

NIDAL **AHMAD**  
LUANA **PORTO**  
ALEXANDRO **WERLANG RAYO**

PREPARAÇÃO  
**TURBO**  
Tribunais – Analista Judiciário

2024

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# DIREITO PENAL



Carolina Carvalho,  
Nidal Ahmad e  
Arnaldo Quaresma

## Sumário

Carolina Carvalho

1. Das Penas
2. Aplicação da Pena
3. Reabilitação

Referências

Prof. Nidal Ahmad

1. Dos crimes contra a vida
2. Crimes contra a administração pública

*Prof. Arnaldo Quaresma*

1. Crimes contra o Patrimônio
2. Crimes contra a Organização do Trabalho
3. Crimes Contra a Paz Pública
4. Crimes contra a fé pública
5. Crimes contra a dignidade sexual

## 1. DAS PENAS

*Carolina Carvalho*

### 1.1. Conceitos e Fundamentos

Pena – é uma sanção penal, uma resposta que o Estado dá para quem não observou uma norma penal.

A pena é a restrição ou privação de determinado bem jurídico do agente, para que seja responsável pelo que praticou.

### 1.2. Finalidade (Ou Funções) da Pena

Para os **absolutistas**, pena é uma decorrência da delinquência. Há o mal do crime, há o mal da pena. Pena é a retribuição para o mal causado.

Para os **utilitaristas**, a pena é um instrumento de prevenção:

- **Prevenção geral: a finalidade consiste em intimidar a sociedade;**
  - **Prevenção geral negativa:** a pena é uma ameaça legal dirigida aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos. É uma coação psicológica;
  - **Prevenção geral positiva:** demonstração de que a lei ainda está vigente, criando uma sensação de confiança na sociedade;
- **Prevenção especial: dirige-se ao criminoso:**
  - **Prevenção especial negativa:** visa à carcerização ou à inocuidade do condenado quando outros meios menos lesivos não se mostrarem eficazes para sua ressocialização;
  - **Prevenção especial positiva:** a importância da pena está na ressocialização do condenado.

Há ainda a teoria eclética, em que a finalidade da pena assume estas duas finalidades: retribuição e prevenção geral e especial.

**a) Teorias da pena.** São várias as teorias da pena solicitadas em prova. Dentre elas, destacam-se:

- **Teoria agnóstica:** essa teoria tem como fundamento modelos ideais de estado de polícia e de estado de direito. Para a teoria agnóstica da pena existe uma grande dificuldade em acreditar que a pena possa cumprir, na grande maioria dos casos, as funções manifestas atribuídas a ela, expressas no discurso oficial. Para os seguidores dessa linha de pensamento, a pena está apenas cumprindo o papel degenerador da neutralização, já que empiricamente comprovada a impossibilidade de ressocialização do apenado. Não quer dizer que essa finalidade de ressocializar, reintegrar o condenado ao convívio social deva ser abandonada, mas deve ser

revista e estruturada de uma maneira diferente. Para tanto, adverte-se que a reintegração social daquele que delinuiu não deve ser perseguida através da pena e sim apesar dela, vez que para efeitos de ressocialização o melhor criminoso é o que não existe;

- **Teoria dialética da pena:** o discurso crítico da teoria dialética da pena demonstra a natureza real da retribuição penal nas sociedades modernas. Essa realidade não constitui um fenômeno de sobrevivência histórica da vingança, nem resquício metafísico de expiação ou de compensação de culpabilidade como as teorias preventivas apresentam. A teoria dialética mostra a emergência histórica da retribuição equivalente como fenômeno específico das sociedades capitalistas, pois a função de retribuição equivalente da pena corresponde aos fundamentos das sociedades fundadas na relação entre capital e trabalho assalariado. A partir daí se inicia uma tradição de pensamento crítico em teoria jurídica e criminológica, na qual se inserem contribuições fundamentais da teoria marxista sobre crime e controle social. Nessa tradição crítica, todo sistema de produção tende a descobrir a punição que corresponde às suas relações produtivas, ou seja, se a força de trabalho é insuficiente para as necessidades do mercado, o sistema penal adota métodos punitivos de preservação da força de trabalho, e se a força de trabalho excede as necessidades do mercado, o sistema penal adota métodos punitivos de destruição da força de trabalho. O sistema punitivo é um fenômeno social ligado ao processo de produção. Se a pena constitui retribuição equivalente do crime, medida pelo tempo de liberdade suprimida segundo a gravidade do crime realizado, determinada pela conjunção de desvalor da ação e de desvalor de resultado, então essa pena representa a forma de punição específica da sociedade capitalista e que deve perdurar enquanto existir a sociedade de produtores de mercadorias;
- **Teoria retributiva (absoluta):** para a teoria retributiva, a finalidade da pena é punir o autor de uma infração penal. A retribuição se dá através de um mal justo previsto no ordenamento jurídico em retribuição a um mal injusto praticado pelo criminoso. A pena não é apenas um mal que se deve aplicar só porque antes houve outro mal, porque seria irracional querer um prejuízo simplesmente porque já existia um prejuízo anterior. A imposição da pena implica no restabelecimento da ordem jurídica violada pelo delinquentes;
- **Teoria preventiva geral intimidatória (negativa):** direcionada à generalidade dos cidadãos. A pena pode ser concebida como forma acolhida de intimidação das outras pessoas através do

sofrimento que com ela se inflige ao delinquente e que, ao fim, as conduzirá a não cometerem fatos criminais;

- **Teoria preventiva geral integradora (positiva):** direcionada à generalidade dos cidadãos.

Fortalece a consciência jurídica dos cidadãos e sua confiança e fé no Direito. O Estado se serve da pena para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal;

- **Teoria preventiva especial ressocializadora (positiva):** direcionada ao delinquente concreto. Busca a ressocialização do delinquente, através, da sua correção. Uma pena dirigida ao tratamento do próprio delinquente, com o propósito de incidir em sua personalidade, com efeito de evitar sua reincidência. A finalidade da pena-tratamento é a ressocialização;
- **Teoria preventiva especial inocularizadora (negativa):** direcionada ao delinquente concreto. tem como fim neutralizar a possível nova ação delitiva, daquele que delinuiu em momento anterior, através de sua "inocuidade" ou "intimidação". Busca evitar a reincidência através de técnicas, ao mesmo tempo, eficazes e discutíveis, tais como, a pena de morte, o isolamento etc.

### 1.3. Finalidade da Pena no Brasil

No Brasil, a pena tem tríplice finalidade:

- retributiva;
- preventiva;
- reeducativa (ressocializadora)..

### 1.4. Justiça Restaurativa

A justiça restaurativa tem como ideia restaurar a situação anterior ao crime, recompondo os danos sofridos pela vítima. Devemos colocar os olhos sobre a vítima.

