

2. DOCTRINA NACIONAL

2.5

O INJUSTO PENAL E A CULPABILIDADE COMO MAGNITUDES GRADUÁVEIS

LUIZ REGIS PRADO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Circunstâncias judiciais – 3. Circunstâncias legais – 4. Causas de aumento e de diminuição de pena – 5. Qualificadoras.

1. Introdução

De primeiro, convém distinguir os conceitos de ilicitude e de injusto: a primeira diz respeito a uma relação de oposição da conduta do autor com a norma jurídica (ilicitude *formal*).¹ Trata-se de um predicado, de uma qualidade de determinado comportamento. Por sua vez, o injusto é a própria ação ou omissão típica valorada como antijurídica. Este último é *específico* e *mensurável*, em qualidade e quantidade (v.g., furto e roubo).²

Ademais, a ilicitude não possui um conteúdo puramente negativo – ausência de causas de justificação –, mas pode compreender elementos alheios ao injusto específico de uma certa conduta delitiva.

Assim como o injusto, também a culpabilidade, enquanto elemento material do

delito, vem a ser um conceito *graduável* ou *calibrável*.³

Nessa trilha, tem-se, portanto, que o desvalor da ação e o desvalor do resultado nos delitos dolosos e culposos podem revestir-se de maior ou menor gravidade. As circunstâncias agravantes e atenuantes agravam ou atenuam a pena em razão da maior ou menor gravidade do injusto.

De outro lado, é possível que a pena seja aumentada ou diminuída por ser maior ou menor a culpabilidade do agente – ou seja, a reprovabilidade pessoal da ação ou omissão típica e ilícita – ou por considerações político-criminais.

Circunstância é, pois, todo fato, relação ou dado concreto, determinado, que é considerado pela lei para medir a gravidade do injusto ou da culpabilidade.⁴ Tal conceito de circunstância abarca não apenas

(1) Em sentido material, a conduta ilícita é aquela que lesiona bens jurídicos. No dizer de Von Liszt, o ato humano é formalmente contrário ao direito enquanto transgressão de uma norma (mandato ou proibição) e materialmente ilícito enquanto conduta contrária à sociedade – socialmente danosa ou antisocial (*Tratado de derecho penal*. Trad. de Luís Jiménez de Asúa. Madrid: Reus, Vol. II, p. 336,).

(2) Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro. Parte geral*. São Paulo: RT, 1999, p. 201 *et seq.*

(3) Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Trad. de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. Vol. II, p. 1.207.

(4) Cf. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Madrid: Tecnos, 1998, Vol. II, p. 350. Para Mantovani, as circunstâncias (do latim, *circum-stare*) são elementos acessórios, acidentais, do delito. Não são, assim, necessários para a sua existência, mas incidem sobre sua gravidade ou apresentam-se como indícios da capacidade de delinquir do agente, comportando uma modificação, quantitativa

as agravantes e atenuantes comuns ou genéricas, aplicáveis a todos os delitos (arts. 61, 62 e 65, CP), mas também, sob uma perspectiva ampla, aquelas que constituem tipos penais atenuados (privilegiados) ou agravados (qualificados).

O elenco das circunstâncias agravantes encontra-se taxativamente fixado em lei (*numerus clausus*), com o escopo de atender a exigências de segurança jurídica. Todavia, admite-se a atenuação da pena pela concorrência de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei (art. 66, CP).

As circunstâncias atenuantes diminuem a pena por ser menor a culpabilidade do agente (v.g., art. 65, I, III, c, CP) ou por razões de política criminal (v.g., art. 65, III, b, 2.^a parte, d, CP).⁵ A quase totalidade das circunstâncias agravantes arroladas nos arts. 61 e 62 implica maior gravidade do injusto, já que é maior o desvalor da ação (v.g., art. 61, II, c, d, f, CP); de outra parte, certas agravantes influem somente na medida da culpabilidade (v.g., arts. 61, I, II, a, e 62, IV, CP); por fim, circunstâncias há que apresentam natureza mista, influenciando diretamente não só na magnitude do injusto, como também na culpabilidade⁶ (v.g., art. 61, II, d, CP).

ou qualitativa, da pena (*Diritto penale*. Milano: Cedam, 1992, p. 397). Ora, isso ocorre exatamente porque incidem elas, *prima facie*, sobre a medida do injusto ou da culpabilidade.

(5) Circunstâncias atenuantes que diminuem a gravidade do injusto são as causas de justificação incompletas e as atenuantes análogas a essas causas, previstas no Direito Penal espanhol (arts. 21.1.^a e 6.^a, CP).

(6) Já que, como bem destaca Cerezo Mir, “toda circunstância que determine uma maior ou menor gravidade do injusto influi mediatamente na medida da culpabilidade, a partir do momento em que a culpabilidade é a reprovação pessoal da conduta antijurídica” (Op. cit., p. 353, n. 18).

Conclui-se, de conseguinte, que as circunstâncias agravantes e atenuantes exasperam ou atenuam a pena em virtude da maior ou menor gravidade do injusto ou da culpabilidade,⁷ ou, simplesmente, por considerações político-criminais (exigências de prevenção especial, favorecimento da eficiência da administração da justiça, proteção à pessoa da vítima etc.). Tal assertiva, porém, não conduz à necessidade de inserir a análise dessas circunstâncias no estudo das consequências jurídicas do delito.⁸

A orientação aqui agasalhada encontra supedâneo na legislação comparada, que fornece proposta ordenatória mais rigorosa na disciplina das circunstâncias agravantes e atenuantes – que operam na graduação da medida do injusto ou da culpabilidade, conforme a hipótese em exame.

Desse modo, andou bem o legislador espanhol de 1995, que, demonstrando coerência e técnica apuradas, aprecia a questão no Título I (Da infração penal), Capítulos III (Das circunstâncias que atenuam a responsabilidade criminal) e IV (Das circunstâncias que agravam a responsabilidade criminal).

