função jurisdicional do Estado, com a aplicação da lei ao caso concreto controvertido. É, por excelência, um ato privativo do juiz, que põe fim ao litígio, decidindo, ou não, o mérito da ação, ao menos em primeiro grau de jurisdição.

A palavra sentença deriva de *sententia*, que, por sua vez, vem de *sententiando*, gerúndio do verbo *sentire*, e, por isso, traduz a ideia de que, por meio da sentença, *o juiz declara o que sente*.

O conceito de sentença está intrinsecamente ligado à definição de sentimento e vontade, eis que revela um desejo externado por meio de um provimento jurisdicional.

A sentença é o momento culminante do processo, pois nela se realiza a entrega da prestação jurisdicional. É o ato em que o juiz, aplicando a sua obrigatoriedade jurisdicional, encerra a controvérsia existente entre as partes em conflito.

O julgamento da ação é a declaração judicial do direito para o caso concreto. Na área penal, a sentença nada mais é do que a decisão do juiz que absolve ou condena o acusado. Tecnicamente a sentença penal se mostra o ato processual que põe termo à acusação, aplicando o direito ao caso individualizado.

Trata-se, portanto, do pronunciamento estatal em análise ao caso concreto, após as partes apresentarem suas versões e provas, momento em que o juiz distribui o direito ao solucionar a questão conflitante apresentada em juízo.

Além de a sentença conter um comando jurídico voltado às partes em litígio, oportunidade em que o julgador externa a vontade do próprio Estado na solução da lide, em decorrência do exame de uma norma abstrata, o ato judicial produz também efeitos

em relação a terceiros, que sentem presente a regulamentação de um caso concreto que restou debatido e decidido, servindo a decisão de orientação para eventuais novas condutas análogas.

Sabemos que todos os atos processuais e penais são essenciais para a validade e o deslinde do processo, especialmente o de propor e aceitar a ação penal, de promover a regular citação do acusado, de garantir sua defesa técnica e a autodefesa, porém, encontramos na sentença o momento culminante do arco procedimental, pois nela se esgota a função jurisdicional do magistrado.

Se indagarmos sobre a importância de cada ato processual retratado, logicamente, todos se traduzem de esmerada relevância, eis que visam assegurar o regular andamento do processo criminal; porém, se a sentença não pode ser considerada o ato mais importante do processo, sem dúvidas se revela o ato processual mais esperado, para o qual todos rumam em direção e pelo qual o judiciário encerra o seu ofício ao aplicar o direito e solucionar o conflito de interesses posto à sua apreciação.

A sentença, portanto, encerra a fase do processo de conhecimento. Porém, sabemos que somente fará coisa julgada às partes com o seu trânsito em julgado, que poderá ocorrer em qualquer grau de jurisdição, desde que não caiba mais a interposição de eventuais recursos.

Podemos concluir então que, na verdade, tecnicamente, a sentença nem sempre extinguirá a fase de conhecimento no primeiro grau de jurisdição, pois os legitimados podem ainda interpor recursos ao tribunal, havendo um prolongamento dessa fase em outra instância. A sentença somente extinguirá a fase de conhecimento na instância monocrática se não houver recurso para o tribunal, pois, caso contrário, o acórdão proferido pelo tribunal que julgar o último recurso interposto é que irá encerrá-la.

2. CLASSIFICAÇÃO

Existem várias formas possíveis para classificação das sentenças; entre elas, podemos exemplificar:

- a) **quanto ao sujeito**, em *subjetivamente simples*, proferidas por um só sujeito e, portanto, consistem numa decisão monocrática (juiz); *subjetivamente plúrimas*, quando proferidas no âmbito de um órgão colegiado homogêneo (turmas ou câmaras dos tribunais); *subjetivamente complexas*, que resultam de diversos órgãos que apreciam e julgam as questões que integram a lide (tribunal do júri); e, *subjetivamente progressivas*, ou seja, de trato sucessivo (pronúncia);
- b) **quanto à executoriedade**, em *executáveis*, que consistem nas sentenças que possuem execução imediata (absolutória); *não executáveis*, que dependem do resultado de um recurso; e, condicionais, que dependem de um acontecimento futuro e incerto (livramento condicional, *sursis* etc.);
- c) **quanto à força coativa**, em *condenatórias*, que impõem uma obrigação jurídica; *constitutivas*, que criam, extinguem ou modificam um direito (*habeas corpus*

