

EXTENSIVO

DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL

TURMA 2025

Direito Penal

Dosimetria da Pena – Parte 01



SUMÁRIO

DIREITO PENAL	3
1. SISTEMA TRIFÁSICO	3
2. PRIMEIRA FASE: PENA BASE.....	8
2.1 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS	8
2.1.1 ESPÉCIES DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS	17
2.1.1.1 CULPABILIDADE	17
2.1.1.2 MAUS ANTECEDENTES	20
2.1.1.4 PERSONALIDADE DO AGENTE.....	29
2.1.1.5 MOTIVOS DO CRIME	31
2.1.1.6 CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME	32
2.1.1.7 CONSEQUÊNCIAS DO CRIME	33
2.1.1.8 COMPORTAMENTO DA VÍTIMA	35
3. SEGUNDA FASE – CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES	36



DIREITO PENAL

Dosimetria da pena

Neste ponto, trabalharemos a aplicação da pena e suas fases (*para deixar o material mais completo e prazeroso de estudar, dividimos em duas partes*). Esse tema, sem dúvidas, é um excelente ponto para nossas provas de Defensoria Pública. Isso porque nós, como Defensoras e Defensores Públicos do Estado, **deveremos conhecer minuciosamente sobre o sistema dosimétrico**, a fim de que nossos assistidos tenham, se o for caso de condenação, o direito a uma pena justa e que respeite ao devido processo legal e individualização da pena.

Esse assunto não é importante apenas para prova objetiva, mas para todas as demais fases. Nas peças processuais para segunda fase, não importa qual seja a banca e qual seja sua peça, você precisa conhecer bem de dosimetria.

A título de exemplo, na prova discursiva da DPE-ES, aplicada em fevereiro de 2024 pela banca FCC, houve um tópico de pontuação apenas sobre dosimetria da pena:

f. Dosimetria da pena: requerer (i) a fixação da pena-base no mínimo legal, (ii) a aplicação da atenuante da confissão extrajudicial, ainda que retratada em juízo, (iii) a fixação de regime aberto, (iv) com substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e (v) subsidiariamente, em caso de manutenção da medida de segurança, a substituição da internação por tratamento ambulatorial.	2,00
--	------

Feita essa pequena digressão, vamos para o assunto em si.

1. SISTEMA TRIFÁSICO

Como a maioria deve saber, adotamos o sistema trifásico para pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos¹. Portanto, a aplicação da pena deve ocorrer em três fases. Primeiro, analisaremos as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP (pena base). Posteriormente, as atenuantes e agravantes (fase intermediária). Por fim, passaremos às causas de diminuição e aumento (pena definitiva). Esse foi o método proposto pelo professor Nelson Hungria, e está previsto no art. 68 do Código Penal.

O método trifásico de cálculo da pena privativa de liberdade tem por **objetivo** viabilizar o exercício do direito de defesa, explicando para o réu os parâmetros que conduziram o juiz na determinação da reprimenda.

Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do **art. 59 deste Código**; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Em resumo, temos o seguinte:

¹ Como veremos, para a pena de multa será aplicado o sistema bifásico.



APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE		
1ª FASE	2ª FASE	3ª FASE
Circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. ²	Atenuantes e agravantes (art. 61 e seguintes)	Causas de diminuição e aumento (previstas na parte geral e especial e em leis especiais)

ATENÇÃO - De acordo com ROIG, *sob a perspectiva constitucional, a atuação dos julgadores deverá ser pautada na missão de afetar minimamente o indivíduo vítima da seletividade punitiva* (Aplicação da Pena, p. 23). Em outras palavras, **o art. 59 do CP deve ser interpretado à luz do dever constitucional de redução dos danos individuais.**

Por isso, MARTINELLI e DE BEM asseveram que **a imposição da pena deve ser proporcional ao dano ou ao perigo ao bem jurídico, livre de qualquer ideia de reprovação como retribuição moral.**

CAIU NA DPE-SP-FCC-2012: “O sistema pátrio de dosimetria das penas adotou o sistema bifásico.”³

Cuidado, pois com relação à pena de multa, o sistema adotado é o **bifásico**, sendo a aplicação dividida em duas fases: **a)** a fixação do número de dias-multa; **b)** depois calcula-se o valor de cada dia-multa. Em tabelas, fica da seguinte maneira:

APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA	
1ª FASE	2ª FASE
Fixação do número de dias – multa	Cálculo do valor de cada dia-multa.