(7) Mir Puig assinala que todas as circunstâncias agravantes implicam maior gravidade do injusto penal do fato (*Derecho penal, parte general*. Barcelona: PPU, 1996, p. 570). Diversamente, Cuello Calón e Camargo Hernandez destacam que as circunstâncias atenuantes determinam uma menor gravidade da culpabilidade, pois “consistem em estados ou situações que diminuem a inteligência ou a vontade do agente impulsionando-o para o delito, ou em fatos que manifestam uma menor perversidade do delinqüente (*Derecho penal, parte general*. Barcelona: Bosch, 1981, t. I, Vol. II, p. 564); as circunstâncias agravantes, por sua vez, representam “uma maior perversidade do delinqüente, à qual corresponde uma maior culpabilidade” (op. cit., p. 589). Assim, também, Luís Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1962, Vol. V, p. 177.

(8) Não obstante ter sido exatamente essa a opção feita pelo legislador brasileiro.

Por derradeiro, resta dizer que, de acordo com a moderna concepção do injusto aqui perfilhada, resulta totalmente inadequada qualquer tentativa de classificar as circunstâncias agravantes e atenuantes – influentes na magnitude do injusto ou da culpabilidade – com lastro no contraste objetivo/subjetivo,⁹ distinção essa inspirada na sistemática adotada pelo Código Penal italiano.¹⁰

2. Circunstâncias judiciais

As denominadas “circunstâncias judiciais” são, em verdade, fatores legais de

(9) Em sentido oposto, arraigados à distinção entre circunstâncias objetivas e subjetivas, por exemplo, Heleno Fragoso. *Lições de direito penal, parte geral*. Rio de Janeiro : Forense, 1985, p. 328; Celso Delmanto. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro : Renovar, p. 96, 106 e 109; Paulo José da Costa Jr. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo : Saraiva, 1996, Vol. I, p. 230; Damásio E. de Jesus. *Direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1992, Vol. I, p. 482; Júlio F. Mirabete. *Manual de direito penal*. São Paulo : Atlas, 1995, Vol. I, p. 288-289; Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal*. São Paulo : RT, 1997, p. 533; Álvaro Mayrink da Costa. *Direito penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1982, Vol. I, t. II, p. 503-504, entre outros.

(10) “Art. 70. Circunstâncias objetivas e subjetivas – para efeitos da lei penal: 1. são circunstâncias objetivas as que dizem respeito à natureza, à espécie, aos meios, ao objeto, ao tempo, ao lugar, e a todas as outras modalidades da ação, à gravidade do dano e do perigo, ou às condições e qualidades pessoais do ofendido; 2. são circunstâncias subjetivas as que dizem respeito à intensidade do dolo ou ao grau da culpa, ou às condições e qualidades pessoais do culpado, ou às relações entre o culpado e o ofendido, ou que são inerentes à pessoa do culpado. As circunstâncias inerentes à pessoa do culpado referem-se à imputabilidade e à reincidência”. As circunstâncias objetivas e as circunstâncias subjetivas não inerentes à pessoa do culpado comunicam-se a todos aqueles que concorrem para a prática delitiva (arts. 59 e 118, CP).

medição da pena, ou seja, elementos que o magistrado aprecia quando da determinação judicial da sanção penal. O artigo 59, *caput*, do Código Penal refere-se à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima. Tais circunstâncias nortearão a individualização judicial da pena, com vistas à fixação da pena-base.

A *culpabilidade* corresponde à censurabilidade pessoal da conduta típica e ilícita, funcionando aqui como limite máximo da pena; os *antecedentes* são os fatos anteriores da vida do agente, positivos ou negativos; a *conduta social* compreende o comportamento do réu em seu meio familiar e laboral; a *personalidade* é a índole, o caráter do indivíduo; os *motivos* são “toda a soma dos fatores que integram a personalidade humana e são suscitados por uma representação cuja ideomotricidade tem o poder de fazer convergir para uma só direção dinâmica todas as nossas forças psíquicas”;¹¹ as *circunstâncias do crime* são os fatores de tempo, lugar, modo de execução, excluindo-se aqueles previstos como circunstâncias legais; as *consequências do crime* são os desdobramentos advindos da conduta do agente; por fim, é imperiosa a análise do *comportamento da vítima*, que poderá aumentar ou diminuir a reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita.

3. Circunstâncias legais

As circunstâncias legais podem ser *genéricas* (ou comuns) e *especiais* (ou específicas), constantes da Parte Geral ou da Parte Especial do Código Penal, respectivamente. As circunstâncias legais genéricas compreendem as circunstâncias agravantes e atenuantes, além de causas de

(11) VERGARA, Pedro. *Dos motivos determinantes no direito penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1982, p. 563-564.

aumento ou de diminuição de pena; as circunstâncias legais especiais abarcam as qualificadoras e as causas de aumento ou de diminuição de pena.

3.1 Circunstâncias agravantes

Apenas recentemente as circunstâncias agravantes¹² alcançaram precisa sistematização, posto que durante largo tempo predominou o excessivo arbítrio judicial na agravação das sanções penais. Na atualidade, consagra-se a fixação taxativa das circunstâncias agravantes, vedando-se ao juiz a apreciação, como fator de exasperação da pena imposta, de circunstância não expressamente elencada nos textos legais.¹³

Alguns diplomas penais apresentam na parte geral rol relativamente casuístico das circunstâncias agravantes (art. 22, Código Penal espanhol; art. 61, Código Penal italiano—*circostanze aggravanti comuni*). Outros, ao contrário, optam por consigná-las na parte especial, junto às figuras delitivas sujeitas à agravação, acompanhadas ou não, na parte geral, por fórmula de caráter amplo (v.g., Código Penal português, art. 71; Código Penal francês).¹⁴

No que concerne ao Direito Penal brasileiro, previam o Código Criminal do Império de 1830 (arts. 16, 17 e 19) e o Código Penal de 1890 (arts. 39 e 41) elenco minucioso das circunstâncias agravantes admissíveis.¹⁵ O Código Penal de 1940, redação pretérita, listou as circunstâncias agravantes em seu artigo 44 e a nova redação conferida à Parte Geral em 1984 pouco alterou aquele tratamento. Cancelou-se redundante referência à “asfixia”, de caráter meramente exemplificativo, já que é tida por insidiosa ou cruel essa espécie de meio, na execução do delito, e deu-se melhor redação ao disposto no artigo 44, II, c, ora assim enunciado no artigo 61, II, e: “em estado de embriaguez preordenada”; demais disso, no artigo 62, reproduz-se o texto do Código Penal de 1940, acrescentando-lhe, porém, como agravante, a ação de induzir outrem à execução material do crime (cf. Exposição de Motivos da Lei 7.209/84, itens 52 e 53).