Há um procedimento de consenso entre o autor do crime e a vítima, podendo envolver outros sujeitos da comunicada, a depender do caso. Não é apenas a retribuição do crime que é importante, tampouco a prevenção e a ressocialização, mas sim a restauração do resultado anterior ao crime. Esta seria uma nova função da pena.

Exemplo disso é a Lei n. 9.099/1995, quando permite a composição civil dos danos.

### 1.5. Princípios Informadores da Pena

São princípios informadores da pena:

- **Princípio da legalidade:** não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

- **Princípio da personalidade ou da intransmissibilidade:** a pena não passará da pessoa do condenado. É o princípio da intranscendência da pena, conforme art. 5º, XLV;
- **Princípio da individualização da pena:** a lei regulará a individualização da pena. Há uma preocupação de que a pena seja individualizada. Isto significa que a pena deve ser observada em vários momentos: 1º para o legislador; 2º para o juiz na dosimetria da pena; 3º para o juiz da execução da pena;
- **Princípio da proporcionalidade:** é um princípio implícito, decorrendo do devido processo legal. A ideia é de que esta noção penal deve ter razoabilidade na aplicação da pena. Deve-se considerar a personalidade do agente e os danos causados por ele, além de verificar as condições da vítima. Esse princípio da proporcionalidade se orienta pela proibição do excesso, bem como pela proibição da proteção deficiente. A proporcionalidade deve ser verificada pelo legislador e pelo magistrado;
- **Princípio da inevitabilidade ou da inderrogabilidade da pena:** significa que se o sujeito cometer o crime, deverá obrigatoriamente cumprir a pena. A depender do caso, é possível aplicação do perdão judicial, hipótese em que não haverá interesse estatal;
- **Princípio da dignidade da pessoa humana:** a dignidade da pessoa humana seria um postulado anterior ao princípio, sobre a qual os princípios são consagrados. A dignidade da pessoa humana não comporta ponderação, razão pela qual não é um direito fundamental, e sim um núcleo duro. Por conta disso, não haverá pena de morte, salvo guerra declarada, não haverá de trabalhos forçados, de caráter perpétuo, de banimento, cruéis etc.;
- **Princípio da vedação do bis in idem:** ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo fato. Não há previsão na CF, mas tem no Estatuto de Roma. Não tem caráter absoluto, pois é possível que o sujeito seja condenado e processado duas vezes pelo mesmo fato no caso de extraterritorialidade incondicionada. O STF já enfrentou um caso em que havia duas sentenças. No caso, o Supremo reconheceu a nulidade da segunda sentença, ainda que fosse mais benéfica, visto que o indivíduo não poderia ser processado e condenado duas vezes pelo mesmo fato.

### 1.6. Penas Proibidas no Brasil

- a) Pena de morte. Segundo o art. 5, XLVII, não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, em que haverá pena de fuzilamento para crimes militares.

Apesar da CF que é vedada a pena de morte, a doutrina traz duas outras exceções:



- **Abate de aeronave:** a lei permite que uma aeronave hostil, que esteja sobrevoando o espaço aéreo brasileiro, e que não obedeça à ordem, hipótese em que poderá ser admitido os disparos contra ela, levando o piloto à morte. Não há previsão na CF esta ressalva, mas jamais foi julgado inconstitucional;
- **Pessoa jurídica com atividades encerradas por violações ambientais:** Alguns ainda se referem à Lei de Crimes Ambientais, quando admite que a pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime ambiental terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

**b) Pena de caráter perpétuo.** A vedação à pena de caráter perpétuo também pode ser vista pelo art. 75 o CP, o qual estabelece que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 anos (a partir da Lei n. 13. .

Atente-se que os 40 anos é de cumprimento da pena, podendo ser condenado a 120 anos. Cabe ressaltar que o cumprimento de 16% da pena de 120 anos permite a progressão de regime, isto é, após o cumprimento de mais de 20 anos, poderá o indivíduo progredir de regime.

- c) Pena de trabalhos forçados.** É vedado a pena de trabalhos que violam a dignidade da pessoa humana. Não é o trabalho do preso, pois isto favorece a dignidade humana.
- d) Pena de banimento.** Banimento é a expulsão do nacional, a qual não é admitida.
- e) Penas cruéis.** Nesse caso, a pena cruel viola da dignidade da pessoa humana. Isto é uma ordem ao Estado. Por essa razão, não pode haver pena de castração, pois seria cruel.

Esta ordem é enviada ao legislador e ao Estado, o qual deverá assegurar condições mínimas para cumprimento da pena.

A pena, na maioria dos presídios do Brasil, viola a vedação à pena de caráter cruel.

## 1.7. Penas Permitidas no Brasil

A CF estabelece no art. 5º, XLVI, que são penas permitidas no Brasil:

- privação ou restrição da liberdade;
- perda de bens;
- multa;
- prestação social alternativa;
- suspensão ou interdição de direitos.

Trata-se de um **rol exemplificativo**. A pena de advertência do art. 28 da Lei n. 11.343-2006 não está prevista na CF.

**a) Privação da liberdade.** Poderá ser de reclusão, detenção ou prisão simples:

- reclusão: deve ser superior a 8 anos. Deve ter regime inicial fechado, semiaberto ou aberto;
- detenção: deve ter regime inicial semiaberto ou aberto. O regime fechado só em caráter de regressão por falta grave.
- Prisão simples: regime inicial semiaberto ou aberto. Não admite regime fechado mesmo em caráter de regressão.

**b) Restritivas de direito.** Essas penas podem ser:

- prestação pecuniária;
- perda de bens e valores;
- limitação de fim de semana;
- prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- interdição temporária de direitos;
- limitação de fim de semana.

**c) Pena de multa.** A pena de multa passou a ser considerada uma dívida de valor.

## 2. APLICAÇÃO DA PENA

**a) Conceito.** Fixação da pena é imputar ou fixar a pena ao condenado.

**b) Sistema trifásico (ou Nelson Hungria).** Segundo o art. 68 do CP, a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 desse Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Este dispositivo consagra o sistema trifásico, também denominado de sistema Nelson Hungria:

- **1ª fase:** circunstâncias judiciais do art. 59 do CP;
- **2ª fase:** agravantes e atenuantes;
- **3ª fase:** causas de diminuição e aumento.

As qualificadoras não são consideradas, pois é a partir dela que se faz a dosimetria da pena.

Primeiro, o juiz calcula a pena privativa de liberdade. Em seguida, com base no art. 33, § 2º do CP, juiz fixa o regime inicial da pena. Verifica a possibilidade de substituição da pena pelo art. 44. Se não for o caso, há possibilidade de suspensão da pena, com base no art. 77.