- liberatório); *declaratórias*, que declaram uma situação jurídica (*habeas corpus* preventivo); e *homologatória*, que reconhecem a existência de um ato jurídico (composição civil, transação penal);
- d) **quanto ao órgão prolator da decisão**, em *sentenças*, decisões proferidas por juízo monocrático (juiz); *acórdãos*, decisões proferidas por órgãos colegiados (turmas ou câmaras dos tribunais); e *veredictos*, decisões proferidas pelos jurados que integram o conselho de sentença (júri);
- e) **quanto ao conteúdo**, em *interlocutórias simples*, decisões que solucionam questões relativas à regularidade ou marcha processual, sem adentrar o mérito da causa nem pôr fim ao processo (recebimento da denúncia ou queixa-crime, decretação de prisão preventiva, concessão de fiança etc.); *interlocutórias mistas*, também chamadas decisões com força de definitivas, aquelas que encerram uma etapa do procedimento processual ou a própria relação do processo, sem o julgamento do mérito da causa, subdividindo-se em *mistas não terminativas*, que encerram uma etapa procedimental (sentença de pronúncia), e *mistas terminativas*, que culminam com a extinção do processo sem julgamento do mérito (rejeição da denúncia ou queixa-crime); *definitivas*, sentenças que solucionam a lide, julgando o mérito da causa, subdividindo-se em *condenatórias*, quando julgam total ou parcialmente procedente o pedido inicial formulado na ação penal; *absolutórias*, quando não acolhem o pedido condenatório inicial formulado na ação penal, podendo ser *absolutórias próprias*, quando simplesmente absolvem o acusado, ou *absolutórias impróprias*, quando não acolhem a pretensão inicial, mas reconhecem a prática da infração penal e impõem ao acusado uma medida de segurança; *terminativas de mérito*, também chamadas definitivas em sentido lato, pois põem fim ao processo, julgam o mérito, mas não condenam nem absolvem o acusado (sentença de declaração da extinção da punibilidade); e
- f) **quanto à desobediência ao princípio da correlação**, em *sentenças* citra petitum, quando o juiz deixa de julgar qualquer fato alegado constante da denúncia ou queixa-crime; *sentenças* ultra petitum, quando o juiz julga além do pedido inicialmente na denúncia ou queixa-crime; e *sentenças* extra petitum, quando o juiz julga fora da imputação inicial constante na denúncia ou queixa-crime.

3. REQUISITOS

Para que tenha validade e possa produzir efeitos no mundo jurídico, a sentença deverá conter alguns requisitos, cuja omissão poderá implicar sua própria nulidade.

Os requisitos de validade e de eficácia da sentença são comuns para todos os ramos do direito (penal, cível, trabalhista etc.), pois se revelam como aspectos estruturais do próprio julgado.

São requisitos estruturais da sentença:

Ressalvamos, porém, apenas a necessidade de restarem pontuadas no relatório as eventuais teses suscitadas pelas partes em sede de alegações finais, pois será exatamente a partir delas, e dos argumentos porventura existentes do interrogatório do acusado (exercício da autodefesa), que o julgador encontrará delineados os objetivos visados pelos litigantes com relação ao resultado final da ação penal.

Confira, a título de exemplo:

VISTOS E EXAMINADOS estes autos de processo-crime, tombados sob nº **0000001-01.2018.8.05.0001**, em que é autor o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por intermédio do seu representante legal e acusado Felisberto Anuniação das Virgens.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**, por intermédio do seu representante legal, em exercício neste juízo, no uso das suas atribuições legais, com base no incluso auto de inquérito policial, ofereceu denúncia contra **FELISBERTO ANUNIAÇÃO DAS VIRGENS**, brasileiro, casado, operário, nascido aos 01/01/1976, natural de Blumenau, neste estado, filho de Clarindo Souza das Virgens e de Joana Anuniação, residente e domiciliado na Avenida Oscar Damasceno Silva, nº 175, bairro Fortaleza, nesta cidade, dando-o como incurso nas sanções previstas pelo artigo 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal, pela prática do fato delituoso devidamente descrito na peça vestibular acusatória, em síntese, nos seguintes termos:

Consta da denúncia que no dia 30 de abril de 2018, por volta das 15h30min, no centro desta cidade, o denunciado subtraiu, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, a bolsa de Isadora Crispina dos Santos, levando consigo os seus pertences, os quais foram, posteriormente, recuperados pela polícia, que foi prontamente acionada pela vítima.

A denúncia foi recebida em data de 10 de maio de 2018, conforme decisão de fls. 25/26.

O denunciado foi regularmente citado (fl. 30), sendo que, por intermédio de defensor constituído, apresentou resposta escrita às fls. 39/45.

Por não concorrer nenhuma hipótese prevista no artigo 397 do Código de Processo Penal, foi designada audiência de instrução e julgamento (fl. 47) e expedida carta precatória, com prazo de cumprimento de 30 dias, para inquirição de uma das testemunhas arroladas pela defesa (fl. 48).

No decorrer da instrução processual em juízo, foi ouvida a vítima (fl. 50), duas testemunhas arroladas na denúncia (fls. 51 e 52) e uma pela defesa (fl. 53), sendo que, escoado o prazo fixado para o cumprimento da carta precatória, com fundamento no artigo 222 § 2º do Código de Processo Penal, foi dado seguimento ao processo e realizado o interrogatório do acusado (fl. 54).

