

2 DA APLICAÇÃO DA PENA (CAP. III)

O Código Penal, em seu art. 68, consagrou o critério trifásico para a fixação da pena, adotando a teoria defendida por Nelson Hungria. Assim, a pena-base será fixada atendendo-se aos critérios do art. 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais); em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes genéricas; por último, as causas de diminuição e de aumento de pena.

As qualificadoras não entram nas fases de fixação da pena, pois, com o reconhecimento de uma qualificadora, altera-se a própria pena em abstrato, partindo o juiz, já de início, de outros patamares. Assim, se o juiz reconhece um furto simples, iniciará a 1ª fase de fixação da pena tendo por base os limites desta previstos no art. 155, *caput*, do Código Penal, ou seja, reclusão, de 1 a 4 anos, e multa. Com o reconhecimento de uma qualificadora, o juiz iniciará a 1ª fase tendo em mente a pena de reclusão, de 2 a 8 anos, e multa, previstas no art. 155, § 4º, do Código Penal.

2.1. APLICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (1ª FASE)

O juiz, ao julgar procedente a ação penal, deve fixar a pena, passando pelas três fases descritas no art. 68 do Código Penal.

Na 1ª fase, deverão ser consideradas as circunstâncias do art. 59, chamadas de circunstâncias judiciais ou inominadas, uma vez que não são elencadas taxativamente na lei, constituindo apenas um parâmetro para o magistrado, que, diante das características do caso concreto, deverá aplicá-las.

O art. 59 menciona as seguintes circunstâncias:

- a) Culpabilidade. Refere-se ao grau de reprovabilidade da conduta, de acordo com as condições pessoais do agente e das características do crime.

- b) Antecedentes. São os fatos bons ou maus da vida pregressa do autor do crime. Adiante estudaremos que a reincidência constitui agravante genérica, aplicada na 2ª fase da fixação da pena. Ocorre que a reincidência deixa de gerar efeitos após 5 anos do término do cumprimento da pena, passando tal condenação a ser considerada apenas para fim de reconhecimento de maus antecedentes. A Súmula 444 do STJ dispõe que “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Do mesmo modo, por lógica, também não podem ser considerados maus antecedentes os inquéritos já arquivados e ações penais nas quais o réu tenha sido absolvido.
- c) Conduta social. Refere-se ao comportamento do agente em relação às suas atividades profissionais, relacionamento familiar e social etc. Na prática, as autoridades limitam-se a elaborar um questionário, respondido pelo próprio acusado, no qual este informa detalhes acerca de sua vida social, familiar e profissional. Tal questionário, entretanto, é de pouca valia.
- d) Personalidade. O juiz deve analisar o temperamento e o caráter do acusado, levando ainda em conta a sua periculosidade. Personalidade, portanto, é a índole do sujeito, seu perfil psicológico e moral.
- e) Motivos do crime. São os precedentes psicológicos do crime, ou seja, os fatores que o desencadearam, que levaram o agente a cometê-lo. Se o motivo do crime constituir qualificadora, causa de aumento ou diminuição de pena ou, ainda, agravante ou atenuante genérica, não poderá ser considerado como circunstância judicial, para evitar o *bis in idem* (dupla exasperação pela mesma circunstância).
- f) Circunstâncias do crime. Refere-se à maior ou menor gravidade do delito em razão do *modus operandi* no que diz respeito aos instrumentos do crime, tempo de sua duração, forma de abordagem, objeto material, local da infração etc. Ex.: não se pode apenar igualmente o assaltante que comete o roubo de um relógio por ação delituosa com duração inferior a 10 segundos e o que o comete no interior de residência, com vários comparsas, mantendo os moradores por diversas horas na mira de suas armas enquanto

recolhem os bens que serão subtraídos. É evidente que no último caso a pena-base deve ser fixada em patamar bem mais elevado.

- g) Consequências do crime. Referem-se à maior ou menor intensidade da lesão produzida no bem jurídico em decorrência da infração penal. Exs.: no crime de lesões corporais culposas, a gravidade destas não altera a tipificação do crime, que se amolda sempre ao art. 129, § 6º, do Código Penal. Tal gravidade será, entretanto, considerada na fixação da pena-base, pois, quão mais graves as lesões, maiores as consequências do delito; no crime de extorsão mediante sequestro (art. 159), o pagamento do resgate é mero exaurimento, pois o crime já se havia consumado com a privação da liberdade da vítima. Acontece, porém, que a pena-base deve ser fixada em patamar mais elevado na hipótese em que os familiares da vítima efetivamente pagaram o resgate, pois, nesse caso, o crime se reveste de maior gravidade por terem sido efetivamente atingidos dois bens jurídicos (liberdade individual e patrimônio).
- h) Comportamento da vítima. Se fica demonstrado que o comportamento anterior da vítima de alguma forma estimulou a prática do crime ou, de alguma outra maneira, influenciou negativamente o agente, a sua pena deverá ser abrandada.

Essas circunstâncias descritas no art. 59 do Código Penal, além de servirem de fundamento para que o juiz possa fixar a pena-base, são também relevantes em outros aspectos. Assim, nos termos dos incisos I, III e IV desse artigo, deverão também ser consideradas para que o juiz escolha a pena aplicável dentre as cominadas (privativa de liberdade ou multa, p. ex.), para que fixe o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e para que avalie a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena nas hipóteses legais.

Além disso, os arts. 77, II, do Código Penal e 89 da Lei n. 9.099/95 estabelecem, respectivamente, que o *sursis* e a suspensão condicional do processo só serão aplicados quando as circunstâncias do art. 59 autorizarem a concessão do benefício, ou seja, quando forem favoráveis ao acusado.