As circunstâncias agravantes, quando presentes, devem ser obrigatoriamente

disciplina na sua parte geral certas circunstâncias que importam maior agravação da pena imposta—reincidência (art. 132-8 a 132-11)—o que não exclui a apreciação pelo juiz de determinadas causas suscetíveis de alterar o *quantum* daquela, quando de sua individualização (v.g. reiteração de infrações penais).

(15) Ambos os estatutos previam a premeditação como circunstância agravante genérica (art. 16, § 8.º, Código Criminal do Império; art. 39, § 2.º, Código Penal de 1890) ou qualificadora no delito de homicídio (art. 294, § 1.º, CP de 1890), diversamente da disciplina adotada pelo Código Penal de 1940, que se abstém de qualquer referência àquela circunstância. O Código Penal italiano acolhe a premeditação como circunstância agravante especial do delito de homicídio (art. 577, n. 2.º); de semelhante, o Código Penal português designa a premeditação como qualificadora no delito de homicídio (art. 132, n. 2, al.g); o Código Penal francês, porém, além de agasalhar a premeditação como circunstância agravante genérica (art. 132-72), define como “assassinato” o homicídio qualificado praticado com premeditação (art. 221-3).

(12) No que tange à natureza jurídica das agravantes, a doutrina costuma apresentar as teorias que se seguem: a) teoria clássica ou objetiva: não leva em conta o estado anímico do autor, tendo a circunstância agravante caráter puramente real, material ou objetivo; b) teoria moderna ou subjetiva: defende o caráter subjetivo da circunstância agravante, que passa a ser tão-somente pessoal; e c) teoria eclética ou intermediária: de acordo com essa orientação, não é possível estabelecer-se um critério geral, pois algumas circunstâncias têm matiz subjetivo e outras objetivo.

(13) Cf. VIDAL, G. & MAGNOL, J. *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*. Paris : Rousseau, 1928, p. 371.

(14) O Código Penal francês de 1994 não contém rol taxativo das circunstâncias agravantes, optando por consigná-las apenas na descrição de algumas infrações penais (v.g. arts. 222-3-9.º, 222-24, 311-4-6.º, CP). Todavia,

apreciadas pelo magistrado na segunda fase de aplicação da pena, salvo se constituírem ou qualificarem o crime – o contrário implicaria manifesto *bis in idem*. Dessa forma, por exemplo, não se aplicam as circunstâncias agravantes genéricas do artigo 61, II, alíneas *d* (com emprego de explosivo), *e* (contra descendente) *h* (contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida), aos delitos previstos nos artigos 251 (explosão), 125 (aborto provocado por terceiro) e 246 (abandono intelectual), respectivamente, por integrarem sua estrutura (elementares). De igual modo, também não se aplica a circunstância ínsita no art. 61, II, alínea *c* (à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido), ao crime gizado no artigo 121, § 2.º, IV, do CP (homicídio qualificado).

Passa-se, a seguir, ao exame das circunstâncias agravantes genéricas (art. 61) e das agravantes no caso de concurso de pessoas (art. 62) previstas no Código Penal.

3.1.1 Reincidência

O Código Criminal do Império de 1830 (art. 16, § 3.º) e o Código Penal de 1890 (art. 40) consagravam como circunstância agravante tão-somente a reincidência específica, ou seja, a prática de novo delito da mesma natureza do precedente.¹⁶ O

⁽¹⁶⁾ Todavia, enquanto o Código Penal de 1830 não definia a expressão *delito da mesma natureza* (art. 16, § 3.º), o diploma de 1890 o fez em termos excessivamente restritos – “como tal entende-se, para os efeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo” (art. 40). Alvo de severas críticas doutrinárias, esse dispositivo sofreu substancial alteração com o advento do Código Penal de 1940, que no § 2.º do art. 46 conceituava os crimes da mesma natureza como “os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentem, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns”.

Código Penal de 1940 – redação pretérita – acolhia, ao lado da reincidência específica, a reincidência genérica (arts. 46 e 47), perfilhando ainda o sistema da perpetuidade da reincidência.

Com o advento da Lei 6.416/77 alterou-se a disciplina da reincidência, extinguindo a reincidência específica e limitando no tempo os efeitos da condenação anterior, a fim de não estigmatizar para sempre o condenado. Adotou-se o sistema da temporariedade ou da transitoriedade, de forma que a partir desse diploma deixou de prevalecer a condenação anterior, para efeito de reincidência, se decorrido período superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a da infração posterior.

De conformidade com o ordenamento jurídico-penal brasileiro, a reincidência perfaz-se pela prática de novo crime pelo agente, depois de transitada em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (art. 63, CP). Não se exige o efetivo cumprimento da sanção penal imposta pelo delito precedente (reincidência ficta), bastando a condenação irrevogável. Para fins de reincidência, não prevalece a condenação anterior se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação. Ademais, não se consideram os crimes militares próprios (art. 9.º, CPM) e políticos (art. 64, I e II, CP).

A reincidência, enquanto circunstância agravante, influi na medida da culpabilidade, em razão da maior reprovabilidade pessoal da ação ou omissão típica e ilícita. Além de preponderar no concurso de circunstâncias agravantes (art. 67, CP), a reincidência impede a concessão da suspensão condicional da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ou multa, na hipótese de crime doloso (cf. arts. 44, II; 60,

§ 2.º e 77, I, CP); aumenta o prazo de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional, se dolosa (art. 83, II); obsta que o regime inicial de cumprimento da pena seja aberto ou semi-aberto, salvo em se tratando de pena detentiva (art. 33, § 2.º, *b e c*); produz a revogação obrigatória do *sursis* em condenação por crime doloso (art. 81, I) e a revogação facultativa, na hipótese de condenação por crime culposo ou por contravenção (art. 81, § 1.º); acarreta a revogação obrigatória do livramento condicional, sobrevivendo condenação a pena privativa de liberdade (art. 86), ou a revogação facultativa daquele benefício, em caso de crime ou contravenção, se não imposta pena privativa de liberdade (art. 87); revoga a reabilitação, quando sobrevier condenação a pena que não seja de multa (art. 95); aumenta de um terço o prazo prescricional da pretensão executória (art. 110, *caput*); interrompe a prescrição (art. 117, VI) e impede o reconhecimento de algumas causas de diminuição de pena (v.g. arts. 155, § 2.º; 170 e 171, § 1.º, CP) e a prestação de fiança, em caso de condenação por delito doloso (art. 323, III, CPP).