Dando continuidade, precisamos saber que a aplicação da pena não acaba com a última fase da dosimetria da pena. Isso porque após encontrar a pena definitiva, o magistrado deverá analisar ainda alguns detalhes na seguinte ordem⁴:

- a) fixação do regime inicial do cumprimento de pena, analisando a pena estabelecida;
- b) após, deve analisar se é cabível a substituição por uma pena restritiva de direito;
- c) não sendo o caso de aplicação de PRD, o magistrado deve analisar se é cabível a concessão de suspensão condicional da pena;
- d) por fim, o magistrado analisará se ainda estão presentes os requisitos da prisão

² É importante decorarmos quais são elas, pois em provas orais volta e meia os examinadores pedem para o candidato enumerá-las. Na arguição de um dos nossos professores em uma prova oral, foi pedido para que este enumerasse as oito circunstâncias judiciais do art. 59, mas na ocasião lembrou apenas de 4, e ainda assim foi aprovado e convocado. Portanto, fiquem tranquilos, não é preciso acertar TUDO para passar. Agora vamos voltar aos estudos, rs. :D

³ **ERRADO.** Nosso sistema adotou o sistema trifásico.

⁴ Em nossas peças criminais de segunda fase, essa ordem também deve ser estabelecida como pedidos subsidiários em tópico específico.



preventiva, a fim de que o réu possa ou não recorrer em liberdade.

e) por fim, deve o juiz abater da pena final os dias que o réu ficou preso provisoriamente durante o processo, para fixar o regime final. É o que prevê o art. 387, § 2º do CPP, que foi incluído em 2012. É também chamado de **detração**, como referência à detração da LEP.

Uma decisão importante do ano de 2021 trata sobre a seguinte situação: o inadimplemento da pena de multa impede a extinção da punibilidade mesmo que já tenha sido cumprida a pena privativa de liberdade ou a pena restritiva de direitos? A resposta é depende⁵.

- Regra: **SIM** Se o indivíduo for condenado a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária obsta (impede) o reconhecimento da extinção da punibilidade. Em outras palavras, somente haverá a extinção da punibilidade se, além do cumprimento da pena privativa de liberdade, houver o pagamento da multa.
- **Exceção**: se o condenado comprovar que não tem como pagar a multa. Se o condenado comprovar a impossibilidade de pagar a sanção pecuniária, neste caso, será possível a extinção da punibilidade mesmo sem a quitação da multa. Bastará cumprir a pena privativa de liberdade e comprovar que não tem condições de pagar a multa.

Foi a tese fixada pelo STJ: Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade. STJ. 3ª Seção. REsp 1785861/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 24/11/2021 (Recurso Repetitivo – Tema 931).

É importante salientar que o STJ, em **01/03/2024**, promoveu a revisão do Tema 931, assim dispondo:

DESTAQUE: O **inadimplemento da pena de multa**, mesmo após o cumprimento da pena de prisão ou da pena restritiva de direitos, **não impede a extinção da punibilidade, desde que o condenado alegue hipossuficiência, salvo se o juiz competente, em decisão devidamente fundamentada, entenda de forma diferente, indicando especificamente a capacidade de pagamento da penalidade pecuniária.** STJ. REsp 2.090.454-SP e REsp 2.024.901-SP, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 28/02/2024, DJe 1/3/2024 (Revisão do Tema 931). (Info 803)

⁵ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O inadimplemento da pena de multa obsta a extinção da punibilidade do apenado?**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/95c8ba4434e9db2bf3e20c639b04c56f>>. Acesso em: 30/12/2024.



INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

(...) mesmo aqueles que cumpriram integralmente suas penas, ainda precisam enfrentar a desproporcionalidade e a crueldade do sistema, já que são obrigados a pagar multas que foram fixadas quando condenados. A depender do perfil do réu, essas multas acabam aprofundando ainda mais a desigualdade econômica e social existente na população apenada, uma vez que após a saída da prisão retornam com frequência para a situação anterior a sua prisão, agora sobreposta com o estigma de ex-preso.

(...)

Não se mostra, portanto, compatível com os objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito - destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" (Preâmbulo da Constituição da República) - **que se perpetue uma situação que tem representado uma sobrepunição dos condenados notoriamente incapacitados** de, já expiada a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, solver uma dívida que, a despeito de legalmente imposta - com a incidência formal do Direito Penal - não se apresenta, no momento de sua execução, em punição estatal.

(...)

No caso, a Corte de origem procedeu ao exame das condições socioeconômicas a que submetido o apenado, a fim de averiguar a possibilidade de incidência da tese firmada no Tema 931, o que levou o Tribunal a concluir pela vulnerabilidade econômica do recorrido. O Tribunal a quo, não obstante haver reconhecido a legitimidade da cobrança da pena de multa pelo Ministério Público, alicerçou sua compreensão na patente hipossuficiência do executado, conjuntura que não foi desconstituída pelo órgão ministerial.

A presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência, a fim de permitir a concessão da gratuidade de justiça, possui amparo no art. 99, § 3º, do Código de Processo Civil, segundo o qual "presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural", podendo ser elidida caso esteja demonstrada a capacidade econômica do reeducando.

Desse modo, conclui-se que o inadimplemento da pena de multa, após cumprida a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, não obsta a extinção da punibilidade, ante a alegada hipossuficiência do condenado, salvo se diversamente entender o juiz competente, em decisão suficientemente motivada, que indique concretamente a possibilidade de pagamento da sanção pecuniária.⁶

O STF, por sua vez, no informativo 1.129, assim veiculou:

⁶ Se possível, leiam o inteiro teor do julgado disponível em: <https://processo.stj.ius.br/jurisprudencia/externo/informativo/?refinar=S.DISP.&acao=pesquisarumaedicao&aplicacao=informativo&livre=%270803%27.cod.&l=10>. Acesso em 30/12/2024.



O adimplemento da pena de multa conjuntamente cominada com a pena privativa de liberdade é condição para o reconhecimento da extinção da punibilidade, salvo na situação de comprovada impossibilidade pelo apenado, ainda que de forma parcelada. STF. Plenário. ADI 7.032/DF, Rel. Min. Flávio Dino, julgado em 22/03/2024 (Info 1129).

Para o Professor Márcio Cavalcante (Dizer o Direito), trata-se de entendimentos parecidos, mas não iguais. Isso porque a redação adotada pelo STJ sugere que basta a simples alegação de hipossuficiência do condenado para que esta seja considerada, somente podendo ser afastada caso o Estado comprove a sua capacidade financeira para tanto. Já na redação adotada pelo STF, o ônus de provar essa hipossuficiência seria do apenado. Portanto, fica aí a ressalva.⁷

SE LIGA NA JURIS: A multa aplicada na sentença condenatória possui caráter penal; embora se apliquem as causas suspensivas da prescrição previstas na LEF e as causas interruptivas disciplinadas no art. 174 do CTN, o prazo da prescrição intercorrente é o do art. 114, II, do CP.

Caso hipotético: João foi condenado por tráfico de drogas a uma pena de 9 anos de reclusão e multa. Após cumprir a prisão, a multa não foi paga.

Diante da inércia do MP, a Fazenda Nacional ingressou com execução fiscal cobrando a multa. A execução foi suspensa devido à ausência de bens penhoráveis, e, após cinco anos do arquivamento provisório, o juiz extinguiu o processo com base na prescrição intercorrente, aplicando o prazo de cinco anos do art. 174 do CTN.