Não foram requeridas diligências pelas partes (fl. 55).

Em alegações finais, sob a forma de memoriais escritos (fls. 59/62), o representante do Ministério Público em atuação neste juízo, após analisar o conjunto probatório, entendeu estarem devidamente demonstradas a materialidade e a autoria do delito, bem como a responsabilidade criminal do acusado, pugnando por sua condenação nos termos da denúncia.

Por sua vez, a defesa em sede de alegações finais, também sob a forma de memoriais escritos (fls. 65/70), requereu, preliminarmente, a nulidade do processo em decorrência da ausência de sua intimação a respeito da expedição da carta precatória, enquanto que, no mérito, pugnou pela absolvição do acusado por insuficiência de provas e, alternativamente, pela desclassificação do crime de roubo para furto, pela aplicação da pena no grau mínimo, pela fixação do regime prisional em aberto, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela aplicação do *sursis* penal e pelo direito de recorrer em liberdade.

Vieram-se os autos conclusos.

Em síntese, é o relatório.

Tudo bem visto e ponderado, passo a DECIDIR:

SISTEMA TRIFÁSICO DE DOSIMETRIA DA PENA

SUMÁRIO - 1. A obrigatoriedade de fundamentação na fixação da pena; 2. O exercício da discricionariedade judicial para a fixação da pena; 3. O sistema vigente para a dosimetria da pena; 4. Os princípios e fundamentos que norteiam o sistema trifásico de dosimetria da pena; 5. Individualização da pena; 5.1. Etapa legislativa; 5.2. Etapa judicial; 5.3. Etapa executória (ou administrativa); 5.3.1. Em que consiste o caráter ressocializador da pena? A execução penal como medida ratificadora da exclusão social; 5.3.2. Princípios constitucionais correlatos ao da individualização da pena; 6. Hierarquia das fases; 7. Proporcionalidade; 7.1. Proporcionalidade/Necessidade; 7.2. Proporcionalidade/Adequação; 7.3. Proporcionalidade/Ponderação; 8. Notas conclusivas.

1. A OBRIGATORIEDADE DE FUNDAMENTAÇÃO NA FIXAÇÃO DA PENA

No transcurso da história, o sistema de aplicação das penas passou por inúmeras transformações decorrentes de um longo processo evolutivo, que, de certo modo, operou um movimento pendular, variando da ampla e irrestrita liberalidade conferida ao julgador em aplicar medidas sancionadoras (penas indeterminadas), até a incidência de penas fixas (penas predeterminadas), desaguando no sistema vigente, que conduz à atribuição de maior margem de liberdade ao juiz, a partir de um sistema com parâmetros legais preestabelecidos.

Portanto, no período medieval, encontramos um movimento reativo ao excessivo arbítrio concedido aos juízes, quando as penas eram absolutamente indeterminadas, tendo surgido uma nova concepção do direito penal que se contrapunha ao sistema anterior, passando para um sistema punitivo pautado em penas fixas.

O referido movimento preconizava que ao juiz não deveria ser admitida a interpretação da lei, pois a sua atuação deveria se restringir à mera aplicação da normatização em vigor.

Sem dúvidas, porém, a pena absolutamente indeterminada deixava demasiado arbítrio ao julgador, enquanto que a pena absolutamente determinada impedia o seu ajustamento pelo juiz, de acordo com a realidade fática concreta evidenciada. Os modelos, por lógica, não se mostraram eficazes em busca da incansável perseguição pela fixação da pena justa.

adequado, para termos como resultado a segurança jurídica dos julgados perante o sistema penal vigente.

Torna-se evidente, portanto, que o sistema trifásico de aplicação da pena em concreto está lastreado num “tripé” que o justifica e o torna racional, além de assegurar a segurança jurídica do processo de dosimetria da sanção penal, a saber:

- 1) *individualização da pena;*
- 2) *hierarquia das fases; e*
- 3) *proporcionalidade.*

Passemos, então, à análise individualizada de cada um desses princípios e fundamentos que regem o sistema de aplicação da pena em concreto em vigor.

5. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da pena se encontra alçado em nível constitucional, nos termos do artigo 5º, inciso XLVI, que dispõe:

Art. 5º (...).

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.

Antes de tudo, devemos ressaltar que toda interpretação infraconstitucional relativa ao tema em destaque deverá se curvar ao seu *status* constitucional.

Tal ocorre porque, a partir das mais basilares lições de direito constitucional trazidas por Hans Kelsen (estudo da pirâmide de Kelsen), a Constituição Federal se revela como o fundamento de validade de todas as normas que compõem determinado ordenamento jurídico, o que traduz na necessidade de os operadores do direito realizarem uma releitura das normas legais sempre de cima para baixo (a partir da Constituição para as normas infraconstitucionais), nunca de forma contrária.