### I. Primeira Fase: Circunstâncias Judiciais

O art. 59 do CP traz 8 requisitos, em que o juiz deverá analisar:

- culpabilidade;
- antecedentes;
- personalidade do agente;

- conduta social;
- motivos;
- circunstâncias;
- consequências do crime;
- comportamento da vítima.

O CP não diz qual é o critério de aumento que deverá haver para cada uma dessas circunstância. Cabe ao juiz dizer. O juiz está atrelado ao mínimo e ao máximo fixado no preceito secundário do crime. O magistrado parte da pena mínima e vai valorando.

A lei também não diz como deve ser feita a compensação entre as circunstâncias judiciais, razão pela qual a doutrina afirma que deve ser feita uma aplicação analógica do art. 67, que fala que nos casos de circunstâncias atenuante e agravantes, algumas prevalecerão.

Rogério Sanches sustenta que esta aplicação analógica não pode servir de prejuízo para o réu.

Em hipótese alguma pode o magistrado majorar a pena-base sem que haja fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

Segundo o STJ, os elementos inerentes ao próprio tipo penal não podem ser considerados para a exasperação da pena-base. A primeira fase da dosimetria é o momento em que o julgador efetivamente individualiza a pena pelas circunstâncias ali analisadas

Por essa razão também o STF disse que no tráfico de drogas, o juiz não pode aumentar a pena-base sob o argumento de que a venda da droga ocorria dentro da própria casa do condenado, pois não enseja maior reprovabilidade da conduta.

#### • Culpabilidade

Culpabilidade do agente significa a menor ou maior grau de censurabilidade do comportamento. Segundo o STF, para fins de dosimetria da pena, culpabilidade consiste na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. Essa culpabilidade de que trata o art. 59 do CP não tem nada a ver com a culpabilidade como requisito do crime (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato e inexigibilidade de conduta diversa).

O excesso de velocidade não deve ser considerado na aferição da culpabilidade do agente que pratica o delito de homicídio e de lesões corporais culposos na direção de veículo automotor, visto que se mostra inerente ao próprio delito, caracterizando a imprudência, modalidade de violação ao dever objetivo de cuidado, necessário à configuração dos delitos culposos.

Segundo o STJ, o fato de o crime de corrupção passiva ter sido praticado por promotor de justiça no exercício da função poderá servir como circunstância desfavorável, pois há maior reprovabilidade da conduta. Da mesma forma ocorre com relação a essas espécies de crimes cometidos por policiais.

#### • Antecedentes

Antecedente é aquilo que o indivíduo fez antes do crime, não sendo aquilo que ele fez depois do crime.

Por exemplo, no dia 1º de abril, João cometeu um furto. Após, João foi processado. Durante o processo, João cometeu mais de 300 furtos. Não poderão esses 300 furtos serem valorados negativamente.

O STJ editou uma súmula de que inquérito policiais em aberto e ações penais em curso não podem agravar a pena-base, não servindo como antecedentes (S. 400-STJ).

Da mesma forma, atos infracionais não podem servir como maus antecedentes.

Segundo o STJ (Info. 576), atos infracionais não configuram crimes e, por isso, não é possível considerá-los como maus antecedentes nem como reincidência, até porque fatos ocorridos ainda na adolescência estão acobertados por sigilo e estão sujeitos a medidas judiciais exclusivamente voltadas à proteção do jovem.

Condenações definitivas por fatos praticados antes do fato que está sendo julgado podem servir como maus antecedentes. Isto é, se o indivíduo não for reincidente, poderá ser considerado como circunstância judicial desfavorável. Por outro lado, se o indivíduo for reincidente, somente poderá considerá-la uma única vez, ou nas circunstâncias judiciais ou na agravante, sob pena de bis in idem.

Sendo o agente duplamente reincidente, uma reincidência é possível utilizar para fins de agravante e a outra para circunstâncias judiciais.

Segundo o STJ, a condenação por fato anterior ao delito que se julga, mas com trânsito em julgado posterior, pode ser utilizada como circunstância judicial negativa, a título de antecedente criminal.

Após 5 anos do cumprimento de extinção da pena, não poderá mais se considerar como reincidência, mas poderia ser considerado como maus antecedentes. Este é o entendimento de Sanches e do STJ. No entanto, o STF não admite sequer considerar como maus antecedentes, pois haveria uma condenação perpétua (Min. Dias Toffoli).

#### • Conduta social

Conduta social é o modo como o agente se comporta em sociedade, no ambiente familiar, no trabalho, igreja etc.

Com base nessa ideia, é possível falar em testemunhas de beatificação, as quais afirmam a boa conduta do agente.

Segundo o STF, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. Não se admite a "conduta social desfavorável".

O fato de o réu ser usuário de drogas não pode ser considerado, por si só, como má-conduta social.

- **Personalidade do agente**

É o retrato psíquico do delinquente.

Por essa razão, segundo o STJ, isto deve ser aferido objetivamente, ou seja, a simples menção à personalidade do infrator, desprovida de elementos concretos, não se presta à negatização dessa circunstância.

- **Motivos do crime**

É aquilo que levou o indivíduo a praticar o crime.

Não pode valorar negativamente um motivo inerente ao crime, ou quando funcione como qualificadora. Ex.: no furto, a ideia de lucro fácil já é inerente ao crime.

A simples falta de motivos não constitui fundamento idôneo para o incremento da pena-base.

- **Circunstâncias do crime**

É a forma como o crime foi cometido nas circunstâncias de tempo, local, instrumentos etc.

- **Consequências do crime**

É o resultado do delito decorrente daquela infração penal.

- **Comportamento da vítima**

É a análise se a vítima provocou ou não o crime.

Não há compensação de culpas, mas se há uma culpa concorrente, deverá ser valorada em favor do agente.

Se o comportamento da vítima em nada contribuiu para o crime, isso significa que essa circunstância é neutra, de forma que não pode ser utilizada para aumentar a pena imposta ao réu.

## II. Segunda Fase: Agravantes e Atenuantes

Na segunda fase, haverá as agravantes e atenuantes.

São circunstâncias que não integram o tipo penal, mas estão ligadas ao crime.

O CP trata de agravantes e atenuantes, havendo uma preponderância entre algumas,

mas não há fixação de quanto de exasperação vai agravar ou atenuar, ficando a critério do magistrado.

A doutrina e jurisprudência caminha no sentido de que o magistrado deveria valorar em 1/6, mas a jurisprudência majoritária entende que o juiz deverá observar o mínimo e o máximo do preceito secundário.

**a) Preponderância.** De acordo com o art. 67, no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve se aproximar do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes.