3.1.2 Motivo fútil e torpe

Tanto o Código Criminal do Império de 1830 (art. 16, § 4.º) como o Código Penal de 1890 (art. 39, § 4.º) consignavam como agravantes o motivo frívolo e o motivo reprovado. Tais expressões foram alteradas pelo Código Penal de 1940 – redação primitiva –, que acolhia como agravante a prática delitiva por motivo fútil ou torpe (art. 44, II, *a*). A nova Parte Geral do Código Penal não modificou os termos do dispositivo precedente (art. 61, II, *a*).

O motivo fútil e o motivo torpe são circunstâncias agravantes que determinam maior grau de culpabilidade. Figuram também como circunstâncias qualificadoras do delito de homicídio (art. 121, § 2.º, I e II, CP). *Motivo fútil* é aquele insignificante, flagrantemente desproporcional ou inadequado, se cotejado com a ação ou

a omissão do agente. *Torpe* é o motivo abjeto, indigno e desprezível, que repugna ao mais elementar sentimento ético.¹⁷ Exemplo emblemático é o homicídio praticado com o propósito de receber herança ou por vingança.

3.1.3 Conexão

Constitui circunstância agravante genérica a prática de um delito para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (art. 61, II, *b*), ainda que este não se realize. Também é prevista como circunstância qualificadora no delito de homicídio (art. 121, § 2.º, V, CP).

Pressupõe a existência de dois crimes, entre os quais há *conexão teleológica* (meio/fim) ou *consequencial* (causa/efeito).¹⁸ A prática delitiva para facilitar ou assegurar a execução de outro crime (conexão teleológica) ou sua ocultação, impunidade ou vantagem (conexão consequencial) agrava a pena por ser maior a medida da culpabilidade.

3.1.4 Traição, emboscada, dissimulação

A traição pressupõe perfídia e deslealdade,¹⁹ enquanto a emboscada correspon-

(17) Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, Vol. V, p. 164; SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal, parte geral*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950, t. II, p. 678; BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 109.

(18) Cf., entre outros, Carlo Fiore. *Diritto penale*. Torino: Utet, 1996, Vol. II, p. 28; G. Maggiore. *Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1971, Vol. II, p. 21; A. J. da Costa e Silva. *Código Penal*. São Paulo: Contasa, 1967, Vol. I, p. 251.

(19) A propósito, cabe dizer que as Ordenações Filipinas (Livro V, Título XXXVII) consignavam ser a aleivosia “huma maldade cometida atraícoeiramente sob mostrança de

de ao ocultamento do agente, que clandestinamente aguarda a vítima com o propósito de surpreendê-la e agredi-la; por fim, a dissimulação é o “encobrimento dos próprios desígnios”.²⁰

A traição, a emboscada e a dissimulação são recursos que podem dificultar ou tornar impossível a defesa do ofendido, justificando a exasperação da pena por influírem diretamente na magnitude do injusto.²¹ O fundamento dessa circunstância agravante reside na idéia de garantir a execução do delito, afastando eventual defesa da vítima, o que demonstra maior gravidade do desvalor da ação. Como hipóteses nas quais é possível a aplicação da agravante insculpida no art. 61, II, c, do CP – também arrolada como qualificadora (art. 121, § 2.º, IV, CP) –, mencionem-se o uso de disfarce, o ataque de surpresa, inesperado, sorrateiro, que colhe a vítima de costas ou dormindo, obstando sua pronta reação.²²

3.1.5 *Meio insidioso ou cruel*

Configura agravante genérica (art. 61, II, d) – além de qualificadora prevista no

amizade, e comete-se, quando alguma pessoa sob mostrança de amizade mata, ou fere, ou faz alguma ofensa ao seu amigo, sem com elle ter rixa, nem contenda...”, acrescentando que nos casos “em que se cometer esta maldade a traçoada e aleivosamente, a pena corporal será muito mais grave e maior, do que se daria em outro semelhante malefício, em que tal qualidade de aleivosia não houvesse”. O Código Criminal de 1830 listava como agravantes a prática do delito mediante emboscada, surpresa e disfarce (art. 16, §§ 12, 15 e 16), enquanto o Código Penal de 1890 aduzia àquelas circunstâncias a traição (art. 39, §§ 7.º e 8.º).

(20) LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, Vol. II, p. 297.

(21) No sentido do texto, Cerezo Mir, op. cit., p. 352 e 377; Mir Puig, op. cit., p. 571-572.

(22) Vide HUNGRIA, op. cit., p. 168-169; LYRA, R., op. cit., p. 297-298; BRUNO, Aníbal, op. cit., p. 111.

artigo 121, § 2.º, III, Código Penal – a prática de delito com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum. A agravante em análise já constava da legislação pretérita,²³ sendo que a nova Parte Geral do Código Penal procedeu à supressão do termo “asfixia”, por entender, acertadamente, que este se encontra englobado na expressão “ou outro meio insidioso ou cruel”.

O *meio insidioso* é aquele dissimulado em sua eficiência maléfica; o *meio cruel*, o que aumenta inutilmente o sofrimento da vítima, ou revela uma brutalidade fora do comum, em contraste com o mais elementar sentimento de piedade (cf. Exposição de Motivos do Decreto-lei 2.848/40, item 38). Trata-se de circunstância agravante de natureza mista, que influi diretamente na medida do injusto e da culpabilidade, já que é maior o desvalor da ação, pelo modo ou forma de sua realização, desta e também maior a gravidade da culpabilidade, pois implica a disposição de ânimo cruel ou insidiosa.

3.1.6 *Crime contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge*

Consiste em circunstância agravante a prática do delito contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge (art. 61, II, e).²⁴ O parentesco em questão compreen-

(23) De fato, refere-se o Código Criminal de 1830 à prática do delito “com veneno, incendio ou inundação” (art. 16, § 2.º); o Código Penal de 1890 elenca como agravante “ter o delinquente cometido o crime por meio de veneno, substancias anestheticsas, incendio, asphyxia ou inundação” (art. 39, § 3.º) e o Código Penal de 1940 – redação anterior – reporta-se ao “emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum (art. 44, II, e).