Todas as normas legais existentes devem se conformar com os preceitos e princípios constitucionais ditados pela Carta Magna, sob pena de revogação (se anteriores forem) ou de estarem eivadas pelo vício da inconstitucionalidade, formal ou material (se posteriores forem).

Diante da referida concepção kelseniana do ordenamento jurídico, vemos que as normas de um sistema não se encontram num mesmo plano. Na verdade, as normas jurídicas se revelam escalonadas, diga-se de passagem, verticalmente, em diferentes de-

CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES

SUMÁRIO • 1. Noções preliminares; 2. Circunstâncias atenuantes; 2.1. Análise do artigo 65 do Código Penal; 2.2. Análise do artigo 66 do Código Penal; 3. Circunstâncias agravantes; 3.1. Análise do artigo 61 do Código Penal; 3.2. Análise do artigo 62 do Código Penal; 4. Critérios para a dosimetria da pena provisória ou intermediária; 5. Concurso entre circunstâncias atenuantes e agravantes; 6. Crítica à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça e a supremacia da confissão judicial formadora do convencimento do julgador.

1. NOÇÕES PRELIMINARES

Ultrapassada a primeira etapa de dosagem da pena privativa de liberdade (pena-base), chegamos à segunda fase, direcionada pela necessidade de análise das circunstâncias atenuantes e agravantes, que resultarão na definição da pena intermediária ou provisória.

No Código Penal, as circunstâncias atenuantes possuem previsão nos artigos 65 e 66, enquanto as agravantes estão previstas nos artigos 61 e 62. Logicamente que não são apenas estes artigos na legislação penal que trazem a previsão dessas circunstâncias, pois existem atenuantes e agravantes previstas em leis penais especiais, e, nesses casos, aplicam-se tão somente aos crimes definidos na respectiva lei extravagante.

Por sua vez, as circunstâncias atenuantes e agravantes que possuem previsão no Código Penal se aplicam a todo e qualquer crime tipificado em sua parte especial, bem como aos previstos em leis penais especiais, uma vez que possuem caráter genérico.

No campo das leis penais especiais, podemos ilustrar a previsão de circunstâncias atenuantes e agravantes com alguns exemplos, a saber, Lei dos Crimes contra a Economia Popular, em relação ao crime de usura (art. 4º, § 2º, da Lei nº 1.521/51); Estatuto do Índio (art. 56 da Lei nº 6.001/73); Código do Consumidor (art. 76 da Lei nº 8.078/90); Código de Trânsito (art. 298 da Lei nº 9.503/97); Lei dos Crimes Ambientais (arts. 14 e 15 da Lei nº 9.605/98), entre outras legislações extravagantes.

As circunstâncias atenuantes e agravantes deverão ser observadas na segunda fase de aplicação da pena (art. 68, *caput*, do CP). Aquelas (atenuantes) possuem um rol tão somente exemplificativo, enquanto estas (agravantes) possuem um rol taxativo.

As circunstâncias agravantes estarão sempre previstas de forma taxativa, não sendo possível qualquer inclusão extensiva sem prévia cominação legal. No Código Penal, como vimos, o rol taxativo das circunstâncias agravantes encontra previsão nos artigos 61 e 62, este último aplicável aos casos de concurso de pessoas.

Vale frisar, de logo, que por força do disposto no artigo 385 do Código de Processo Penal, o julgador poderá reconhecer *ex officio* a presença de uma circunstância agravante, mesmo que não tenha sido alegada durante a instrução processual (comentários a seguir).

Por outro lado, as circunstâncias atenuantes possuem um rol apenas exemplificativo, uma vez que encontram previsão no artigo 65 do Código Penal, mas, a partir de um caso concreto, “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei” (art. 66 do CP).

Diante disso, à vista da possibilidade de a pena ser reduzida por alguma circunstância atenuante não prevista expressamente em lei, concluímos que o rol trazido pelo artigo 65 do Código Penal é meramente exemplificativo, diversamente do que ocorre com as circunstâncias agravantes.

Doutrinariamente, estamos nos referindo às chamadas circunstâncias atenuantes inominadas, pois esta é a nomenclatura empregada para definir a previsão legal do artigo 66 do Código Penal.

As atenuantes e as agravantes apresentam como característica a inexistência de um quantitativo determinado de diminuição ou aumento, ao contrário do que ocorre com as causas especiais de diminuição e aumento de pena, que serão observadas apenas na terceira e última etapa do sistema trifásico de dosimetria da sanção penal em concreto.

Quando, portanto, uma lei fizer menção a circunstâncias que *agravam* a pena, estabelecendo um *quantum* de acréscimo (aumento), como ocorre, a título de exemplo, com o artigo 12 da Lei nº 8.137/90, cuidar-se-á a hipótese de causas especiais de aumento e não de agravantes, de modo que deverá ser valorada na terceira fase do processo de dosimetria da pena.