Veja-se, por fim, que o art. 59, II, do Código Penal deixa claro que, nessa 1ª fase, o juiz jamais poderá sair dos limites legais previstos

em abstrato para a infração penal, ou seja, a pena não pode ser fixada acima do máximo ou abaixo do mínimo legal.

2.2. APLICAÇÃO DAS AGRAVANTES E ATENUANTES GENÉRICAS (2ª FASE)

Fixada a pena-base com fundamento nas circunstâncias judiciais do art. 59, deve o juiz passar para a 2ª fase, qual seja, a aplicação de eventuais agravantes ou atenuantes genéricas. As agravantes estão descritas nos arts. 61 e 62 do Código Penal, enquanto as atenuantes estão contidas nos arts. 65 e 66. O montante do aumento referente ao reconhecimento de agravante ou atenuante genérica fica a critério do juiz, não havendo, portanto, um índice preestabelecido. Na prática, o critério mais usual é aquele no qual o magistrado aumenta a pena em 1/6 para cada agravante reconhecida na sentença. Da mesma forma que ocorre com as circunstâncias do art. 59, não pode o juiz, ao reconhecer agravante ou atenuante genérica, fixar a pena acima ou abaixo do mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

2.2.1. AGRAVANTES GENÉRICAS EM ESPÉCIE

O art. 61 do Código Penal reza que são circunstâncias que sempre agravam a pena (quando não constituem elementar ou qualificadora do crime):

inciso I) A reincidência. Nos termos do art. 63 do Código Penal, considera-se reincidente aquele que comete novo crime depois do trânsito em julgado de sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Não se pode esquecer, entretanto, da regra descrita no art. 7º da Lei das Contravenções Penais que, ao complementar o conceito de reincidência, estabeleceu verificar-se esta 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

Assim, pela legislação vigente, resultante da combinação dos dois dispositivos, temos as seguintes situações:

CONDENAÇÃO	NOVA INFRAÇÃO	ARTIGO
Contravenção praticada no Brasil	Contravenção	REINCIDENTE (art. 7º)
Contravenção praticada no exterior	Contravenção	NÃO REINCIDENTE (o art. 7º é omissis)
Contravenção	Crime	NÃO REINCIDENTE (o art. 63 é omissis)
Crime praticado no Brasil ou no exterior	Crime	REINCIDENTE (art. 63)
Crime praticado no Brasil ou no exterior	Contravenção	REINCIDENTE (art. 7º)

Além disso, não se deve esquecer o teor do art. 64, I, do estatuto penal, que prevê que a condenação anterior não prevalecerá, para fim de reincidência, após o decurso de 5 anos a partir da data do cumprimento da pena, computando-se nesse prazo, se for o caso, o período de prova do *sursis* ou do livramento condicional, se não tiver ocorrido revogação do benefício. Assim, se o agente foi condenado e o juiz concedeu o *sursis*, o prazo de 5 anos será contado a partir do início do período de prova, desde que o benefício não tenha sido revogado. Da mesma forma, se o condenado já havia cumprido parte da pena e obteve o livramento condicional, os efeitos da reincidência cessam após 5 anos, a contar da data em que ele obteve a liberdade, desde que não tenha sido revogado o benefício. Em ambas as hipóteses, havendo revogação do benefício, o prazo de 5 anos será contado da data em que o agente terminar de cumprir a pena.

Para fim de reconhecimento de reincidência não se consideram os crimes militares próprios e políticos (art. 64, II). Crimes militares próprios são aqueles descritos no Código Penal Militar, que não encontram descrição semelhante na legislação comum (deserção, insubordinação etc.).

O fato de o agente ter sido condenado por um crime apenas à pena de multa não exclui a reincidência. O condenado poderá, entretanto, obter o *sursis* (art. 77, § 1º).

A reincidência se prova mediante certidão judicial da sentença condenatória transitada em julgado.

Além de agravar a pena, o reconhecimento da reincidência tem também outros efeitos:

- a) impede a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (art. 44, II) ou por multa (art. 44, § 2º);
- b) impede a concessão de *sursis*, caso se refira a reincidência por crime doloso (art. 77, I);
- c) aumenta o prazo de cumprimento da pena para a obtenção do livramento condicional (art. 83, II);
- d) impede a concessão do livramento condicional quando se trata de reincidência específica em crimes hediondos, terrorismo e tortura (art. 83, V). O art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Tóxicos) tem regra no mesmo sentido em relação ao crime de tráfico de drogas descrito no art. 33, *caput*, da mesma lei;
- e) constitui causa obrigatória de revogação do *sursis*, caso a condenação seja por crime doloso (art. 81, I), e causa facultativa, na hipótese de condenação por crime culposo ou contravenção a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos (art. 81, § 1º), por outra infração praticada durante o período de prova;
- f) constitui causa obrigatória de revogação do livramento condicional se o agente vem a ser condenado a pena privativa de liberdade por crime cometido durante o período de prova (art. 86, I);
- g) interrompe a prescrição da pretensão executória (art. 117, VI);
- h) aumenta em 1/3 o prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110);
- i) revoga a reabilitação quando o agente for condenado a pena que não seja de multa (art. 95);
- j) impede o reconhecimento do privilégio nos crimes de furto, apropriação indébita, estelionato e receptação (arts. 155, § 2º, 170, 171, § 1º, e 180, § 5º);
- k) obriga o condenado a iniciar o cumprimento da pena em regime mais gravoso (art. 33, § 2º);

- l) impossibilita a transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 76, § 2º, I, da Lei n. 9.099/95);
- m) impede a suspensão condicional do processo (art. 89, *caput*, da Lei n. 9.099/95);
- n) faz com que a progressão de pena nos crimes hediondos, de tráfico de drogas, de terrorismo e de tortura ocorra somente após o cumprimento de 3/5 da pena. No entanto, se o réu fosse primário, tal progressão poderia se dar com o cumprimento de apenas 2/5 da reprimenda (art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90);
- o) faz com que o condenado por tráfico de drogas não tenha direito à redução da pena de 1/6 a 2/3, ainda que não se dedique regularmente ao tráfico e não integre associação criminosa (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

Veja-se, por fim, que o art. 120 do Código Penal determina que a sentença que concede o perdão judicial não induz à reincidência, ou seja, se, após a concessão do perdão, o agente comete novo crime, será considerado primário.