(24) O Código Criminal do Império agravava a pena pelo fato de “haver no ofendido a qualidade de ascendente, mestre ou superior do

de o legítimo (resultante do casamento) e o ilegítimo (união livre ou extralegal), o natural (consanguíneo) e o civil (adoção).

A circunstância agravante de parentesco determina maior gravidade do injusto, do desvalor da ação, por transgressão dos deveres inerentes à relação de parentesco ou por sua simples ignorância.²⁵

3.1.7 Abuso nas relações de dependência, intimidade ou hospitalidade

É prevista como circunstância agravante a prática do delito com abuso de au-

delinquent, ou qualquer outra que o constitui a respeito deste em razão de pai" (art. 16, § 7.^o), circunstância essa que integrava a descrição da conduta típica no delito de homicídio (art. 192). O Código Penal de 1890, de modo mais amplo, arrola como agravante a prática do delito "contra ascendente, descendente, cônjuge, irmão, mestre, discípulo, tutor, tutelado, amo, doméstico, ou de qualquer maneira legítimo superior ou inferior do agente" (art. 39, § 9.^o), também contida na descrição do delito de homicídio (art. 294, § 1.^o). A fórmula atual procede do Código Penal de 1940 – redação pretérita – que exclui do crime de homicídio qualquer referência à relação de parentesco, sequer como qualificadora. O parricídio é agasalhado pelo Código Penal italiano, sendo apenado com pena de morte ou prisão perpétua (ergástulo) – arts. 576, n. 2, e 577, n. 1, respectivamente; pelo Código Penal português (art. 132, n. 2, al. a) e pelo Código Penal francês (art. 221-4, n. 2).

(25) O parentesco, pelo Código Penal espanhol, constitui circunstância de caráter misto, ou seja, pode atenuar ou agravar a responsabilidade segundo a natureza, os motivos e os efeitos do delito, sendo a vítima cônjuge ou pessoa a quem se encontre ligado de forma estável por análoga relação de afetividade, ascendente, descendente ou irmão por natureza, por adoção ou por afinidade nos mesmos graus do ofensor (art. 23). Quando apreciado como agravante, o parentesco implica maior gravidade do injusto; de outra parte, se considerado como atenuante, implica menor culpabilidade. Nesse caso, o maior desvalor da ação se vê não apenas compensado, mas também superado pela mais intensa culpabilidade.

toridade, ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade (art. 61, II, f).²⁶ O abuso de autoridade ocorre quando o agente excede ou faz uso ilegítimo do poder de fiscalização, assistência, instrução, educação ou custódia derivado de relações familiares, de tutela, de curatela ou mesmo de hierarquia eclesiástica. *Relações domésticas* são aquelas que se travam entre os membros de uma mesma família, frequentadores habituais da casa, amigos, assalariados; a *coabitação* é um estado de fato, pelo qual duas ou mais pessoas convivem no mesmo lugar; a *hospitalidade* é a coabitação temporária, mediante consentimento tácito ou expresso do hospedante (v.g., pernoite, visitas, convites para refeição).²⁷

Tal hipótese implica maior gravidade do injusto, particularmente do desvalor da ação, se o aproveitamento, pelo agente, das relações de dependência, intimidade ou hospitalidade visa a debilitar a defesa da vítima. Ademais, essa agravante baseia-se em considerações político-criminais, pois o sujeito ativo pode prevalecer-se consciente e voluntariamente das referidas relações também – ou unicamente – para favorecer sua impunidade.²⁸

(26) Esse dispositivo tem por fonte inspiradora o art. 61.11 do Código Penal italiano de 1930, que preceitua: "Agravam o delito, quando não são elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes especiais, as circunstâncias seguintes: (...) 11. ter cometido o fato com abuso de autoridade ou de relações domésticas, ou com abuso de relações de ofício, de prestação de serviço, de coabitação ou de hospitalidade".

(27) Cf. LYRA, R., op. cit., p. 304-306; SIQUEIRA, Galdino, op. cit., p. 697-699.

(28) Argumenta Aníbal Bruno que "o que fundamenta a exasperação da pena, nessas circunstâncias, é, desde logo, que o agente transforma em agressão o que cumpria ser apoio e assistência. E, como aquela atitude de solidariedade e auxílio era o que devia haver nessas situações, o agente viola a confiança natural em que se encontra a vítima, o que lhe diminui a defesa, facilitando a execução da ação cri-

3.1.8 Abuso de poder ou violação de dever

A agravante prevista no artigo 61, II, g, do Código Penal refere-se ao fato de ter o agente cometido o crime com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério (exercício de atividades religiosas) ou profissão (atividade especializada, remunerada, intelectual ou técnica).²⁹

Cuida-se de circunstância que opera sobre a medida do injusto, demonstrando maior desvalor da ação. Exige um elemento objetivo – maior facilidade ou menor risco para a prática do delito – e um elemento subjetivo – uso (consciente e voluntário) ilegítimo ou além dos limites legais do poder inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.

3.1.9 Crime contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida

Acolhida em termos mais restritos pela legislação pretérita,³⁰ a agravante insculpi-

minosa e favorecendo a segurança do seu autor” (*Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. III, p. 128-129).

(29) A exemplo da agravante anterior, também essa colheu inspiração no Código Penal italiano, art. 61.9, que dispõe: “Agravam o delito, quando não são elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes especiais, as circunstâncias seguintes: (...) 9. ter cometido o fato com abuso de poderes, ou com violação dos deveres inerentes a uma função pública ou a um serviço público, ou na qualidade de ministro de um culto”.

(30) Com efeito, o Código Criminal do Império consignava como agravante “tero delinquente faltado ao respeito devido á idade do offendido, quando este fôr mais velho, tanto que possa ser seu pai” (art. 16, § 5.º); o Código Penal de 1890, a seu turno, listava entre as circunstâncias agravantes o fato de “ter sido o crime cometido faltando o delinquente ao respeito devido á idade, ou á enfermidade do offendido” (art. 39, § 15). Somente com o

da no artigo 61, II, h, do Código Penal refere-se ao delito perpetrado contra criança, velho, enfermo ou “mulher grávida”. A Lei 9.318/96 ampliou o antigo rol, acrescentando-lhe de modo imediato a “mulher grávida” e, de modo mediato, o ser em gestação.