Assim como ocorre na fixação da pena-base, prevalece o entendimento jurisprudencial de que o reconhecimento de uma circunstância atenuante não poderá conduzir a pena provisória ou intermediária aquém do mínimo legal previsto em abstrato para o tipo penal incriminador, ao tempo que o reconhecimento de uma circunstância agravante também não poderá conduzir a pena provisória ou intermediária além do máximo previsto em abstrato.

Nesse sentido, posicionam-se os Tribunais Superiores:

(...) II – O reconhecimento da atenuante da confissão espontânea não tem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal. Precedente: HC 70.883/SP (...) (STF, HC 87263/MS).

I – Não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, ainda que havendo incidência de atenuantes relativas à menoridade do agente e à confissão espontânea. (...) (STJ, REsp 822831/RS).

Recurso especial. Processual penal. Pena fixada abaixo do mínimo legal. Atenuante. Confissão e menoridade. Impossibilidade. Sendo a pena-base fixada no mínimo legal,

o reconhecimento de circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena *in concreto* a patamar aquém daquele limite mínimo, sob pena de se permitir, *a contrario sensu*, que as agravantes “que sempre agravam a pena” possam elevar a pena acima do limite máximo, o que seria absurdo (STJ, REsp 706539/RS).

Não é possível a fixação da pena privativa de liberdade acima do máximo legalmente estabelecido, por força da existência de circunstâncias agravantes (STJ, REsp 265293/RJ).

Tal entendimento encontra-se ainda sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 231 do STJ):

Súmula 231 do STJ – A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Apesar de o enunciado da súmula tratar apenas da hipótese de circunstância atenuante, impedindo a redução da pena (provisória ou intermediária) abaixo do mínimo legal previsto em abstrato para o tipo, tal entendimento sumular se aplica também à hipótese de circunstância agravante, impossibilitando, igualmente, a majoração da pena (provisória ou intermediária) além do máximo previsto em abstrato para o tipo, e, neste caso, tal situação decorre de uma interpretação análoga extensiva, conforme entendimento dos próprios Tribunais Superiores, não havendo a necessidade da edição de uma nova súmula, eis que se revelam em circunstâncias previstas na mesma etapa do processo de dosimetria da pena (segunda fase), do que deflui a certeza de que deverão possuir tratamento isonômico a impedir que se avancem os limites definidos em abstrato pelo legislador (comentários a seguir).

Conforme anotamos em linhas pretéritas, a valoração a ser atribuída para cada circunstância atenuante ou agravante se encontra reservada à apreciação exclusiva do julgador, à míngua da existência de critérios legais específicos a serem aplicados.

Na verdade, conforme veremos adiante, apenas na terceira fase do processo de aplicação da pena, diante da existência de causas de diminuição e aumento, é que teremos critérios fixos a serem observados pelo julgador, uma vez que essas causas (diminuição e aumento) sempre estarão dispostas na legislação em valores definidos, a exemplo de 1/6, 1/2, 2/3 ou entre limites expressamente previstos pelo legislador, a exemplo de 1/3 até a 1/2, de 1/3 até 2/3, entre outros.

Com isso, diante da inexistência de qualquer parâmetro legal para a valoração das circunstâncias atenuantes e agravantes, existem julgadores que atenuam ou agravam a pena-base em um mês, três meses, seis meses, um ano, dois anos ou valoram em patamar fictício de 1/3, 1/4, 1/5, 1/6, de acordo com seu critério pessoal discricionário.

Vejamos, contudo, o entendimento que se extrai do Superior Tribunal de Justiça:

(...) para a estipulação do quantum do acréscimo pela circunstância agravante (ou atenuante), é imperiosa a sua correlação com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (...) (STJ, HC 33697/MS).

Antes de analisarmos os critérios para a dosimetria da pena em concreto (provisória ou intermediária) na segunda fase do processo de aplicação da sanção penal, passemos

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

SUMÁRIO • 1. Penas restritivas de direitos; 1.1. Prestação pecuniária; 1.2. Perda de bens e valores; 1.3. Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; 1.4. Interdição temporária de direitos; 1.5. Limitação de fim de semana; 2. Requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade; 3. Critérios alternativos para a escolha da forma de substituição da pena privativa de liberdade; 4. Critérios legais para a substituição da pena privativa de liberdade; 5. Substituição da pena privativa de liberdade em crimes hediondos e equiparados; 6. Conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade; 7. Modelos de redações para a sentença penal condenatória.

1. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Não restam dúvidas de que atualmente vivenciamos a falência do sistema carcerário. Diversos fatores contribuíram para que chegássemos ao atual estágio, entre eles a superlotação carcerária, a ausência de investimentos, o descaso do Poder Público. Apesar da lamentável situação que vivenciamos todos os dias com a nossa atuação na justiça criminal, este não se revela o momento adequado para debater a respeito do tema sistema prisional.

Diante, contudo, da necessidade evidenciada em se reservar a pena privativa de liberdade tão somente para os fatos (acontecimentos) de maior gravidade (potencialidade lesiva), as penas restritivas de direitos foram paulatinamente sendo introduzidas como alternativa à prisão, e o seu campo de atuação foi significativamente ampliado pela Lei nº 9.714/98.