Nos termos da Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça, “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

Essa súmula evidentemente estabelece que uma mesma condenação, se reconhecida como agravante, não poderá ser utilizada também como circunstância judicial, pois tal atitude caracterizaria *bis in idem*. É claro, todavia, que é possível que uma condenação já atingida pelo prazo depurador de 5 anos (art. 64, I, do CP) seja considerada como Maus antecedentes na 1ª fase da fixação da pena e, em seguida, outra condenação seja considerada para o reconhecimento da reincidência, agora na 2ª fase da aplicação da reprimenda.

Há quem sustente, por fim, que o instituto da reincidência é inconstitucional porque a pena de um novo crime é agravada em razão de um crime anterior em relação ao qual o sujeito já cumpriu pena (ou deveria tê-la cumprido). Alegam, portanto, que a agravação constituiria *bis in idem*. Argumentam, basicamente, que, se o réu já foi condenado a um ano de reclusão por um furto, caso o juiz lhe aumente a pena agora que cometeu um homicídio, o novo aumento tem como razão de existir o mesmo furto anterior pelo qual ele já foi

condenado. A realidade, todavia, é que o réu é condenado por ter cometido uma nova infração penal e, em relação a esta, seu comportamento é mais grave por ser pessoa já condenada, o que demonstra sua maior periculosidade em relação à coletividade, a merecer reprimenda mais severa. O instituto da reincidência, em verdade, atende ao reclamo constitucional que exige a individualização da pena. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça há tempos têm rechaçado a tese de inconstitucionalidade da reincidência. Em 2013 o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu em definitivo que não existe qualquer inconstitucionalidade no instituto da reincidência como causa de agravação da pena: “*Habeas corpus*. Roubo. Condenação. 2. Pedido de afastamento da reincidência, ao argumento de inconstitucionalidade. *Bis in idem*. 3. Reconhecida a constitucionalidade da reincidência como agravante da pena (RE 453.000/RS). 4. O aumento pela reincidência está de acordo com o princípio da individualização da pena. Maior reprovabilidade ao agente que reitera na prática delitiva. 5. Ordem denegada” (HC 93.815, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 4/4/2013, acórdão eletrônico DJe-083, divulg. 3-5-2013, public. 6-5-2013).

Inciso II) Ter o agente cometido o crime:

a) Por motivo fútil ou torpe. Fútil é o motivo insignificante, de pouca importância, ou seja, há grande desproporção entre o crime e a causa que o originou. A jurisprudência tem entendido que a ausência de prova quanto ao motivo não permite o reconhecimento dessa agravante. O ciúme não é considerado motivo fútil. Já a embriaguez em estágio avançado impossibilita o reconhecimento deste pela perturbação que provoca na mente humana.

Torpe é o motivo repugnante, vil, que demonstra depravação moral por parte do agente. Ex.: egoísmo, maldade etc. A vingança somente pode ser considerada torpe se originada por motivo dessa natureza.

b) Para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime. Nessas agravantes, existe conexão entre os dois crimes (vínculo processual que determina a união de processos). A conexão pode ser teleológica, quando um crime é cometido para facilitar ou assegurar a execução de outro crime

(posterior ao primeiro), ou consequencial, quando um crime é praticado para garantir a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime (anterior).

- c) À traição, emboscada, dissimulação ou qualquer outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido. Nesse dispositivo, o legislador enumera agravantes genéricas referentes ao modo de execução.

Na traição, o agente aproveita-se da confiança que a vítima nele deposita para cometer o crime. Ocorre, portanto, uma deslealdade.

Emboscada (tocaia) ocorre quando o agente aguarda escondido a passagem da vítima por determinado local para contra ela cometer o ilícito penal.

Dissimulação é a utilização de artifícios para se aproximar da vítima (falsa prova de amizade, uso de disfarces etc.).

Por fim, o legislador refere-se genericamente a qualquer outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima, por exemplo, a surpresa.

- d) Com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum. São todas as agravantes referentes ao meio empregado.

Algumas hipóteses dispensam comentários por ser evidente o significado (veneno, fogo, explosivo).

Na tortura e no meio cruel, o agente inflige um grave sofrimento físico ou psicológica à vítima.

Meio insidioso é o uso de fraude ou armadilha para que o crime seja cometido de tal forma que a vítima não perceba que está sendo atingida.

Perigo comum é aquele resultante de conduta que expõe a risco a vida ou o patrimônio de número indeterminado de pessoas.

- e) Contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge. A necessidade do aumento surge em razão da insensibilidade moral do agente que pratica crime contra alguns dos parentes enumerados na lei. Abrange qualquer forma de parentesco (legítimo ou ilegítimo, consanguíneo ou civil). A agravante não se aplica nos crimes em que o parentesco seja elementar, qualificadora ou causa de aumento de pena, como no infanticídio, nos crimes contra a dignidade

sexual etc. O aumento não pode ser aplicado no caso de crime praticado contra companheiro, já que a enumeração legal é taxativa e não pode ser interpretada em desfavor do réu.

- f) 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. A *ratio* do aumento é a quebra da confiança que a vítima depositava no agente.

O abuso de autoridade se refere às relações privadas e não públicas para as quais existe lei especial.

Relações domésticas são aquelas criadas com os integrantes de uma família, podendo ser parentes, fora das hipóteses da alínea anterior (primos, tios), ou não. Exemplos: crime cometido pelo patrão contra a babá; ou pela babá contra a criança; pela empregada doméstica contra os patrões etc.