Trata-se de circunstância que atua sobre a magnitude do injusto, implicando maior desvalor da ação, já que a qualidade da vítima afasta a possibilidade de uma efetiva reação à ação criminosa e, conseqüentemente, aumenta a probabilidade de produção do resultado delitivo. Assim, o aumento do desvalor da ação está calcado não apenas na presumida vulnerabilidade da vítima, na desproporção de forças entre sujeito ativo e passivo e no preavalecimento voluntário e consciente pelo agente de tal superioridade, mas também na maior periculosidade da ação.

3.1.10 Ofendido sob proteção da autoridade

De acordo com o disposto no artigo 61, II, i, do Código Penal agrava-se a pena imposta pelo crime cometido quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade.³¹ Tal circunstância agravante demonstra, de modo inequívoco, o desrespeito do agente para com a autoridade a quem estava confiada a vítima. Estão sob imediata proteção da autoridade, por exemplo, o preso, o doente mental recolhido a estabelecimento oficial, o estudante que atravessa a rua após interrom-

advento do Código Penal de 1940 – redação anterior – tal cláusula foi devidamente esclarecida e ampliada, passando a abranger os delitos praticados “contra criança, velho ou enfermo” (art. 44, II, i).

(31) Essa circunstância foi introduzida no ordenamento jurídico-penal pátrio pelo Código Penal de 1890 (art. 39, § 16) e agasalhada pelos estatutos subseqüentes (art. 44, II, j, CP de 1940, texto anterior).

pido o tráfego pelo guarda de trânsito para esse fim.³²

A agravante em tela influi na medida da culpabilidade, por ser maior a reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita perpetrada contra vítima que se encontra em particular situação de garantia.

3.1.11 Calamidade pública ou desgrça particular

Conduz à exasperação da pena imposta a prática criminosa em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgrça particular do ofendido (art. 61, II, j).³³

Essa circunstância implica maior gravidade do injusto, de modo a agravar o desvalor da ação, dado que a produção do resultado delituoso revela-se mais provável. Faz-se necessário que o agente tenha se aproveitado, de modo consciente e voluntário, da ocasião ou do momento particularmente difícil em que se encontra a vítima, com o fim de dificultar sua defesa. Tal agravante também se fundamenta em razões político-criminais, pois o agente pode prevalecer-se das circunstâncias não apenas para debilitar a defesa da vítima, mas também para facilitar sua impunidade. Como bem se assevera, quando o crime “é praticado em uma ocasião calamitosa, é mais fácil sua execução e mais difícil a intervenção oportuna dos membros das forças ou corpos de segurança. A defesa da vítima é debilitada e a impunidade do delinquente também é

favorecida, pois é mais custosa sua identificação e detenção”.³⁴

3.1.12 Embriaguez pré-ordenada

Há a agravante prevista no artigo 61, II, l, quando o agente pratica o delito em estado de embriaguez pré-ordenada. A embriaguez pré-ordenada é a embriaguez voluntária, espécie de embriaguez não accidental. Tal circunstância denota maior reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita, atuando assim sobre a medida da culpabilidade.³⁵

3.1.13 Agravantes no concurso de pessoas

Dispõe o artigo 62 do Código Penal³⁶ que a pena será ainda agravada em relação ao agente que:

a) promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;³⁷

(34) CEREZO MIR, op. cit., p. 388. De fato, “em geral, é mais fácil encontrar desprevenida a vítima. A perfídia do agente avulta: a apuração do fato é mais difícil, a prova é precária, pois que as atenções não se prendem aos dramas individuais, quando toda uma coletividade padece” (GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo : Max Limonad, 1975, Vol. I, t. II, p. 551).

(35) A agravante em exame – tipo clássico da *actio libera in causa* – perfaz-se quando o agente “deliberadamente se embriaga para criar condições psíquicas favoráveis ao crime, animando-se de coragem ou sufocando os resíduos de resistência ao impulso criminoso, ou para acobertar-se com uma atenuante ou dirimente” (Aníbal Bruno, op. cit., p. 126).

(36) O art. 62 reproduz, em linhas gerais, o outrora disposto no art. 45 da Parte Geral do Código Penal de 1940. Todavia, a participação de menor importância, antes prevista como circunstância atenuante genérica (art. 48, II), passou a constar como causa especial redutora obrigatória de pena (art. 29, § 1.º, CP).

(37) A promoção deve ser interpretada de modo amplo, isto é, “o que move a favor de sua

(32) LYRA, R., op. cit., p. 312. Ainda nesse diapasão, acrescenta Costa e Silva que “o linchamento de um indivíduo que vai sendo conduzido por agentes da força pública é um exemplo típico de homicídio perpetrado com essa circunstância” (op. cit., p. 257).

(33) A circunstância agravante em questão já constava do Código Penal de 1890 (art. 39, § 18), não sofrendo nenhuma alteração pelas leis posteriores.

b) coage (coação irresistível ou resistível) ou induz (insinua, inspira) outrem à execução material do crime;

c) instiga (reforça a idéia delituosa) ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

d) executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.³⁸

Todas as circunstâncias agravantes acima relacionadas importam maior reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita, ou seja, operam sobre a medida da culpabilidade, agravando-a.

3.2 Circunstâncias atenuantes

A exemplo das circunstâncias agravantes, o reconhecimento das circunstâncias atenuantes foi inicialmente dominado pelo desmedido arbítrio judicial na dosimetria da pena. Com o Código Penal francês de 1791, porém, houve substancial circunscrição dos poderes conferidos aos magistrados na aplicação da sanção penal.

O sistema implantado por aquela codificação consagrava uma exagerada rigidez na imposição das penas – previamente fixadas e insuscetíveis de aumento ou diminuição por parte do julgador. Com o propó-

finalidade uma idéia, traça um plano, convida parceiros, chama alguém, ajusta com terceiros, dá conselhos ou exorta a quem deva praticar o delito, atribui a alguém o mandato, para a sua prática, todas essas situações são perfeitamente adequadas àquele que promove a cooperação” (Pedro Vergara. *Das penas principais e sua aplicação*. Rio de Janeiro : Editec, 1948, p. 358).