As circunstâncias preponderantes são aquelas que resultam:

- dos motivos do crime;

- da personalidade do agente; e,
- da reincidência.

Entre as circunstâncias preponderantes, a própria jurisprudência fixou critérios de prevalência.

- Atenuante que mais prepondera: menoridade (menor de 21 anos) ou a senilidade (maior de 70 anos);
- Segunda que mais prepondera: reincidência;
- Após: agravantes e atenuantes subjetivas;
- Por último: agravantes e atenuantes objetivas;

Na reincidência, o STJ tem feito a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

Em relação às agravantes, é possível perceber que há um rol taxativo, eis que o direito penal não admite analogia *in malam partem*.

As agravantes, geralmente, só vão incidir em crimes dolosos, mas há exceção da reincidência. Ou seja, o indivíduo que fica cometendo crimes culposos reincidentemente deverá sofrer essa agravante.

O art. 385 do CPP estabelece que não é necessário que a denúncia venha descrevendo qual é a agravante ou atenuante. Ainda que não haja essa previsão na denúncia, é possível o magistrado reconhecê-la na sentença.

**b) Agravantes.** Segundo o art. 61, as circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime. São agravantes:

- reincidência;
- cometido o crime por motivo fútil ou torpe;
- cometido o crime para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
- cometido o crime à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;
- cometido o crime com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;
- cometido o crime contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
- cometido o crime com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;
- cometido o crime com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
- cometido o crime contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;
- cometido o crime quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

- cometido o crime em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
- cometido o crime em estado de embriaguez preordenada.

#### • **Reincidência.**

Com relação à reincidência, o art. 63 do CP estabelece que se verifica a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Para ser reincidente, o indivíduo, após ter sofrido uma sentença condenatória transitada em julgado, deverá ter cometido um novo crime.

Essa leitura deve ser analisada com base no art. 7 da LCP (Dec.-Lei 3.688-1941), que diz que há reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

Observe-se que será considerado reincidente:

- se o indivíduo tiver uma sentença transitada em julgada por um crime cometido no Brasil ou no estrangeiro, e ele comete uma contravenção ou crime, será ele reincidente;
- se o indivíduo tiver uma sentença transitada em julgada por uma contravenção cometida no Brasil, e ele comete uma contravenção, será ele reincidente.

Por outro lado, não será considerado reincidente:

- se o indivíduo tiver uma sentença transitada em julgada por uma contravenção cometida no Brasil, e ele comete um crime, não será ele reincidente;
- se o indivíduo tiver uma sentença transitada em julgada por uma contravenção cometida no exterior, e depois ele comete um crime, não será ele reincidente;
- se o indivíduo tiver uma sentença transitada em julgada anterior por crime político, ou por crime militar próprio, e depois comete um crime comum ou um crime militar impróprio, também não será considerado reincidente;

Atente-se que, no caso de crime militar próprio, ele só será considerado reincidente se ele cometer outro crime militar próprio.

Ademais, não há necessidade de homologação da sentença penal estrangeira para que produza efeitos da reincidência no Brasil.

Se houver abolitio criminis ou anistia no delito anterior, o sujeito não é considerado reincidente, pois estas apagam os efeitos penais principais e acessórios, mantendo os efeitos extrapenais.

O Brasil adota o sistema da temporariedade da reincidência, razão pela qual ultrapassado o período

depurado de 5 anos do cumprimento da pena, o sujeito não será mais reincidente.

Se o indivíduo teve a pena suspensa ou teve livramento condicional, com a posterior declaração de extinção da pena, este período será considerado para fins de período depurador.

Ou seja, se o indivíduo ficou 2 anos em livramento condicional, tendo posteriormente a pena sido extinta, passados mais 3 anos, o sujeito já vai ter completado o período depurador de 5 anos, situação em que se houver uma nova infração penal, o indivíduo não será considerado reincidente.

A reincidência pode ser:

- **Reincidência genérica:** é aquela que o sujeito comete um crime e depois comete um crime de outra espécie;
- **Reincidência específica:** o agente comete um crime da mesma espécie, após de ter tido uma sentença penal condenatória por um delito daquela espécie.

Há algumas consequências para o reincidente específico, visto que obsta a concessão de livramento condicional. Ademais, o art. 83, V, diz que fica obstado a concessão de livramento condicional nos crimes hediondos, quando o sujeito é reincidente específico em crimes desta natureza.

É bom explicar que a jurisprudência faz um temperamento em relação à reincidência geral e específica. No caso de crimes hediondos, haverá reincidência específica quando o indivíduo cometeu um crime hediondo seja qual for e após cometeu outro crime hediondo de diferente espécie. Portanto, se o indivíduo cometeu um crime homicídio qualificado e, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o sujeito comete um estupro de vulnerável, ainda assim será considerado reincidente específico.

A prova da reincidência se dá através de certidão cartorária, sendo certo que o STJ admite que se possa comprovar com a folha de antecedentes criminais.

Por fim, a reincidência não pode ser considerada como agravante e Maus Antecedentes, conforme a súmula 241 do STJ. Todavia, caso o sujeito seja duplamente reincidente, poderá uma delas servir como circunstância judicial e a outra como agravante.

#### • **Motivo fútil ou torpe.**

O motivo fútil é o motivo insignificante. Há uma desproporção entre a causa do crime e o crime cometido.

Vingança e ciúmes não serão sempre motivos fúteis, dependendo do caso concreto. Não necessariamente são motivos fúteis, pois quem vinga a morte da filha poderá não ser considerado fútil.

Segundo o STJ, o dolo eventual não é compatível com a agravante do motivo fútil.



A qualificadora do motivo fútil não pode ser aplicada ao agente que participa de racha e causa a morte de terceiro não participante ao colidir com o carro deste, em virtude de direção imprudente (Inf. 583).

- **Crime para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.**

Temos aqui um crime conexo a outro delito.

Há aqui duas hipóteses de conexão:

- Conexão teleológica: crime é cometido para assegurar a execução de outro delito;
- Conexão consequencial: o crime é cometido para assegurar a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime cometido no passado.
- **Crime à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido.**

Aqui, a lei traz hipóteses, finalizando com uma interpretação analógica.

Segundo o STF o dolo eventual é incompatível com a agravante da traição, emboscada ou outro motivo que impossibilite a defesa da vítima.

- **Crime com Emprego de Veneno, Fogo, Explosivo, Tortura ou outro Meio Insidioso ou Cruel, ou de que Podia Resultar Perigo Comum.**

Mais uma vez, a norma traz uma série, terminando com um encerramento genérico. A consequência é a possibilidade de interpretação analógica.

Meio cruel é um crime que causa um sofrimento desnecessário à vítima.