Relação de coabitação indica que autor e vítima moram sob o mesmo teto, com ânimo definitivo, enquanto relação de hospitalidade ocorre quando a vítima recebe alguém em sua casa para visita ou para permanência por certo período e este se aproveita da situação para cometer o crime contra ela.

A questão da violência doméstica contra a mulher foi inserida pela Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, e a agravante genérica só pode ter incidência caso não se trate de crime de lesão corporal, pois, em relação a este, foram criadas qualificadoras e causas de aumento de pena nos §§ 9º e 10 do art. 129, justamente para casos de violência doméstica. O dispositivo, contudo, pode ser aplicado a crimes como ameaça ou constrangimento ilegal, mas sua criação pela Lei n. 11.340/2006 era desnecessária, pois a violência contra cônjuge, ascendente ou descendente já era tratada na alínea anterior.

- g) Com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão. Nas primeiras hipóteses, o crime deve ter sido praticado por funcionário que exerce cargo ou ofício público e que, ao cometer o delito, desrespeitou os deveres inerentes às suas funções (tal dispositivo não se aplica quando ocorrer crime de abuso de autoridade previsto na Lei n. 4.898/65).

Ministério se refere a atividades religiosas.

A palavra profissão, por sua vez, abrange qualquer atividade exercida por alguém como meio de vida.

- h) Contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida. Essas pessoas são mais vulneráveis, por possuir maior dificuldade de defesa em razão de suas condições físicas. Criança é a pessoa com menos de 12 anos, conforme dispõe o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). A referência às vítimas com mais de 60 anos decorre de alteração feita na lei pelo Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), pois anteriormente o Código se referia a crime contra velho. Enferma é a pessoa que, em razão de doença, tem reduzida a sua capacidade de defesa. A agravante genérica referente ao estado de gravidez não se aplica ao crime de aborto por constituir o fato elementar desse crime.
- i) Quando o ofendido estava na imediata proteção da autoridade. O aumento é devido ante o desrespeito à autoridade e a maior audácia do agente.
- j) Em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública ou de desgraça particular do ofendido. É evidente a necessidade de exacerbação da pena do agente insensível, que se aproveita das facilidades decorrentes de um momento de desgraça coletiva ou particular para cometer o delito.
- k) Em estado de embriaguez preordenada. Hipótese em que o agente se embriaga justamente para afastar seus freios naturais e, assim, conseguir praticar o ilícito penal.

As agravantes genéricas do inciso II somente se aplicam aos crimes dolosos.

2.2.2. AGRAVANTES NO CASO DE CONCURSO DE PESSOAS

O art. 62 do Código Penal traz um rol de agravantes aplicáveis apenas às hipóteses de concurso de agentes. Assim, será agravada a pena de quem:

inciso I) Promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes. Nesse dispositivo, a lei pune o indivíduo que promove a união dos agentes ou que atua como líder do grupo. O aumento incide também sobre o mentor intelectual do crime, ainda que não tenha estado no local da prática do delito.

inciso II) Coage ou induz outrem à execução material do crime. Nessa hipótese, o agente emprega violência ou grave ameaça, ou, ainda, seu poder de insinuação, para levar alguém à prática direta do crime.

Nessas situações, a agravante genérica incidirá apenas para o partícipe (pessoa que coagiu ou induziu), que, assim, terá pena mais elevada que a do autor direto do crime. No caso de coação, o agente responderá pelo crime praticado pelo executor direto (com a pena agravada) e pelo crime de tortura do art. 1º, I, b, da Lei n. 9.455/97: “Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, para provocar ação ou omissão criminosa”.

inciso III) Instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal. Instigar é reforçar a ideia preexistente. Determinar significa mandar, ordenar. Para que se aplique a agravante é necessário que a conduta recaia sobre pessoa que está sob a autoridade (pública ou particular) de quem instiga ou determina, ou sobre pessoa não punível em razão de condição ou qualidade pessoal (menoridade, doença mental, acobertado por escusa absolutória etc.).

inciso IV) Executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. A paga é prévia em relação à execução do crime. A recompensa é para entrega posterior, mas a agravante pode ser aplicada ainda que o autor daquela não a tenha efetivado após a prática do crime.

2.2.3. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES

As atenuantes genéricas estão previstas nos arts. 65 e 66. O reconhecimento da atenuante obriga à redução da pena, mas não pode fazer com que esta fique abaixo do mínimo legal. Assim, é comum que o juiz, na 1ª fase, fixe a pena-base no mínimo, hipótese em que o reconhecimento de uma atenuante em nada modificará a pena, que se encontra no menor patamar possível. No art. 65, existe um rol de atenuantes em espécie. Já o art. 66 descreve uma atenuante inominada, permitindo ao juiz reduzir a pena sempre que entender existir circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, não elencada no rol do art. 65.

O mencionado art. 65 descreve as seguintes atenuantes genéricas:

inciso I) Ser o agente menor de 21 anos, na data do fato, ou maior de 70 anos, na data da sentença. Refere-se à sentença de 1º grau. De acordo com a Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça, “para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”.

inciso II) O desconhecimento da lei. Nos termos do art. 21, o desconhecimento da lei não isenta de pena, mas, conforme se percebe, serve para reduzi-la.

inciso III) Ter o agente:

- a) Cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral. Valor moral diz respeito aos sentimentos relevantes do próprio agente, avaliados de acordo com o conceito médio de dignidade do grupo social, no que se refere ao aspecto ético. Valor social é o que interessa ao grupo social, à coletividade. O relevante valor social ou moral, se for reconhecido como privilégio do homicídio (art. 121, § 1º) ou das lesões corporais (art. 129, § 4º), não pode ser aplicado como atenuante genérica.
- b) 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. Não se deve confundir com o arrependimento eficaz do art. 15 do Código Penal, que somente ocorre quando o agente consegue evitar a consumação e, por isso, afasta o crime. Na atenuante genérica, o agente, após a consumação, tenta evitar ou minorar suas consequências.