Sua incidência, sem dúvida, mostra-se uma solução mais benéfica ao condenado, pois lhe é permitido o cumprimento da pena na forma substitutiva, afastando a custódia celular.

As penas restritivas de direitos substituem as privativas de liberdade, implicando certas restrições e obrigações, portanto, possuem caráter substitutivo, o que exige que sejam aplicadas em substituição à pena privativa de liberdade dosada em concreto, não podendo restar materializadas diretamente na sentença, até porque não encontram previsão em abstrato para o tipo penal incriminador. Atualmente, encontramos como única

exceção o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 (posse e plantio de droga para uso próprio).

Diante disso, ao prolatar a sentença penal condenatória, deverá o julgador verificar se não é o caso de substituir a pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível (art. 59, IV, do CP).

As penas restritivas de direitos são autônomas (e não acessórias) e substitutivas (não podem ser cumuladas com as penas privativas de liberdade), ao tempo que não poderão ser suspensas nem substituídas pela pena de multa (art. 44 do CP). Ademais, não poderão substituir a pena privativa de liberdade em qualquer situação, pois a sua aplicabilidade exigirá o preenchimento dos requisitos (objetivos e subjetivos) previstos no artigo 44 do Código Penal.

Os requisitos à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos são, portanto, de duas ordens:

a) objetivos (art. 44, I, do CP):

- ocorrência de crime doloso em que a pena privativa de liberdade aplicada não seja superior a quatro anos e que o crime não tenha sido cometido com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa;
- ocorrência de crime culposo (independe da pena aplicada).

b) subjetivos (art. 44, II e III, do CP):

- inexistência da reincidência do sentenciado em crime doloso (a reincidência era uma vedação absoluta antes da Lei nº 9.714/98; todavia, com a nova redação do artigo 44, inciso II, do Código Penal, apenas a reincidência em crime doloso impedirá a concessão do benefício, e esse impedimento sequer se revelará como uma vedação absoluta, pois o juiz sentenciante, mesmo na hipótese da reincidência em crime doloso, poderá aplicar a substituição da pena, desde que a medida se revele socialmente recomendável e a reincidência operada não seja específica (art. 44, § 3º, do CP));
- existência de indicativo de que a substituição da pena se revele suficiente à reprovação do fato ilícito praticado pelo sentenciado, no sentido de que a substituição se revele capaz em imprimir a punição justa, desde que assim indicarem a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime.

A eventual incidência do artigo 44 do Código Penal se revela como a aplicação de uma pena substitutiva, isto é, o juiz sentenciante deverá promover o cálculo da pena privativa de liberdade na sentença (sistema trifásico) e, em seguida, examinar se estão presentes os requisitos objetivos e subjetivos à substituição por restritivas de direitos, e aqueles requisitos (objetivos) servirão como verdadeiros filtros à possibilidade de exame da matéria.

Uma vez preenchidos os requisitos objetivos (art. 44, I, do CP), comportará o caso em concreto a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (ou multa), razão pela qual, nessa hipótese, deverá o julgador motivar a sua

decisão pela concessão ou denegação do benefício, sempre de forma fundamentada (art. 93, IX, da CF).

Nesse sentido:

(...) Presentes as condições que a propiciem, a substituição da pena privativa de liberdade – *ultima ratio* da repressão penal contemporânea – pela pena de multa ou de restrição de direitos não é livre faculdade do juiz – que jamais a tem –, mas poder-dever, a ser exercido conforme as diretrizes da ordem jurídica e por decisão fundamentada (...) (STF, HC 81875/RJ).

Pena privativa de liberdade/pena restritiva de direitos (substituição). Fundamentação (necessidade). 1. A substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos requer se faça por ato fundamentado. 2. Ao réu assiste o direito de saber os motivos da eleição do critério de substituição. 3. *Habeas corpus* deferido em parte (STJ, HC 37526/RS).

Deixando o julgador de apreciar a viabilidade da aplicação do benefício da substituição, no entanto, sua omissão poderá ser sanada via a oposição de embargos declaratórios ou, em última hipótese, com a impetração de *habeas corpus*, remédio jurídico que vem sendo aceito pelos Tribunais Superiores para discutir a benesse.

Confira:

(...) Cometimento do delito de falsificação de documento público ou falsidade ideológica. Matéria probatória. Análise incabível na via augusta do remédio heroico. Concessão de *sursis*. Impossibilidade. Pena superior a 2 anos. Ordem parcialmente concedida para que a Corte *a quo* examine, como entender de direito, a possibilidade de substituição da pena prevista no art. 44 do Código Penal (STJ, HC 22326/MG)

Ademais, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos somente poderá ocorrer depois de estabelecido o regime prisional de cumprimento da pena, pois, havendo o descumprimento do benefício, a conduta injustificada importará na conversão da medida substitutiva à pena privativa de liberdade (art. 44, § 4º, do CP), o que revela a necessidade de a sentença penal condenatória trazer expressamente o regime prisional fixado para o cumprimento da sanção corporal restante.