A Fazenda Nacional recorreu, argumentando que a multa penal mantém sua natureza criminal, mesmo se cobrada via execução fiscal, e, portanto, o prazo prescricional deveria ser o mesmo da pena privativa de liberdade aplicada (16 anos, conforme o art. 109 do CP).

O STJ concordou com a recorrente.

A nova redação do art. 51 do Código Penal não retirou o caráter penal da multa, de modo que, embora se apliquem as causas suspensivas da prescrição previstas na Lei nº 6.830/1980 e as causas interruptivas disciplinadas no art. 174 do CTN, o prazo prescricional continua regido pelo art. 114, II, do CP, inclusive quanto ao prazo de prescrição intercorrente. STJ. 2ª Turma. REsp 2.173.858-RN, Rel. Min. Afrânio Vilela, julgado em 5/11/2024 (Info 833).⁸

Vamos analisar agora fase por fase, detalhe por detalhe, pois o tema é muito importante e rico para nossas provas.

⁷ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O adimplemento da pena de multa é condição para o reconhecimento da extinção da punibilidade?**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/e3743b463beb38a2a24eebe5ecbad410>>. Acesso em: 21/07/2024

⁸ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A multa aplicada na sentença condenatória possui caráter penal; embora se apliquem as causas suspensivas da prescrição previstas na LEF e as causas interruptivas disciplinadas no art. 174 do CTN, o prazo da prescrição intercorrente é o do art. 114, II, do CP.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b980be726641e1ce5cfa8dde32ee3bcf>>. Acesso em: 30/12/2024.



2. PRIMEIRA FASE: PENA BASE

Inicialmente, devemos saber que as qualificadoras são institutos que aumentam a pena mínima e a máxima em abstrato. Portanto, não podemos confundir **qualificadora** com **causa de aumento de pena**. Isso porque aquelas são utilizadas na primeira fase da dosimetria (para encontrar o ponto de partida, isto é, a pena mínima e máxima), e estas, na terceira e última fase.

Imagine que estejamos diante de um homicídio qualificado por motivo fútil, por exemplo. Trabalharemos inicialmente com a pena de 12 a 30 anos de reclusão (art. 121, § 2º, II do CP), e não com a pena do homicídio simples, 6 a 20 anos de reclusão. Em resumo, o ponto de partida é a pena **mínima** e a **máxima** cominada.

Por outro lado, é possível que o crime seja duplamente ou triplamente qualificado, isto é, estejam presentes, ao mesmo tempo, duas ou três qualificadoras (ou até mais). Neste caso, o que fazer?

Perceba que como a qualificadora aumenta a pena mínima e a máxima em abstrato, as outras qualificadoras, se existentes, ficam, em tese, sem utilidade prática. No entanto, segundo a jurisprudência, havendo mais de uma qualificadora, o juiz utiliza apenas uma delas para qualificar o crime, podendo as outras serem utilizadas como agravantes genéricas (se houver correspondência) ou, caso não corresponda a nenhuma agravante genérica (art. 61 do Código Penal), poderão ser utilizadas como circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59).

Portanto, encontrado o mínimo e o máximo abstratamente previstos em lei, o magistrado iniciará a busca pela pena base, utilizando-se das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, que veremos agora.

CAIU NA DPE-SP-FCC-2012: “O enquadramento da conduta em circunstância qualificadora precede a primeira fase, ao passo que as causas especiais de aumento de pena são computadas na última fase da dosimetria.”⁹

2.1 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Como vimos, o art. 59, *caput* do Código Penal traz as chamadas circunstâncias judiciais. É a fase inicial para o encontro da pena base.

Art. 59 - O juiz, atendendo 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**, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...)