Na 2ª parte, o dispositivo permite a redução da pena quando o agente repara o dano antes da sentença de primeira instância. Se a reparação do prejuízo ou a restituição do bem ocorrer antes do recebimento da denúncia ou queixa, por ato voluntário do agente, e a infração penal não envolver violência ou grave ameaça contra pessoa, será aplicável o instituto do arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal, cuja consequência é a redução da pena de 1/3 a 2/3.
- c) 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. A coação moral deve ter sido resistível, hipótese em que o agente responde pelo crime, mas a pena é reduzida. Havendo coação moral irresistível, ficará afastada a culpabilidade do executor do delito, sendo punível apenas o responsável pela coação (art. 22 do Código Penal). Da mesma forma, a obediência a ordem superior manifestamente ilegal implica redução da pena, mas, se a ordem não for manifestamente ilegal, afasta-se a culpabilidade, conforme estabelece o mesmo art. 22 do Código Penal.

O fato de ter sido o delito cometido por quem se encontra sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima, também gera a atenuação da pena. Havendo, entretanto, injusta agressão por parte da vítima, não existirá crime em face da legítima defesa.

Os crimes de homicídio doloso e lesão dolosa, por sua vez, possuem uma hipótese de privilégio que também se caracteriza pela violenta emoção (arts. 121, § 1º, e 129, § 4º). O privilégio, entretanto, diferencia-se da atenuante genérica porque exige que o agente esteja sob o domínio (e não sob a mera influência) de violenta emoção e porque a morte deve ter sido praticada logo após a injusta provocação (requisito dispensável na atenuante).

d) Confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime. Antes da reforma da Parte Geral, feita pela Lei n. 7.209/84, a confissão só configurava atenuante se a autoria fosse ignorada ou imputada a outrem. Esses requisitos foram excluídos do texto legal, de modo que, atualmente, ainda que todas as provas colhidas indiquem o réu como autor do delito e este, ao ser interrogado ao final da ação, confesse aquilo que todos já disseram, ou seja, que ele é o autor do crime, a atenuante será cabível.

A confissão qualificada, em que o réu assume a autoria do delito, mas alega ter agido acobertado por excludente de ilicitude não demonstrada pelo restante da prova, não atenua a pena.

É necessário, ainda, que o réu confesse a espécie de ato criminoso narrado na acusação. Assim, se ele confessa que estava com a droga descrita na denúncia, alegando, contudo, que o fazia para uso próprio, mas o restante da prova demonstra que sua intenção era mesmo o tráfico, o juiz, ao condená-lo por esse último crime, não poderá reconhecer a atenuante.

Saliente-se que a confissão pode ter ocorrido perante a autoridade policial ou perante o juiz. De ver-se, contudo, que é pacífico que não se aplica a atenuante se o réu confessou o crime perante o delegado, mas, em juízo, retratou-se, negando a prática do ilícito diante do magistrado, exceto se o juiz tiver expressamente mencionado em sua decisão como fundamento para a condenação a confissão extrajudicial. Existe igualmente entendimento de que, se o réu confessa o delito perante o delegado, mas se torna revel em juízo, a confissão ante-

rior atenua a pena somente se tiver sido utilizada pelo juiz como um dos argumentos a justificar a condenação.

e) Cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não a provocou. É o que ocorre, por exemplo, em brigas envolvendo grande número de pessoas etc.

2.2.4. CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES

Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

O dispositivo tem por finalidade esclarecer que o juiz, ao reconhecer uma agravante e uma atenuante genérica, não deve simplesmente compensar uma pela outra. O magistrado deve, em verdade, dar maior valor às chamadas circunstâncias preponderantes (quer seja a agravante, quer seja a atenuante). Essa análise deve ser feita caso a caso, mas o legislador esclareceu no dispositivo que as circunstâncias preponderantes são as de caráter subjetivo (motivos do crime, personalidade do agente etc.). Além disso, a jurisprudência tem entendido que, apesar de não existir menção no art. 67, o fato de o agente ser menor de 21 anos na data do fato deve preponderar sobre todas as demais circunstâncias.

As Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça firmaram entendimento de que a confissão também é circunstância preponderante, entendimento que encontrou óbice no Supremo Tribunal Federal, que continua, de modo reiterado, decidindo que a confissão não se insere dentre as circunstâncias preponderantes por falta de previsão legal, já que não mencionada no art. 67 do Código Penal.

2.3. APLICAÇÃO DAS CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO DE PENA (3ª FASE)

As causas de aumento e de diminuição da pena podem estar previstas na Parte Geral ou na Parte Especial do Código Penal e devem ser aplicadas pelo juiz na terceira e última fase da fixação da pena.

Identifica-se uma causa de aumento quando a lei se utiliza de índice de soma ou de multiplicação a ser aplicado sobre a pena. Exs.: no concurso formal, a pena é aumentada de $1/6$ a $1/2$ (art. 70); no homicídio doloso, a pena é aumentada de $1/3$, se a vítima é menor de 14 anos ou maior de 60 (art. 121, § 4º); no aborto a pena é aplicada em dobro, se a manobra abortiva causa a morte da gestante (art. 127).

As causas de diminuição de pena caracterizam-se pela utilização de índice de redução a ser aplicado sobre a pena fixada na fase anterior. Exs.: na tentativa, a pena é reduzida de $1/3$ a $2/3$ (art. 14, parágrafo único); no arrependimento posterior, a pena também é reduzida de $1/3$ a $2/3$ (art. 16); no homicídio privilegiado, a pena é reduzida de $1/6$ a $1/3$ (art. 121, § 1º).