Por sua vez, a aplicação das penas restritivas de direitos não é um direito subjetivo do sentenciado, pois dependerá da avaliação do julgador no caso concreto, a partir do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos. Porém, o caráter hediondo do crime, só por si, não poderá afastar o benefício, pois somente o caso concreto é que irá revelar os elementos fáticos e jurídicos que deverão ser analisados.

Passemos à análise individualizada de todas as espécies de penas restritivas de direitos, previstas no artigo 43 do Código Penal.

1.1. Prestação pecuniária

A prestação pecuniária, espécie de pena restritiva de direitos (art. 43, I, do CP), possui natureza indenizatória, e encontra a sua regulamentação no artigo 45, § 1º, do Código Penal, que assim dispõe:

MODELO-PADRÃO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA PARA CONCURSOS

VISTOS E EXAMINADOS estes autos de processo-crime registrados sob o nº **001/2018**, em que é autor o Ministério Público do Estado _____/Federal, por intermédio do seu (da sua) representante legal, e acusado(a)(s) _____.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO _____/FEDERAL, por intermédio do seu (da sua) representante legal, em exercício neste juízo/vara, no uso de suas atribuições legais, com base no incluso auto de inquérito policial, tombado sob nº _____ (fls. _____), ofereceu denúncia contra _____, brasileiro, solteiro, comerciante, nascido aos _____, natural do município de _____, neste estado, filho de _____ e _____, residente e domiciliado na rua _____, nº _____, bairro _____, nesta Capital, dando-o como incurso nas sanções previstas pelo artigo _____, pela prática do fato delituoso devidamente descrito na peça vestibular acusatória, nos seguintes termos:

Consta da denúncia que no dia 20 de dezembro de 2016, por volta das 15h30min, no centro desta capital, o denunciado subtraiu, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, a bolsa de _____, levando consigo os seus pertences, os quais foram posteriormente recuperados pela polícia, prontamente acionada pela vítima.

Recebida a denúncia em data de _____ (fl. _____), o denunciado foi citado (fl. _____) e, por intermédio de *Defensor Constituído ou Defensor Dativo ou Defensor Público*, apresentou resposta escrita (fls. _____), suscitando preliminarmente _____, enquanto, no mérito, pugnou pela _____, requerendo a produção de prova testemunhal, tendo arrolado _____ testemunhas.

Por não concorrer nenhuma hipótese prevista no artigo 397 do Código de Processo Penal, foi designada audiência de instrução e julgamento (fl. 47).

OU

VISTOS E EXAMINADOS estes autos de processo-crime registrados sob o nº **001/2018**, em que é autor o Ministério Público do Estado _____/Federal, por intermédio do seu (da sua) representante legal, e acusado(a)(s) _____.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO _____/FEDERAL, por intermédio do seu (da sua) representante legal, em exercício neste juízo/vara, no uso de suas atribuições legais, com base no incluso auto de inquérito policial, tombado sob nº _____ (fls. _____), ofereceu denúncia contra _____, brasileiro, solteiro, comerciante, nascido aos _____, natural do município de _____, neste estado, filho de _____ e _____, residente e domiciliado na rua _____, nº _____, bairro _____, nesta Capital e _____, vulgo "_____", brasileiro, casado, sem profissão definida, nascido aos _____, natural do município de _____, estado de _____, filho de _____ e _____.

_____, residente e domiciliado na avenida _____, bairro _____, nesta Capital, dando o primeiro como incurso nas sanções previstas pelo artigo _____ e o segundo como incurso nas sanções previstas pelo artigo _____, pela prática dos fatos delituosos devidamente descritos na peça vestibular acusatória, nos seguintes termos:

Consta da denúncia que no dia ____ de _____ de _____, por volta das _____ horas, policiais civis que estavam em diligência abordaram os acusados nas proximidades do Centro de Convenções, encontrando na cintura do primeiro denunciado uma arma de fogo, tipo _____, número de série _____, da marca _____ e na mochila carregada pelo segundo denunciado outra arma de fogo tipo _____, número de série suprimido, da marca _____, ambos sem autorização legal ou regulamentar para portá-las, motivo pelo qual, de imediato, efetuaram as suas prisões.

Conduzidos até a delegacia de polícia, os denunciados confessaram a prática dos delitos, declarando que _____.

Recebida a denúncia em data de _____ (fl. _____), os acusados foram citados (fl. _____) e, por intermédio de Defensor constituído/dativo/Defensoria Pública, apresentaram defesa escrita (fls. _____), em síntese, não concordando com as imputações que lhe foram atribuídas, requerendo a produção de prova testemunhal, tendo sido arroladas ____ testemunhas.