- **Crime contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge.**

O direito penal naquilo que agrava a pena, ou prejudica a agravação do réu, não se admite a analogia. Isso significa que não se pode incluir o companheiro, assim como o parentesco por afinidade. Este parentesco se prova por meio documental.

- **Crime com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica.**

Quando a lei se refere ao abuso de autoridade, não significa que se trata de relações públicas, mas de relações privadas.

É um excesso que ocorre quando se vislumbra quando há uma posição de superioridade no relacionamento com o ofendido. Ex.: tutor e tutelado, em que há um abuso nesta relação.

- **Cometido o crime com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.**

Aqui sim, há relação pública. Nesses casos, há um excesso do exercício de uma relação pública. Com

relação ao cargo, ofício, ministério ou profissão, há um excesso na relação privada.

Nesse caso, há um abuso no exercício da função.

- **Crime contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida.**

Criança, segundo o ECA, é a pessoa com até 12 anos incompletos. A partir dessa idade, torna-se adolescente.

O Estatuto da Pessoa Idosa estabelece que idosa é aquele que tem 60 anos ou mais. No entanto, o CP diz que há agravante incide sobre o maior de 60 anos. Isso significa dizer que se o crime é cometido no dia em que a pessoa completa 60 anos, não poderá incidir essa agravante, pois ela teria 60 anos.

Nesses casos, para incidir a agravante é necessários dois requisitos:

- nexos entre a condição da vítima e o crime praticado: a ideia é que a agravante incida em razão da maior vulnerabilidade da vítima;
- consciência desta situação da vítima: é necessário que o agente saiba dessa condição, sob pena de responsabilidade penal objetiva.
- **Crime quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade.**

A vítima deve estar sob a imediata proteção da autoridade.

Exemplo claro é o caso em que há resgate de preso na delegacia. No entanto, neste caso, só incidiria caso o preso fosse de uma facção e o resgate fosse por uma facção rival, hipótese em que o ofendido estará sob a imediata proteção da autoridade.

Nos resgates de preso na delegacia pela própria facção do preso, não haverá essa agravante, pois a vítima no caso seria o Estado.

- **Crime em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido.**

Aqui, há um maior grau de reprovabilidade de quem se vale de uma situação gramática para cometer crimes.

- **Crime em estado de embriaguez preordenada.**

É a embriaguez feita para cometer o crime. Neste caso, deverá aplicar a teoria da *actio libera in causa*.

- **Agravantes cometidas por duas ou mais pessoas.**

Segundo o art. 62, a pena será ainda agravada em relação ao agente que:

- é o líder da organização, pois promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

- é o caso do autor mediato, pois ele coage ou induz outrem à execução material do crime;
- também é o caso em que o autor mediato instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;
- é o caso do delinquente mercenário em que executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Segundo o STJ, é possível que a pena daquele condenado por homicídio, na condição de mandante, seja agravada em razão de promover ou organizar a cooperação no crime ou dirigir a atividade dos demais agentes, sem que haja bis in idem (Inf. 580, STJ).

Também é possível compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da promessa de recompensa, segundo o STJ (Inf. 577).

**c) Atenuantes.** A regra é que as atenuantes sempre atenuam a pena. Rogério Sanches sustenta que não pode haver exceção.

Há algumas exceções em que as atenuantes não atenuam, e uma delas é o caso em que não incide a atenuante quando a circunstância já constitui ou privilegia o crime, como é o caso do homicídio privilegiado em que a pessoa comete o crime por motivo de relevante valor moral ou social. Nesse caso, o privilégio abrangeria a atenuante, hipótese em que a atenuante já haveria minorar a pena, não devendo ser aplicado. Nesse sentido, é a posição da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Corolário desse entendimento é a faceta do princípio da proporcionalidade em razão do princípio da proibição deficiente.

A outra ideia é de que a incidência de uma circunstância atenuante não pode ficar abaixo do mínimo legal.

A atenuante incide em todos os crimes: doloso, culposo ou preterdoloso.

Portanto, são circunstâncias atenuantes:

- ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;
- desconhecimento da lei;
- ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
- ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
- ter o agente cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de

ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

- ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
- ter o agente cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

- **Menoridade.**

Haverá atenuante se o agente menor for 21 anos na época do fato. A lei diz que o agente é imaturo, devendo ser considerada uma circunstância preponderante.

- **Senilidade.**

Haverá atenuante se o agente for maior de 70 anos, na data da sentença.

A data da sentença é a data de sentença de primeiro grau, salvo se esta for absolutória, hipótese em que, caso haja recurso, o acórdão condenatório será considerado como marco

para se aferir a idade do sujeito.

- **Desconhecimento da lei.**

O desconhecimento da lei é inescusável, motivo pelo qual o sujeito responde, mas há uma atenuante.

Não se confunde com o erro de proibição, em que o sujeito desconhece a ilicitude de sua conduta. Pode o sujeito desconhecer a lei, mas saber que sua conduta é ilícita.

- **Ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral.**

Como dito, incidirá a atenuante, desde que não configure o privilégio.

Relevante valor moral é aquele presente na situação em que se manifesta o interesse individual no caso. O indivíduo que tem ideia de compaixão, como é o caso em que do agente que mata o estupro da filha.

No relevante valor social, o indivíduo age impelido de motivos sociais, como é o caso do indivíduo que mata o estupro das meninas do bairro.

- **Ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano.**

Aqui, há o instituto do arrependimento posterior.

Esta atenuante só vai incidir quando não se mostrar mais benéfica ao réu em outras hipóteses, como é o caso do arrependimento posterior, pois nesse caso reduzirá a pena de 1/3 a 2/3.

Outra hipótese em que não se aplica essa atenuante é para o caso de pagamento de cheque sem fundos antes do recebimento da inicial, situação em que obsta o prosseguimento ou instauração da ação penal, em acordo com a súmula 554 do STJ.

No caso do peculato culposo, se houver a reparação do dano antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, extinguirá a punibilidade. Se for após, a pena será reduzida pela metade.

No caso de pagamento de tributos, haverá a extinção da punibilidade.

Nos crimes de menor potencial ofensivo, a composição civil gera a extinção da punibilidade.

- **Ter o agente cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.**

No caso de coação a que podia resistir ou em cumprimento de ordem de autoridade superior gerará uma agravante para quem deu a ordem e uma atenuante para quem obedeceu.

No caso da influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima, não incidirá quando estivermos num caso de homicídio privilegiado por essa causa, eis que no homicídio privilegiado, o indivíduo estaria sob o domínio de violenta emoção.

- **Ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.**

Trata-se da atenuante da confissão espontânea, sendo aquela não instigada ou induzida por ninguém.

Se a confissão for voluntária, mas não tendo sido espontânea, pois alguém o influenciou, caberá a atenuante inominada pelo art. 66 do CP.