É importante salientar que, com o reconhecimento de causa de aumento ou de diminuição de pena, o juiz pode aplicar pena superior à máxima ou inferior à mínima previstas em abstrato.

O art. 68, parágrafo único, do Código Penal traça uma regra de extrema importância, no sentido de que, no concurso de causas de aumento ou de diminuição de pena 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.

Em decorrência desse dispositivo, teremos as seguintes hipóteses:

- a) Se forem reconhecidas duas causas de aumento, uma da Parte Geral e outra da Parte Especial, ambas serão aplicadas, sendo que o segundo índice deve incidir sobre a pena resultante do primeiro aumento. Ex.: roubo praticado com emprego de arma e em concurso formal. O juiz fixa a pena-base, por exemplo, em 4 anos e a aumenta em $1/3$ em face do emprego da arma, atingindo 5 anos e 4 meses. Na sequência, aplicará, sobre esse montante, um aumento de $1/6$ em razão do concurso formal, atingindo a pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias. Igual procedimento deve ser adotado quando o juiz reconhecer uma causa de diminuição de pena da Parte Geral e outra da parte Especial (homicídio privilegiado tentado, p. ex.).
- b) Se o juiz reconhecer uma causa de aumento e uma causa de diminuição (da Parte Geral ou da Parte Especial), deverá aplicar ambos os índices.

c) Se o juiz reconhecer duas ou mais causas de aumento, estando elas descritas na Parte Especial, o magistrado poderá efetuar um único aumento aplicando, todavia, a causa que mais exaspere a pena. Ex.: nos crimes sexuais, a pena é aumentada em 1/4 se o crime é praticado por duas ou mais pessoas, e de 1/2 se o agente é ascendente da vítima. O juiz poderá aplicar somente o último aumento, que é o maior.

Essa mesma regra deve ser aplicada quando o juiz reconhecer duas causas de diminuição previstas na Parte Especial do Código Penal.

Por outro lado, é possível que o juiz reconheça duas ou mais qualificadoras em um mesmo crime. Nesse caso, não existe previsão legal acerca da forma de aplicação da pena, sendo a questão solucionada pela doutrina e pela jurisprudência: o juiz deve utilizar-se de uma delas para qualificar o crime e das demais como agravantes genéricas (caso previstas no rol dos arts. 61 e 62) ou como circunstâncias judiciais. Ex.: suponha-se um crime de homicídio qualificado pelo motivo fútil e pelo emprego de fogo. O juiz considera o motivo fútil para qualificar o delito (art. 121, § 2º, II) e o emprego de fogo como agravante genérica (art. 61, II, *d*), ou vice-versa. Não há nenhuma contradição nessa solução, uma vez que o art. 61, ao dizer que “são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime”, está apenas proibindo que a mesma circunstância, a um só tempo, qualifique e funcione como agravante genérica. Ora, no caso de duas qualificadoras, apenas uma está servindo para qualificar, e a outra, portanto, pode servir de agravante (já que não será utilizada como qualificadora).

Suponha-se, agora, um crime de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e pela escalada. O juiz pode utilizar-se do rompimento de obstáculo para qualificar o crime (art. 155, § 4º, I), mas não poderá valer-se da escalada como agravante genérica porque não existe menção à essa hipótese nos arts. 61 e 62 do Código Penal. Assim, a escalada deverá ser considerada como circunstância judicial do art. 59 (circunstâncias do crime).

2.4. OUTRAS PROVIDÊNCIAS NA FIXAÇÃO DA PENA

Fixado o *quantum* da pena, após passar pelas três fases mencionadas no art. 68, *caput*, do Código Penal, deverá o juiz fixar o regime inicial

do cumprimento da pena, de acordo com as regras estudadas no art. 33. Na sequência, deverá o magistrado aferir a possibilidade de concessão do *sursis* ou da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ou multa, de acordo com os requisitos legais:

1. Nos crimes dolosos:

- a) se foi aplicada pena privativa de liberdade até 1 ano, o juiz pode substituí-la por multa, por uma pena restritiva de direitos, ou pelo *sursis*;
- b) se a pena aplicada foi superior a 1 ano, e não superior a 2 anos, o juiz pode substituí-la por uma pena restritiva de direitos e multa, por duas restritivas de direitos ou, ainda, conceder o *sursis*;
- c) sendo aplicada pena superior a 2 anos, e não superior a 4 anos, o juiz pode substituí-la por uma pena restritiva de direitos e multa, ou por duas penas restritivas de direitos.

2. Nos crimes culposos:

- a) não sendo superior a 1 ano, pode efetuar a substituição por multa, por uma pena restritiva de direitos, ou pelo *sursis*;
- b) sendo superior a 1 ano, e não superior a 2 anos, o juiz pode substituí-la por uma pena restritiva de direitos e multa, por duas restritivas de direitos ou, ainda, conceder o *sursis*;
- c) qualquer que seja o total da pena privativa de liberdade aplicada, desde que superior a 2 anos, o juiz pode substituí-la por uma restritiva de direitos e multa, ou por duas restritivas de direitos.

QUADRO SINÓTICO – PENA

Conceito	É a retribuição imposta pelo Estado em razão da prática de um ilícito penal consistente na privação de bens jurídicos determinada pela lei, que visa à readaptação do criminoso ao convívio social e à prevenção em relação à prática de novas transgressões.
Princípios	da legalidade; da individualização da pena; da pessoalidade ou intranscendência; da vedação da pena de morte, de penas cruéis, de caráter perpétuo ou de trabalhos forçados; da proporcionalidade.