SE LIGA NA JURIS: É obrigatória a redução proporcional da pena-base quando o Tribunal de segunda instância, em recurso exclusivo da defesa, afastar circunstância judicial negativa reconhecida na sentença. Todavia, não implicam *reformatio in pejus* a mera correção da classificação de um fato já valorado negativamente pela

⁹ **CERTO.** A circunstância qualificadora, ao incidir sobre um tipo penal, muda o patamar da pena, isto é, as penas mínima e máxima são alteradas, precedendo à análise das circunstâncias judiciais (1ª fase). Em relação as causas especiais de aumento de pena, estas estão previstas na terceira (e última) fase da dosimetria da pena.



sentença para enquadrá-lo como outra circunstância judicial, nem o simples reforço de fundamentação para manter a valoração negativa de circunstância já reputada desfavorável na sentença. STJ. 3ª Seção. REsp 2.058.971-MG, REsp 2.058.976-MG e REsp 2.058.970-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgados em 28/8/2024 (Recurso Repetitivo – Tema 1214) (Info 827).

Temos, portanto, 8 circunstâncias judiciais:

1. Culpabilidade
2. Antecedentes
3. Conduta social
4. Personalidade do agente
5. Motivos
6. Circunstâncias do crime
7. Consequências do crime
8. Comportamento da vítima.

ALERTA SANGUE VERDE

Em provas abertas, como discursivas e orais, devemos apresentar duras críticas com relação às **circunstâncias judiciais**. Isso porque, como se sabe, o direito penal deve atuar com relação aos **fatos** praticados. Não pode o direito penal valer-se de institutos criminais que valorem o **autor**. Repito, mais uma vez, que o direito penal é do **fato** e não do **autor**. **Por essas razões, devemos expor que muito embora o Código Penal tenha adotado o sistema trifásico da dosimetria da pena, a primeira fase não poderia basear-se nas circunstâncias judiciais inerentes ao autor da infração, mas tão somente aos fatos. Com efeito, a CF adota um direito penal garantista, compatível com o direito unicamente do FATO, logo, criticam-se as circunstâncias subjetivas, pois isso é campo fértil do Direito Penal do Autor. Nesse sentido, MARTINELLI e DE BEM explicam que: o grande inconveniente, tratando-se de “categorias abertas”, é que a atribuição de seus conteúdos é deixada a critério dos juízes e, com isso, enseja-se “uma utilização não garantista” em razão da existência de uma “anarquia interpretativa”.**

Nessa primeira fase, o Juiz não poderá reduzir a pena **abaixo do mínimo legal, nem suplantará o limite máximo em abstrato**. Inclusive, o enunciado de súmula 231 do STJ se posiciona nesse sentido: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

De se notar que uma doutrina minoritária sustenta que seria possível a fixação da pena base **aquém do mínimo legal**. Nesse sentido, ZAFFARONI leciona que *“os juízes podem ultrapassar o limite quantas vezes forem necessárias, nos casos cujas circunstâncias concretas indiquem que as penas, mesmo em seu patamar mínimo, lesam o princípio da humanidade”*.

Embora em **2024** o STJ tenha discutido, através de audiências públicas, sobre a possibilidade de pena abaixo do mínimo legal e consequente revisão da súmula 231, o entendimento de revisão não prevaleceu, de forma que continua válida como veremos ao decorrer deste material.



Antes de falarmos de cada uma das circunstâncias individualmente precisamos entender como funciona o efetivo cálculo da pena-base. Para isso precisamos responder duas grandes questões: **(i) qual o ponto de partida e o ponto de chegada (limite) da pena-base;** e **(ii) qual o percentual de aumento de cada circunstância e qual sua base de cálculo;**

Qual o ponto de partida da pena-base?

Em relação a nossa primeira pergunta, conforme redação supracitada do art. 59 do CP, o Legislador não fixou o ponto de partida do cálculo da pena base. Isso posto, surgiram duas posições:

1) **Pena base deve ser dosada a partir da pena mínima em abstrato do tipo penal incriminador.** Isto é, no crime de furto simples (pena 1 a 4 anos), a pena base inicia-se em 1 (hum) ano. **Trata-se da posição majoritária, bem como do entendimento consolidado dos Tribunais superiores.**

2) **Pena base deve ser dosada a partir do “ponto ou termo médio”.** Trata-se de posição doutrinária minoritária e não adotada pelos Tribunais superiores. Em suma, para esses doutrinadores, o marco inicial da pena base deve partir do centro do intervalo mínimo e máximo previsto em abstrato para o tipo penal. Acerca dessa tese rechaçada pelos Tribunais Superiores esclarece a doutrina:

É a hipótese, a título de exemplo, de um crime punido com **pena privativa de liberdade de reclusão de dois a dez anos**, em que se conclui que o ponto médio corresponde a exatos seis anos. **O ponto ou termo médio, portanto, é exatamente o quantitativo de pena que se encontra no meio (centro) do intervalo da pena prevista em abstrato** pelo legislador para o tipo penal incriminador.