(38) O Código Criminal do Império assinalava como agravante “ter o delinquente cometido o crime por paga ou esperança de alguma recompensa” (art. 16, § 11); o Código Penal de 1890, por sua vez, listava como agravante o fato de “ter o delinquente cometido o crime por paga ou promessa de recompensa” (art. 39, § 10).

sito de mitigar o excesso de legalismo então vigente, o Código Penal francês de 1810 atribuiu maior relevo à idéia de individualização judicial da pena, permitindo sua atenuação ou agravação. Assim, estavam previstas naquele estatuto escusas e circunstâncias atenuantes. As *escusas* – legalmente previstas (*pas d'excuse sans texte*) – ora ensejavam a redução da pena (escusas atenuantes), ora importavam sua completa supressão (escusas absolutórias); as *circunstâncias atenuantes*, por sua vez, eram legalmente descritas apenas quanto aos seus efeitos, já que as hipóteses de aplicação restavam a critério do juiz.

Já o Código Penal francês de 1994 suprimiu as circunstâncias atenuantes. Subsiste apenas a indulgência do juiz (art. 132-18, CP). As antigas escusas (causas de indulgência do legislador) deram lugar às causas legais de isenção de pena (v.g. arts. 414-2, 422-1, 442-9, CP) e às causas legais de diminuição de pena (v.g., arts. 222-43, 422-2, 442-10, CP). A menoridade é causa geral de diminuição de pena, correspondendo no sistema francês a uma presunção de responsabilidade atenuada (cf. Ordonnance de 02.02.1945, arts. 20-2 e 20-3).³⁹

O tratamento conferido às circunstâncias atenuantes varia segundo as diversas legislações. De conseguinte, se o sistema francês confere ao magistrado amplos poderes na determinação da pena, alguns códigos adotam as denominadas atenuantes específicas, por vezes sujeitas a ampliação em razão de uma fórmula de caráter geral, que permite a admissão de circunstâncias outras não previstas na lei (v.g., art. 72, Código Penal português; arts. 62 e 62-bis, Código Penal espanhol; art. 21, Código Penal italiano).

No que respeita à disciplina perfilhada pelo Direito Penal brasileiro, tem-se que do Código Criminal do Império de 1830 (arts. 18 e 19) e do Código Penal de 1890

(39) Cf. PRADEL, Jean. *Droit pénal général*. Paris : Cujas, 1995, p. 714 et seq.

(art. 42) constavam listas taxativas das circunstâncias atenuantes passíveis de reconhecimento. De semelhante, também o Código Penal de 1940 fixava o elenco das circunstâncias atenuantes (art. 48), posteriormente modificado pela nova redação dada à Parte Geral do Código Penal em 1984. Assim, a fim de afastar dúvidas, tornou-se expresso que a atenuante da menoridade será aferida na data do fato e a da velhice, na data da sentença; incluiu-se no rol o “desconhecimento da lei” e, na letra *c*, a hipótese de quem age em cumprimento de ordem superior; beneficia-se, como estímulo à verdade processual, o agente que confessa espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, sem a exigência outrora constante do Código Penal de 1940 (redação primitiva) de ser a autoria “ignorada ou imputada a outrem”; por fim, instituiu-se, no art. 66, circunstância atenuante genérica e facultativa,⁴⁰ que permite ao juiz considerar circunstância relevante ocorrida antes, durante ou após o crime, para fixação da pena (cf. Exposição de Motivos da Lei 7.209/84, item 55).

As circunstâncias atenuantes, embora de aplicação obrigatória, não incidem quando já presentes como causas especiais de diminuição de pena. Logo, inaplicável a atenuante prevista no artigo 65, III, *a* (ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral), ao delito do artigo 121, § 1.º, do Código Penal (homicídio privilegiado), por exemplo.

⁽⁴⁰⁾ Ante dispositivo semelhante contido no art. 62-bis do Código Penal italiano, observa-se que o mesmo encontra justificativa “no reconhecimento, por parte do direito positivo, da impossibilidade de prever com antecipação sob a forma de lei, vale dizer, de maneira geral e abstrata, as infinitas situações nas quais uma circunstância, vinculada ao caso concreto, revela um valor atenuante que não pode escapar ao direito sem comprometer sua função de norma adequada e proporcionada à realidade da vida” (Michele Massa. *Le attenuanti generiche*. Napoli: Jovene, 1959, p. 15).

Nesse passo, procede-se à análise das circunstâncias atenuantes genéricas constantes do Código Penal brasileiro.

3.2.1 Menoridade

O artigo 65, I, do Código Penal prevê como circunstância atenuante genérica o fato de ser o agente menor de 21, na data do fato, ou maior de 70 anos, na data da sentença. Prevalece a menoridade, ainda que tenha se operado a cessação da incapacidade pela emancipação (art. 9.º, § 1.º, CC). A atenuante em tela atua sobre a medida da culpabilidade, por ser menor a censurabilidade pessoal da conduta típica e ilícita.

3.2.2 Desconhecimento da lei

Embora seja inescusável o desconhecimento da lei (art. 21, *caput*, CP), o erro de vigência (*ignorantia legis*) – sobretudo em razão do vasto número de diplomas legais existentes – conduz à atenuação da pena, por ser menor a magnitude da culpabilidade (art. 65, II).

3.2.3 Motivo de relevante valor social ou moral

O fato de ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral constitui circunstância atenuante genérica, insculpida no artigo 65, III, *a*, do CP.⁴¹ O motivo de relevante valor

⁽⁴¹⁾ Inspirou-se o legislador pátrio no Código Penal italiano, que estatui, em seu art. 62.1: “Atenuam o delito, quando não são elementos constitutivos ou circunstâncias atenuantes especiais, as circunstâncias seguintes: 1. ter agido por motivos de particular valor moral ou social”. Ao tecer comentários sobre o dispositivo, esclarece Maggiore que “a lei se limita a fixar o paradigma desses motivos, evitando descer a uma casuística perigosa. Cabe ao juiz – expressão da consciência histórica – reconhecer, com prudente arbítrio, o particular valor moral dos motivos para delinquir, aplicando-lhes a atenuante” (op. cit., p. 35).

social ou moral significa “o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico), a indignação contra um traidor da pátria etc.” (Exposição de Motivos do Decreto-lei 2.848/40, item 39).⁴²

A motivação de relevante valor social ou moral atenua a pena, em virtude da menor reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita.