Penas principais	privativas de liberdade	reclusão; detenção.
	restritivas de direitos	prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou às entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana.
	multa	

QUADRO SINÓTICO – PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Espécies	reclusão	cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto;
	detenção	cumprida em regime semiaberto ou aberto, salvo transferência excepcional para o regime fechado;
	prisão simples	cabível apenas nas contravenções penais, podendo ser cumprida em regime semiaberto ou aberto
Regime fechado	A execução se dá em estabelecimento de segurança máxima ou média.	
Regime semiaberto	O sentenciado cumpre pena em colônia penal agrícola, industrial ou em estabelecimento similar.	
Regime aberto	A pena é cumprida em casa do albergado ou estabelecimento adequado, ou seja, o condenado trabalha fora durante o dia e à noite se recolhe ao albergue.	
Regime inicial	Crimes apenados com reclusão	se a pena for superior a 8 anos, o regime inicial é o fechado; se a pena for superior a 4 e não superior a 8 anos, o regime inicial é o semiaberto, exceto se o acusado for reincidente, quando o regime será o fechado;

Regime inicial	Crimes apenados com reclusão	se a pena for igual ou inferior a 4 anos, o regime inicial poderá ser o aberto, salvo se o condenado for reincidente, hipótese em que o juiz deve optar pelo regime semiaberto ou fechado, dependendo da gravidade do caso.
	Crimes apenados com detenção	se a pena for superior a 4 anos ou se o réu for reincidente, o regime inicial é o semiaberto; pena igual ou inferior a 4 anos, o regime inicial será o aberto.
	Montante da pena como critério relativo na fixação do regime inicial	De acordo com o art. 33, § 3º, do Código Penal, o juiz poderá fixar regime inicial diverso daqueles já estudados, que se baseiam no montante da pena e na reincidência, se assim se mostrar necessário em razão da personalidade do acusado, sua conduta social, circunstâncias e consequências do crime etc.
	Crimes hediondos, tráfico de drogas, terrorismo e tortura	Nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072, o regime inicial nesses crimes é sempre o fechado, independentemente da pena fixada e da primariedade do condenado. O STF, contudo, ao julgar em Plenário o HC 111.840/ES, decidiu que esse dispositivo é inconstitucional, de modo que o regime inicial só poderá ser o fechado se o acusado for reincidente ou se a gravidade do caso concreto justificar a medida.
Progressão de regime	<p>Nos crimes comuns, a progressão se dá após o cumprimento de 1/6 da pena, desde que o réu preencha os demais requisitos legais, como o bom comportamento carcerário.</p> <p>Observação: Quando se tratar de crime contra a administração pública, a progressão de regime está condicionada à reparação do dano causado ou devolução do produto do crime.</p>	

Progressão de regime	Nos crimes hediondos, tráfico de drogas, terrorismo e tortura, o réu deve ter cumprido 2/5 da pena, se primário, ou 3/5 se reincidente.
Regressão de regime	quando o agente praticar fato definido como crime doloso; quando cometer falta grave, como fuga, participação em rebelião, posse de arma ou de telefone celular etc.; quando o sentenciado sofrer nova condenação que, somada à anterior, torne incabível o regime atual; se o condenado estiver no regime aberto, dar-se-á ainda a regressão se ele frustrar os fins da execução (parar de trabalhar, não comparecer à prisão-albergue etc.) ou se não pagar a multa cumulativamente imposta.
Remição	O condenado que cumpre pena no regime fechado ou semiaberto pode descontar, para cada 3 dias trabalhados ou 12 horas estudadas, 1 dia no restante da pena. Não se computam fins de semana e feriados não trabalhados. Os condenados que estejam em regime aberto ou em livramento condicional também podem remir tempo da condenação pelo estudo. O benefício deve ser declarado pelo juiz da execução, após ouvido o Ministério Público. Se o condenado, posteriormente, cometer falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 do tempo já remido.
Detração	É o cômputo na pena privativa de liberdade e na medida de segurança do tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, ou de internação em hospital de custódia ou tratamento psiquiátrico. Aplica-se, também, a algumas penas restritivas de direitos aplicadas em substituição à pena original, como no caso da prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Não se aplica à pena de multa e ao <i>sursis</i> .

QUADRO SINÓTICO – PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Conceito	As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena privativa de liberdade por certas restrições ou obrigações. Dessa forma, as restritivas têm caráter
-----------------	--

Conceito	<p>substitutivo, ou seja, não são previstas em abstrato no tipo penal e, assim, não podem ser aplicadas diretamente, devendo o juiz, inicialmente aplicar a pena privativa de liberdade e, presentes os requisitos, substituí-la pela restritiva.</p> <p>Salvo na substituição por prestação pecuniária e perda de bens, a pena restritiva tem a mesma duração da pena privativa de liberdade aplicada na sentença.</p>
Requisitos	<p>a) que o crime seja culposo, qualquer que seja a pena, ou, se doloso, que a pena aplicada na sentença não seja superior a 4 anos (desde que o delito não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa);</p>
Requisitos	<p>b) que o réu não seja reincidente em crime doloso, salvo se, em face da condenação anterior, a medida for socialmente recomendável, e a reincidência não seja pela prática do mesmo crime;</p> <p>c) que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias do crime indiquem que a substituição é suficiente.</p>
Prestação pecuniária	<p>Consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou à entidade pública ou privada com destinação social de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 salário mínimo e não superior a 360 salários mínimos.</p> <p>Caso haja concordância do beneficiário, a prestação pode consistir em prestação de outra natureza, como entrega de cestas básicas.</p> <p>Se a prestação for direcionada à vítima ou a seus dependentes, o montante será descontado em caso de eventual condenação à reparação de danos na esfera cível.</p>
Perda de bens ou valores	<p>Refere-se a bens ou valores pertencentes ao condenado e que reverterão em favor do Fundo Penitenciário, tendo como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou o provento obtido pelo agente ou por terceiro em decorrência do delito.</p>