A confissão pode ser:

- Confissão simples: o indivíduo apenas admite a prática do crime. Poderá ser:
  - Total: sujeito afirma que todo o fato.
  - Parcial: sujeito confessa parte do fato. Por exemplo, o furto foi mediante rompimento de obstáculo, mas o indivíduo disse que a porta estava aberta. Confessa o fato, mas não confessa a qualificadora.
- Confissão qualificada: o indivíduo admite a prática do crime, mas levanta a seu favor uma excludente de culpabilidade ou ilicitude.

Para o STF, é plenamente possível aplicar a confissão qualificada quando se valora a confissão como meio de prova. Ex.: na vara de violência doméstica, o homem afirma que bateu na mulher, mas alega que agiu em exercício regular do direito. Se o juiz se vale da confissão do autor como meio de prova, deverá incidir a atenuante, ainda que tenha havido retratação.

Ou seja, se o agente confessa o crime no curso do inquérito, mas se retrata durante a ação penal, a confissão poderá ser usada como atenuante.

Segundo o STJ, a confissão, ainda que parcial, poderá ser considerada para atenuar a pena também.

Todavia, neste caso, trata-se da confissão do fato típico. Ex.: o sujeito cometeu um furto qualificado, mas o indivíduo afirma que cometeu um furto simples, o STJ

entende que se aplica a atenuante. Porém, deve confessar o fato típico!

Por outro lado, caso o indivíduo esteja sendo acusado pelo crime de roubo, mas o indivíduo afirma que não cometeu o roubo, e sim um furto, estará o acusado descaracterizando o fato típico, razão pela qual não haveria a incidência da atenuante.

O STJ, na 3ª Sessão, decidiu que a confissão revela a personalidade do indivíduo, razão

pela qual a Corte Cidadã possui um caráter preponderante, motivo pelo qual é plenamente

possível a compensação com a reincidência, devendo ser compensadas.

Contrariamente, o STF, em 2014, decidiu que a reincidência prepondera sobre a confissão espontânea.

Segundo o STJ a agravante da violência contra a mulher se compensa com a atenuante da confissão espontânea.

- **Ter o agente cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou**

Se o sujeito provocou, haverá incidência da agravante, mas se não o provocou incidirá essa atenuante. Trata-se do crime multitudinário.

- **Circunstância inominada**

Segundo o art. 66, a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

A doutrina traz o exemplo da coculpabilidade, em que a sociedade teria contribuído pela prática de um crime, razão pela qual deveria incidir essa circunstância inominada.

O professor LFG e Antônio Molina discordam da coculpabilidade, devendo aplicar a teoria da vulnerabilidade. Para os professores, atenuar a situação ou agravar a situação do indivíduo dependerá de sua maior ou menor vulnerabilidade. Quem conta com uma alta vulnerabilidade, que são aqueles que estão sujeitos ao direito penal por falta de instrução intelectual ou econômica, estão mais suscetíveis ao crime. Nesses casos, a culpabilidade do indivíduo estaria reduzida, por conta dessa hiper vulnerabilidade, motivo pelo qual a pena deveria ser atenuada pela circunstância inominada. Por outro lado, LFG afirma que o sujeito que tem baixa vulnerabilidade, pois tem condição de pagar advogado, tem família, instrução, educação etc., deverá ter uma culpabilidade maior. Por conta disso, quem tem maior vulnerabilidade deverá ter menor culpabilidade, enquanto o que tem menor vulnerabilidade terá uma maior culpabilidade.

### III. Terceira Fase: Causas de Aumento e de Diminuição da Pena

O ponto de partida é a pena intermediária.

As causas de diminuição e de aumento são denominadas minorantes e majorantes.

Estabelecem o quantum de aumento ou diminuição, podendo levar a pena acima do máximo e abaixo do mínimo previsto em lei.

Não podem ser confundidas com as qualificadoras, pois estas alteram o intervalo da pena.

**a) Concurso (homogêneo) entre causas de aumento.** O concurso entre causas de aumento pode estar previstos na parte geral e causas de aumento na parte especial.

**i. Concurso entre causas de aumento previsto na parte geral.** Sendo causas de aumento prevista na parte geral, por exemplo duas causas, haverá a aplicação das duas causas de aumento. Aqui, deverá ser aplicado o princípio da incidência isolada. Ou seja, no concurso de causas de aumento da parte geral aplica-se as duas, adotando este princípio.

Segundo o princípio da incidência isolada, o aumento recai sobre a pena precedente (intermediária), e não sobre a pena já aumentada.

Por exemplo, João teve sua pena fixada em 4 anos de reclusão. Estão presentes duas causas de aumento, que determinam que a pena seja aumentada de metade. Neste caso, a primeira causa de aumento incide sobre 4 anos, devendo somar mais 2, totalizando 6 anos. Para aplicar a outra causa de aumento, deverá incidir sobre os 4 também, de modo que haverá a soma de mais 2 anos sobre os 4 anos iniciais, somando-se ainda os 2 anos da primeira causa, totalizando 8 anos.

Não se aplica o princípio da incidência cumulativa, a qual permite que as causas de aumento de pena incidem sobre as causas já aumentadas, sendo isto desfavorável ao réu.

**ii. Concurso entre causas de aumento previsto na parte especial.** No caso de concurso previsto na parte especial, o CP, no art. 68, parágrafo único, estabelece que no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Portanto, não há necessidade de o juiz considerar as duas causas de aumento, podendo considerar apenas uma delas, desde que seja a que mais aumente.

Havendo concurso entre as causas de aumento da parte geral com a da parte especial,

haverá a incidência das duas, aplicando o princípio da incidência isolada.

**b) Concurso (homogêneo) entre causas de diminuição.** A regra é a mesma, mas o princípio é diferente.

Todavia, no caso de concurso entre causas de diminuição, deverá ser aplicado o princípio da incidência

cumulativa. Ou seja, se aplicar uma causa de diminuição de pena, deverá incidir a outra causa de diminuição sobre o resultado da aplicação anterior.

É a pena já diminuída que passa a ser paradigma para o cálculo da próxima causa de diminuição da pena.

Exemplo: João foi condenado a 4 anos de reclusão, presentes duas causas de diminuição. Cada uma delas reduz a pena da metade: uma na parte geral e outra na especial. Se for utilizado do princípio da incidência cumulativa, a causa de diminuição reduzirá a pena de João a 2 anos. Posteriormente, esta pena deverá ser reduzida por metade, por conta da outra minorante. Sendo assim, João será condenado a 1 ano.

**i. Concurso entre causas de diminuição previsto na parte geral.** Isso porque se houver duas causas de diminuição previstas na parte geral, aplica-se os dois.