3.2.4 Arrependimento

Duas são as hipóteses de arrependimento ativo previstas como circunstância atenuante no artigo 65, III, *b*, do Código Penal, a saber:

a) ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências: a eficiência, *in casu*, refere-se ao esforço feito pelo agente para reduzir as consequências da conduta delituosa, e não ao resultado efetivo de seu intento. Diversamente do arrependimento eficaz (art. 15, 2.^a parte, CP) – causa pessoal de exclusão de pena –, a configuração da atenuante em análise não exige o sobrestamento da produção do resultado pelo agente. Também não se confunde com o arrependimento posterior – causa obrigatória de diminuição da pena –, apli-

cável antes do recebimento da denúncia ou da queixa (art. 16, CP);

b) ter o agente, antes do julgamento, reparado o dano.

Em ambos os casos, a atenuante em questão influi na medida da culpabilidade, determinando sua redução. Demais disso, baseia-se em considerações de política criminal (exigências de prevenção especial, favorecimento da administração da justiça e proteção à vítima do delito).

3.2.5 Coação resistível, cumprimento de ordem de autoridade superior ou influência de violenta emoção

A coação irresistível, quando física (*vis absoluta*), exclui a ação, e quando moral (*vis compulsiva*), a culpabilidade (art. 22, 1.^a parte, CP). Todavia, se resistível a coação – física ou moral –, haverá atenuação da pena (art. 65, III, *c*). De semelhante, o estrito cumprimento de ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, afasta a culpabilidade por inexigibilidade de outra conduta (art. 22, 2.^a parte, CP). Sendo a ordem manifestamente legal, o agente será beneficiado pela atenuante em análise. Por fim, embora a emoção ou a paixão não excluam a imputabilidade (art. 28, I, CP), atenua-se a pena na hipótese de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

Em todos os casos previstos nessa alínea, a pena sofrerá redução por ser menor a medida da culpabilidade, ou seja, o grau de censurabilidade pessoal da conduta típica e ilícita.

3.2.6 Confissão espontânea

Está estabelecido, como circunstância atenuante genérica, o fato de ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime (art. 65, III, *d*).

Tal circunstância baseia-se fundamentalmente em considerações político-cri-

(42) Agregue-se, a propósito, que o “motivo humanitário ou de compaixão, característica altruísta e solidária geralmente comum a todas as variedades de eutanásia analisadas” (eutanásia pura ou genuína, indireta, passiva e ativa, salvo na hipótese de eutanásia eugênica e socioeconômica) “faz com que o fato seja penalmente menos reprovável ao seu autor, sempre que resulte plenamente comprovado, independentemente de ter ou não mediado o requerimento da vítima” (Carlos María Romeo Casabona. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 472).

minais (v.g. exigências da prevenção especial, favorecimento da administração da justiça); quando movido o agente pelo arrependimento, sua conduta será também indício de menor gravidade da culpabilidade.

3.2.7 *Influência de multidão em tumulto*

Tem-se epigrafada no artigo 65, III, e, do Código Penal, como agravante, a prática de crime sob a influência de multidão em tumulto, se não provocado pelo próprio agente.⁴³ Também aqui haverá nítida influência sobre a medida da culpabilidade, atenuada pela menor reprovabilidade da conduta.

Por último, resta destacar que, no concurso de 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 (art. 67, CP). Isso significa que se confere maior relevo às circunstâncias que influem na medida da culpabilidade, agravando ou atenuando a reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita (v.g. menoridade, reincidência, motivo fútil, torpe, de relevante valor social ou moral). Todavia, na hipótese de concurso de circunstâncias agravantes ou atenuantes que atuem sobre a magnitude da culpabilidade, essa preponderância deverá ser aferida mediante cuidadosa análise do caso concreto.⁴⁴

(43) O Código Penal de 1940, redação primitiva, sob a influência do art. 62.3 do Código Penal italiano, exigia para o reconhecimento dessa atenuante dois requisitos suplementares: a licitude da reunião e a não-reincidência do réu (art. 48, IV, e).

(44) Em se tratando de circunstâncias – agravantes ou atenuantes – manifestamente incompatíveis, tem-se “uma situação similar à do concurso de leis: uma das circunstâncias abarca a totalidade dos aspectos que determinam uma maior ou menor gravidade do injusto ou

4. Causas de aumento e de diminuição de pena

As causas de aumento e de diminuição de pena são circunstâncias legais genéricas (v.g., arts. 14, parágrafo único; 26, parágrafo único; 70; 71, CP) ou específicas (v.g., arts. 121, § 1.º; 127; 146, § 1.º, CP), conforme estejam descritas na Parte Geral ou na Parte Especial do Código Penal.

As majorantes e minorantes podem ser definidas como fatores de aumento ou de redução da pena que ora se apresentam em quantidades fixas (v.g., arts. 168, § 1.º; 258; 333, par.ún. 339, § 2.º, CP), ora variáveis (v.g., arts. 14, par.ún.; 24 § 2.º; 265, par.ún., CP). Distinguem-se das circunstâncias agravantes e atenuantes, já que se localizam tanto na Parte Geral como na Parte Especial do Código Penal e estabelecem o *quantum* de exasperação ou redução da pena, permitindo-se como regra geral o aumento ou diminuição desta para além ou aquém dos limites máximo e mínimo abstratamente previstos.

5. Qualificadoras

As qualificadoras são circunstâncias legais presentes na Parte Especial do Código Penal, que não se confundem com as agravantes. Estas se encontram na Parte Geral do Código Penal e não estipulam o *quantum* do aumento, que fica a critério do prudente arbítrio judicial; as circunstâncias qualificadoras, ao contrário, modificam as margens penais previstas no tipo básico (v.g., arts. 121, § 2.º; 129, §§ 1.º e 2.º; 155, § 4.º; 289, § 3.º; 342, § 1.º, CP). De outro lado, cumpre distinguir as qualificadoras das causas de aumento de pena, gerais ou especiais: nestas não são previstos limites penais (mínimo e máxi-

da culpabilidade” (Cerezo Mir, op. cit., p. 356, nota 37).

mo), mas um determinado *quantum* de aumento da pena, fixo ou variável; naquelas, porém, há a cominação de nova pena – tipo derivado – com limites mínimo e/ou máximo distintos do tipo básico ou fundamental.

Além disso, enquanto as qualificadoras estabelecem os marcos penais para o cálculo da pena-base, as causas de aumento e de diminuição, quando presentes, atuam na terceira fase de determinação judicial da pena.