No exemplo trazido à tona, vemos que o intervalo entre a pena mínima e máxima previstas em abstrato corresponde exatamente a 8 (oito) anos (pena mínima = 2 / pena máxima = 10 / intervalo de pena 8 anos). Para se chegar ao ponto médio (quantitativo de pena que está no centro do intervalo mínimo e máximo), em qualquer situação, basta encontrarmos o intervalo de pena em abstrato previsto no tipo penal (no exemplo é igual a 8 anos) e, em seguida, encontrarmos a sua metade (no exemplo, será de 4 anos). Com isso, somando-se esse resultado encontrado (4 anos) à pena mínima prevista em abstrato no tipo, chegaremos ao ponto médio (2 + 4 = 6 anos). De forma idêntica, subtraindo-se o resultado encontrado (4 anos) da pena máxima prevista em abstrato no tipo, chegaremos também ao ponto médio (10 – 4 = 6 anos)¹⁰.

Ou seja, para essa corrente, no exemplo citado, a pena-base deveria partir de 6 anos e não da mínima em abstrato (2 anos). Caso as circunstâncias fossem positivas a pena base caminharia para redução, e caso negativas a pena-base seria conduzida para majoração.

¹⁰ SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 17. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023. P. 199.



Ocorre que a tese é rechaçada pois **viola o princípio da individualização da pena ao acarretar uma exasperação prévia da pena-base sem qualquer justificativa**. Evidentemente, é mais favorável ao réu que a pena-base seja valorada partindo-se da pena mínima em abstrato do que do “ponto médio”. Nesse sentido, tem-se o ARE n. 1384405/PR; e HC 79186/GO.

Portanto, a pena-base deve partir da pena mínima em abstrato do tipo penal, perfeito. Mas há algum limite máximo para fixação da pena-base?

Sobre esse questionamento, há parcela minoritária da doutrina que novamente invocando o “**termo médio**” entende que **este deve ser utilizado como limitador máximo à fixação da pena-base sob o pálio da proporcionalidade**. Isto é, no exemplo supracitado, mesmo com todas as circunstâncias judiciais negativas, o juízo não poderia elevar a pena base acima do “termo médio” (6 anos no nosso exemplo). Essa **tese também é rechaçada pelos Tribunais superiores**, conforme esclarece a doutrina:

Nesse particular, os **Tribunais Superiores (STF e STJ) rechaçam a hipótese simplesmente em decorrência da própria legislação penal em vigor, eis que, por expressa dicção legal no art. 59, inciso II, do Código Penal, a pena-base deverá ser dosada dentro dos limites previstos em abstrato pelo legislador**, ou seja, como vimos anteriormente, ela (pena-base) não poderá ser dosada aquém, e nem além respectivamente, do quantitativo mínimo e máximo previstos no preceito secundário do tipo.

Portanto, para os Tribunais Superiores, **os limites à fixação da pena-base têm os seus contornos definidos pelo próprio legislador (etapa legislativa)**, não podendo, desse modo, existir qualquer outro limitador máximo, a exemplo do ponto ou termo médio para a primeira fase, a não ser a própria pena máxima prevista em abstrato no próprio preceito secundário do tipo penal (art. 59, II, do CP)¹¹.

Em suma, a pena-base deve partir da pena mínima em abstrato e terá como limite a pena máxima em abstrato. Entretanto, como nas provas de Defensoria Pública devemos buscar sempre o melhor para o nosso assistido, a depender do caso, especialmente em provas subjetivas ou orais, é possível que vocês sustentem essa tese de limitação da pena-base ao termo médio, com fulcro na proporcionalidade.