**ii. Concurso entre causas de diminuição previsto na parte especial.** Havendo concurso entre duas causas de diminuição previsto na parte especial, deverá aplicar apenas uma causa de diminuição, desde que seja a que mais diminua.

**iii. Concurso entre causas de diminuição previsto na parte geral e na parte especial.** Havendo concurso entre causas de diminuição previsto na parte geral e na parte especial, aplica-se as duas.

**c) Concurso entre causas de aumento e de diminuição.** No caso de concurso entre causas de aumento e de diminuição, deverá ser aplicado as duas, formando um concurso heterogêneo.

Nesse caso, haverá a aplicação das duas causas com base no princípio da incidência cumulativa.

Ao chegar na pena definitiva, o juiz vai desconsiderar as frações de dias.

#### IV. Regime Inicial de Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade

O juiz, ao prolatar a sentença condenatória, deverá fixar o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade. A isso se dá o nome de fixação do regime inicial. Os critérios para essa fixação estão previstos no art. 33 do Código Penal.

O juiz, quando vai fixar o regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade, deve observar quatro fatores:

- o tipo de pena aplicada: se reclusão ou detenção;
  - o quantum da pena definitiva;
  - se o condenado é reincidente ou não;
  - as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP).

São regimes iniciais de cumprimento da pena:

- regime fechado;



- regime semiaberto;
- regime aberto.

**a) Regime fechado.** No regime fechado, a pena deve ser cumprida em penitenciária, devendo ser alojado em uma cela individual, com tamanho mínimo de 6m<sup>2</sup>, com sanitário, salubre, aerada, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório (arts. 87 e 88 da LEP).

O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena em regime fechado, a exame criminológico.

Este exame é importante para individualização da pena, passando a considerar as características daquele sujeito. Trata-se da aplicação desse princípio na fase de execução.

O preso fica sujeito a trabalho durante o dia e a isolamento durante o repouso noturno. O trabalho dentro do estabelecimento prisional é um direito e um dever ao mesmo tempo. Trata-se de um direito, pois a cada 3 dias de trabalho abate 1 dia de pena, denominado remição da pena.

O período de atividade laboral do apenado que exceder o limite máximo da jornada de trabalho (8 horas) deve ser contado para fins de remição, computando-se 1 dia de trabalho a cada 6 horas extras realizadas.

O trabalho em regime fechado em regra ocorre dentro do estabelecimento prisional. Todavia, o trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas, desde que haja autorização do juiz ou do diretor do estabelecimento.

O condenado, para ter direito a trabalho externo, além de ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, e do cumprimento mínimo de 1/6 da pena. Este trabalho externo é quase inócuo nesta fase, pois, via de regra, o sujeito progride com o cumprimento de 1/6 da pena, de modo que não haveria como trabalhar externamente no regime fechado nesses casos, salvo se cometeu crime hediondo, eis que o cumprimento exige uma fração maior.

Sobre o trabalho de reeducando, o preso não está submetido às regras da CLT, mas deverá ser remunerado. Apesar de não estar regulado pela CLT, tem a garantia da previdência social.

Admite-se a remição pelo estudo. A jurisprudência admite a remição inclusive pela leitura.

A súmula 241 do STJ diz que a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto.

Esta é a previsão da súmula, mas em 2010 a Lei n. 12.245/10 alterou a redação do art. 83 da LEP, a fim de autorizar a instalação de salas de aulas nos presídios.

A Lei n. 12.443 é expressa em dizer que é possível a remição inclusive nos 3 regimes (fechado, aberto e

semiaberto) e no livramento condicional se o sujeito está estudando. A cada 12 horas de frequência no curso, dividido em pelo menos 3 dias, dá direito à remição de 1 dia de pena.

O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 caso o condenado consiga concluir o ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena.

A remição pelo estudo pressupõe a frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, independentemente da sua conclusão ou do aproveitamento satisfatório.

É ainda possível que seja cumulado o estudo com o trabalho. O curso pode se dar de forma presencial ou à distância, desde que haja certificado.

Segundo o STJ, não há remição da pena na hipótese em que o condenado deixa de trabalhar ou estudar em virtude da omissão do Estado em fornecer tais atividades.

O STJ admite a remição da pena por meio da leitura. A dúvida é como avaliar esta remição.

A decisão que reconhece a remição da pena, em virtude de dias trabalhados, não faz coisa julgada nem constitui direito adquirido.

O ECA garante a convivência da criança ou do adolescente com o pai ou a mãe com a sua liberdade privada. Este acesso se dá por meio de visitas, as quais não dependem de autorização judicial.

**b) Regime semiaberto.** A pena será cumprida, no regime semiaberto, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, podendo o apenado ser alojado em compartimento coletivo.

Lembre-se que no regime fechado o indivíduo fica em cela individual, enquanto no regime semiaberto é possível alojamento coletivo. Isso porque é o início da preparação do indivíduo ao seu retorno à vida em sociedade.

O trabalho é admissível dentro do presídio durante o período diurno. O trabalho externo também é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Este trabalho poderá ser em obras e serviços públicos, mas também para a iniciativa privada.

No caso da iniciativa privada, a jurisprudência exige prévia autorização judicial.

Admite-se a frequência a cursos fora do estabelecimento, podendo ser profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior, valendo como remição da pena.

Recentemente, o STF decidiu que, se a pena-base foi fixada no mínimo legal (circunstâncias judiciais favoráveis), o juiz deverá estabelecer o regime inicial semiaberto para o condenado a pena superior a 4 e que não exceda a 8 anos. Aplica-se ao caso a Súmula 440 do STJ: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o

estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

**c) Regime aberto.** No caso do regime aberto, a ideia é começar a trabalhar com o sujeito, considerando a sua aptidão ao retorno da vida social.

Cabe ressaltar que não há remição pelo trabalho no regime aberto, pois trabalhar é condição necessária para que o apenado possa estar nesse regime.

O condenado vai sair do estabelecimento durante o dia, frequentando cursos ou exercer algum trabalho. Durante a noite, o indivíduo volta para se recolher na casa de albergado.

Tanto no período noturno como nos dias de folga o indivíduo fica na casa de albergado. Essa casa de albergado é um imóvel sem grades, não existindo obstáculos físicos à fuga.

A casa de albergado normalmente não há vagas ou não há o próprio local. Nesses casos, a lei permite que o sujeito cumpra pena em estabelecimento adequado, conforme as condições pessoais do reeducando.

Também é possível que, na falta da casa de albergado, o sujeito cumpra pena em prisão domiciliar.