Prestação de serviços	<p>Consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos ou estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.</p> <p>Somente é admissível se a pena fixada na sentença for superior a 6 meses.</p> <p>O condenado deverá cumprir 1 hora de tarefa por dia de condenação.</p>
Interdição temporária de direitos	<p>Pode consistir em:</p> <p>proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;</p>
Interdição temporária de direitos	<p>proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;</p> <p>proibição de frequentar determinados lugares.</p> <p>Observação: a suspensão de habilitação para dirigir veículos, prevista originariamente no art. 47, III, do Código Penal, atualmente é regulamentada pelo Código de Trânsito Brasileiro.</p>
Limitação de fim de semana	<p>Consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 horas diárias, em casa do albergado ou outro estabelecimento adequado.</p>
Regras para substituição	<p>Se a pena fixada for igual ou inferior a 1 ano, a pena poderá ser substituída por multa ou por uma pena restritiva de direitos. Não poderá, entretanto, ser aplicada a prestação de serviços à comunidade se a pena for inferior a 6 meses.</p> <p>Se a condenação for superior a 1 ano e não superior a 4 anos nos crimes dolosos, a pena poderá ser substituída por uma pena de multa e uma restritiva de direitos ou duas restritivas de direitos.</p>
Conversão da pena restritiva em privativa de liberdade	<p>Quando ocorrer o descumprimento injustificado da medida imposta. Nesse caso, o tempo já cumprido da pena restritiva será descontado do montante da pena privativa de liberdade, devendo, todavia, o sentenciado cumprir ao menos 30 dias da pena privativa.</p> <p>Se o sentenciado cometer falta grave prevista na Lei de Execuções Penais.</p>

Conversão da pena restritiva em privativa de liberdade	Se sobrevier condenação à pena privativa de liberdade por outro crime e o juiz entender que isso torna inviável o cumprimento da pena restritiva anteriormente imposta.
---	---

QUADRO SINÓTICO – PENA DE MULTA

Espécies	<p>Multa prevista no próprio tipo penal. Ex.: a pena do furto, que é de reclusão, de 1 a 4 anos, e multa.</p> <p>Multa aplicada em substituição a pena privativa de liberdade aplicada na sentença não superior a 1 ano. É chamada de multa vicariante.</p>
Valor e pagamento	<p>O juiz deve fixar o número de dias-multa que será no mínimo de 10 e no máximo de 360, de acordo com o critério trifásico do art. 68 do Código Penal. Em seguida, deve fixar o valor de cada dia-multa, que será, no mínimo, de 1/30 do maior salário mínimo vigente no país e, no máximo, de 5 salários mínimos, de acordo com a condição econômica do condenado. Se o juiz, porém, entender que o valor ainda é insuficiente poderá até triplicar o valor do dia-multa.</p> <p>O valor da multa deve passar por correção monetária a contar da data do fato.</p> <p>Efetuada o pagamento, por desconto nos vencimentos ou por ato do condenado, a pena será declarada extinta.</p>
Não pagamento da multa	Devem ser aplicadas as normas relativas à dívida ativa, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. Assim, a execução deve ser promovida pela Fazenda Pública, devendo seu valor ser inscrito na dívida ativa, sendo vedada a conversão em pena privativa de liberdade.

QUADRO SINÓTICO – APLICAÇÃO DA PENA

Fixação da pena	a) Inicialmente o juiz deve decidir qual pena irá aplicar dentre as cominadas (privativa de liberdade ou multa, ou ambas).
------------------------	--

<p>Fixação da pena</p>	<p>b) Em seguida, deve fixar o montante da pena, dentro dos limites legais, utilizando-se para isso do critério trifásico do art. 68 do Código Penal.</p> <p>c) Na sequência, o juiz deve fixar o regime inicial da pena privativa de liberdade.</p> <p>d) Por fim, verificará se é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, multa ou, ainda, o cabimento do <i>sursis</i>.</p>
<p>Critério trifásico</p>	<p>Utilizado para estabelecer o montante da pena.</p> <p>1ª fase – fixação da pena-base de acordo com as chamadas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, que se referem à culpabilidade do réu, seus antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como comportamento da vítima.</p>
<p>Critério trifásico</p>	<p>2ª fase – apreciação das agravantes e atenuantes genéricas dos arts. 61, 62, 65 e 66 do Código Penal.</p> <p>O aumento ou a redução ocorrem com base na pena-base fixada na fase anterior, e o seu montante fica a critério do juiz, não havendo um índice preestabelecido. Nessa fase, todavia, não é possível que a pena alcance índice inferior ao mínimo legal ou superior ao máximo (Súmula 231 do STJ).</p>
<p>Critério trifásico</p>	<p>Caso o juiz reconheça uma agravante e uma atenuante, só deve compensar uma com outra se não estiver presente uma das circunstâncias preponderantes elencadas no art. 67 do Código Penal. De acordo com este dispositivo, preponderantes são as agravantes ou atenuantes que se referem aos motivos do crime, personalidade do agente e reincidência.</p> <p>3ª fase – aplicação das causas de aumento e de diminuição de pena previstas na Parte Geral e na Parte Especial do Código.</p> <p>Identifica-se uma causa de aumento quando a lei se utiliza de um índice de soma ou de multiplicação a ser aplicado sobre a pena. Ex.: a pena será aumentada em 1/3, ou a pena será aplicada em dobro. Já nas causas de diminuição a lei menciona um índice de redução. Ex.: na tentativa, a pena será reduzida de 1/3 a 2/3.</p>

Critério trifásico

De acordo com o art. 68, parágrafo único, se o juiz reconhecer duas causas de aumento ou duas causas de diminuição, deve aplicar ambas, exceto se estiverem previstas na Parte Especial do Código, hipótese em que o juiz pode se limitar a um só aumento ou diminuição, prevalecendo, todavia, o maior índice.