Por não concorrer nenhuma hipótese prevista no artigo 397 do Código de Processo Penal, foi designada audiência de instrução e julgamento (fl. 47).

Incidentes poderão ser levantados no curso do processo, ficando dessa forma a continuidade do relatório na sentença:

SUSPEIÇÃO (art. 95, I, do CPP)

A defesa do primeiro denunciado, por intermédio de petição (fls. _____), ofereceu exceção de suspeição deste juízo, com fundamento no artigo _____ do Código de Processo Penal, a qual não foi aceita, sendo o incidente autuado em apartado, consoante disposto pelo artigo 100 do referido diploma processual penal, com a sua posterior remessa ao Egrégio Tribunal de Justiça deste estado, oportunidade em que restou definitivamente rejeitada.

OU

INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO (arts. 95, II c/c 108, do CPP)

LITISPENDÊNCIA (art. 95, III, do CPP)

ILEGITIMIDADE DE PARTE (art. 95, IV, do CPP)

COISA JULGADA (art. 95, V, do CPP)

A defesa do segundo denunciado, por intermédio de petição (fls. _____), ofereceu exceção de incompetência/litispendência/ilegitimidade de parte/coisa julgada, com fundamento no artigo _____ do Código de Processo Penal, sendo o incidente autuado em apartado, consoante disposto pelo artigo 111 do referido diploma processual penal e, depois de ouvido o Ministério Público, foi recusada por este juízo, conforme decisão de fls. _____, da qual não houve a interposição de qualquer recurso.

No decorrer da instrução processual em juízo, foi ouvida a vítima (fl. ___) e inquiridas ____ testemunhas arroladas na denúncia (fls. ___) e _____ arroladas pela defesa (fls. ___), sendo o acusado interrogado (fls. _____).

As partes não requereram diligências (fl. _____). **OU** Nada requereram as partes na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal. **OU** Na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal apenas a defesa do acusado requereu diligências, as quais restaram devidamente cumpridas com as inquirições das testemunhas referidas (fls. _____).

Em alegações finais, oferecidas oralmente pelas partes em audiência, de acordo com o disposto pelo artigo 403 do Código de Processo Penal, a Representante do Ministério Público, após analisar o conjunto probatório, entendeu estar devidamente demonstrada a materialidade e a autoria do delito, bem como a responsabilidade criminal do denunciado, pugnando por sua condenação nos termos da denúncia (fls. _____), enquanto a defesa do acusado pugnou pela sua absolvição, sustentando a tese da _____ e, subsidiariamente, requereu _____ (fls. ____).

OU

Em alegações finais, sob a forma de memoriais escritos, diante da adoção da ressalva prevista no § 3º do artigo 403 do Código de Processo Penal, o Representante do Ministério Público, após analisar o conjunto probatório, entendeu estar devidamente demonstrada a materialidade e a autoria dos delitos, bem como a responsabilidade criminal dos acusados, pugnando por suas condenações nos termos da denúncia (fls. ____).

Por seu turno, em alegações finais, também sob a forma de memoriais escritos, as defesas do primeiro denunciado (fls. _____) e do segundo denunciado (fls. _____) pugnam por suas absolvições, sustentando, respectivamente, a tese da _____ e a tese da _____.

OU

Em alegações finais, sob a forma de memoriais escritos, diante da adoção da ressalva prevista no artigo 403, § 3º, do Código de Processo Penal, o Representante do Ministério Público, após analisar o conjunto probatório, entendeu estar devidamente demonstradas a materialidade e a autoria dos delitos, bem como a responsabilidade criminal dos denunciados, pugnando por suas condenações nos termos da denúncia (fls. ____).

Por seu turno, a defesa do primeiro denunciado, em alegações finais, também sob a forma de memoriais escritos (fls. _____), entendendo precárias as provas produzidas nos autos, pugnou pela absolvição do acusado.

Por outro lado, a defesa do segundo denunciado, em alegações finais, igualmente sob a forma de memoriais escritos (fls. _____), entendendo contraditórias as provas constantes dos autos, pugnou pela _____. **(Teses defensivas: absolvição do acusado por falta de provas, atipicidade do fato delituoso, inexistência de conduta diversa, excludentes de antijuridicidade, inexistência da causa de aumento de pena, reconhecimento do crime tentado, ausência de circunstância agravante, reconhecimento de circunstância atenuante, desclassificação do crime para a figura simples etc.).**

Vieram-me os autos conclusos.

Em síntese, é o relatório.

Tudo bem visto e ponderado, passo a **DECIDIR**:

FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA

Tudo bem visto e ponderado, passo a **DECIDIR**:

Trata-se de ação penal pública incondicionada **OU** condicionada, tendo sido ofertada representação a fl. ____ **OU** privada, objetivando-se apurar no presente processado a responsabilidade criminal de _____, anteriormente qualificado, pela prática do delito tipificado no artigo _____.