Este é inclusive o teor da súmula vinculante 56, que diz que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

Nos termos deste RE 641.320/RS:

- A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso;
- Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”, do CP);
- Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se:
  - a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas;
  - a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas;
  - o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto;

Segundo a súmula 493 do STJ, é inadmissível a fixação de pena substitutiva (artigo 44 do CP) como condição especial ao regime aberto.

A prisão domiciliar é uma espécie do gênero de regime aberto.

A prisão domiciliar é cabível quando:

- não há estabelecimento adequado ou casa de albergado;
- o reeducando é maior de 70 anos;
- o reeducando é portador de doença grave;
- o reeducando tem filho deficiente que precisa efetivamente de sua atenção;
- a reeducanda ser gestante.

## V. Espécies de Pena Privativa de Liberdade

**a) Pena de reclusão.** Basicamente, a pena de reclusão permite que ela seja cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto.

Em relação a esta pena, o CP diz que:

- Pena – superior a 8 anos, o regime inicial será o fechado, independente se o sujeito for primário ou reincidente.
- Pena – superior a 4 anos e não superior a 8 anos, o regime inicial será semiaberto, desde que o sujeito seja primário.
- Pena – não é superior a 4 anos de reclusão, o regime inicial será aberto, desde que seja primário.
- sendo reincidente, se a pena for maior que 4 anos e até 8 anos, o regime inicial será fechado.
- sendo reincidente, se a pena for de até 4 anos, não há previsão legal, e sim a Súmula 269.

Todavia, o STJ editou a súmula 269, estabelecendo que é admissível a adoção do regime semiaberto para o condenado a pena igual ou inferior a 4 anos, desde que sejam favoráveis as circunstâncias judiciais.

A opinião do julgador sobre a gravidade abstrata do crime não é motivação idônea para fixação de regime de cumprimento mais gravoso do que aquele previsto em lei. O regime de cumprimento de pena mais severo exige motivação idônea, que é a gravidade em concreto do delito. É o teor das súmulas 718 e 719 do STF.

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, conforme a súmula 231 do STJ.

O art. 59, que trata das circunstâncias judiciais, é um critério que orienta a fixação de regime, razão pela qual é possível fixar um regime mais gravoso do que o previsto em lei. Isto é, se a pena-base é fixada acima do mínimo legal em virtude de as circunstâncias judiciais da primeira fase de dosimetria da pena serem desfavoráveis, é possível que o juiz fixe regime inicial mais gravoso do que o abstratamente previsto de acordo com a quantidade de pena aplicada (Inf. 775, STF).

**b) Pena de detenção.** A pena de detenção é o regime semiaberto ou aberto. Não exige regime inicialmente fechado, ainda que o sujeito seja reincidente.

Mas é possível a aplicação de regime fechado ao condenado a pena de detenção, desde que haja

regressão de regime, por descumprimento das regras da execução.

**c) Pena de prisão simples.** São penas cominadas às contravenções penais. Pode ser em regime aberto ou semiaberto, mas não se admite o regime fechado, ainda que se trate de regressão.

**d) Regime especial para cumprimento de pena de prisão pela mulher.** É necessário fazer

uma leitura do art. 37 do CP com o art. 5º da CF.

Segundo o dispositivo penal, as mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo. O art. 5º, LXVIII, diz que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com o sexo do apenado.

O inciso L do art. 5º diz que às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

A ideia é, mais do que proteger a mulher, proteger a criança.

## VI. Fixação do Regime Inicial de Cumprimento de Pena e Detração

Detração é o cômputo do tempo de prisão provisória cumprida antes do trânsito em julgado no tempo definitivamente fixado na sentença.

Poderá ser computado não só a prisão provisória, como também a prisão administrativa, a internação, no Brasil ou no estrangeiro.

A Lei n. 12.736/12 alterou o art. 387, §2º, do CPP que passou a ter a seguinte redação: O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

O juiz sentenciante é quem fixa o regime inicial, devendo considerar o tempo da prisão provisória.

Só é capaz de permitir um regime prisional menos gravoso do que aquele que caberia de acordo com a pena antes cômputo da detração, se:

- coincidir o requisito temporal para a progressão (cumprimento de 1/6)
- é necessário considerar outros requisitos subjetivos, como é o caso em que crimes contra a administração pública exige a reparação do dano para a progressão de regime.

Exemplo: João, primário, foi condenado a 9 anos de reclusão. João tem o seu regime fechado fixado. Todavia, ele já está preso há 1 ano e 1 mês. Quando é feita a detração, João terá de

cumprir ainda 7 anos e 11 meses. Se pegarmos apenas 7 anos e 11 meses, o regime inicial

cabível seria o semiaberto.

**Com base nisso, seria possível, ao fixar o regime aberto, descontar o período já cumprido provisoriamente para fixar regime menos gravoso, professora?**

NÃO. Isso porque quem foi condenado a 9 anos, deverá cumprir 1/6 para progredir. Ou seja, o indivíduo deverá cumprir ao menos 1 ano e 6 meses por não ter cumprido esse tempo de 16% da pena, somente após esse prazo é que poderá progredir. Por conta disso, o regime de João continuará sendo o regime fechado.

Por outro lado, caso João tivesse cumprido 1 ano e 7 meses, por exemplo, o juiz deverá fixar a pena, ao invés de 9 anos, em 7 anos e 5 meses, hipótese em que o regime inicial será o semiaberto, desde que presentes as condições necessárias para tanto.

## VII. Penas e medidas Alternativas À Prisão

**a) Penas restritivas de direito.** A finalidade é impedir que alguém tenha sido submetida a pena privativa de liberdade seja realmente por ela submetida, visto que a pena restritiva é mais eficaz e menos gravosa.

Essa pena alternativa é um direito público subjetivo do réu, isto é, se ele cumprir as exigências legais, o magistrado é obrigado a promover a substituição da pena privativa.

**i. Espécies de penas restritivas de direito.** São espécies de penas restritivas de direito:

- prestação pecuniária
- perda de bens e valores;
- limitação de fim de semana;
- prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- interdição temporária de direitos;
- limitação de fim de semana.
- **Prestação pecuniária**

Prestação pecuniária é a prestação em dinheiro para a vítima, seus dependentes ou entidade pública. É importante ser fixada pelo juiz, com valor mínimo de 1 salário-mínimo e máximo de 360 salários-mínimos.

Se em uma ação de reparação na esfera cível a vítima já tiver recebido algo a título de prestação pecuniária, esta indenização será compensada. Caso os beneficiários não sejam

coincidentes, não haverá dedução.

O art. 45, §2, diz que se o beneficiário concordar, a prestação pecuniária poderia consistir em prestação de outra natureza.

Sanches faz uma crítica, pois dá uma abertura de segurança jurídica e legalidade, eis que a outra parte estaria dizendo qual seria a pena.