Caso vocês decidam defender essa tese (ex: a pena do seu assistido ficaria menor), é preciso ressaltar que este não é o entendimento atual do STJ ou STF. Lembre-se de deixar claro para o examinador que vocês conhecem o entendimento vigente, mas estão defendendo a aplicação de uma interpretação mais favorável no caso concreto.

Agora precisamos analisar qual valor fracionário deve ser aplicado à pena (para majorar ou reduzir) por circunstância judicial (negativa/positiva), e qual a base de cálculo.

¹¹ SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 17. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023. P. 201.



Nesse ponto, o legislador novamente deixou de fixar um percentual fixo para cada circunstância judicial. Isso ocorre porque não é possível estabelecer um único critério definitivo e absolutamente engessado para a dosimetria da pena-base, até mesmo pela observância do princípio da individualização da pena:

Não há um critério matemático para a escolha das frações de aumento em função da negatificação dos vetores contidos no art. 59 do Código Penal, sendo garantida a discricionariedade do julgador para a fixação da pena-base, dentro do seu livre convencimento motivado e de acordo com as peculiaridades do caso concreto. STJ. 6ª Turma. AgRg no HC n. 665.698/RS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 10/5/2022.

A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme em garantir a discricionariedade do julgador, sem a fixação de critério aritmético, na escolha da sanção a ser estabelecida na primeira etapa da dosimetria. STJ. 6ª Turma. AgRg no HC n. 670.044/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 10/5/2022.

Portanto, fixada a premissa de que não há um único critério ou método para o cálculo da pena-base, temos **4 possibilidades de cálculo usualmente aceitas e utilizadas**:

- $1/6$ (hum sexto) sobre a pena mínima em abstrato;
- $1/8$ (hum oitavo) sobre intervalo entre as penas mínimas e máximas abstratamente cominadas
- $1/8$ (hum oitavo) sobre a média dos extremos previstos para o tipo penal violado;
- Fração superior a $1/6$

Antes de analisarmos cada uma é preciso já deixar claro que **não há método correto**, desde que o Juízo fundamente o uso da fração escolhida. Inclusive o STJ já definiu que não há direito subjetivo à dosimetria por alguma fração em específico:

Em relação ao quantum de aumento, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, **"não há direito subjetivo do réu à adoção de alguma fração de aumento específica para cada circunstância judicial, seja ela de $1/6$ sobre a pena-base, $1/8$ do intervalo supracitado ou mesmo outro valor"** (AgRg no HC n. 787.967/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 25/05/2023). (AgRg no HC n. 778.266/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Teodoro Silva Santos, DJe de 21/3/2024).

A primeira possibilidade é a fixação da fração de **$1/6$ por circunstância judicial sobre a pena mínima em abstrato**. Partindo-se do entendimento consolidado dos Tribunais de que na ausência de valores definidos pelo legislador para atenuantes e agravantes seria aplicada a fração mínima de $1/6$, grande parte da doutrina



e dos Tribunais começou a acolher o entendimento de que a fração cabível seria de 1/6 por circunstância judicial:

Consolidou-se esta Corte no sentido de que, em regra, a elevação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve seguir o parâmetro da fração de **1/6 para cada vetorial negativa**, exceto quando evidenciado, por meio de elementos concretos do caso, a maior gravidade da conduta. No caso, a elevação da pena-base, em relação à vetorial negativada (antecedentes), ocorreu no índice de 1/6, não se evidenciando a alegada desproporcionalidade. STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp n. 1.943.477/SP, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), julgado em 3/5/2022.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da **fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa**, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 647642/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 15/06/2021.

A segunda hipótese é o caso de fixação do percentual de **1/8 para cada circunstância judicial sobre o intervalo entre a pena mínima e máxima em abstrato**. A lógica dessa posição decorre do fato de termos 8 circunstâncias judiciais a serem consideradas pelo Juízo no art. 59 do CP. O referido entendimento também encontra guarida nos Tribunais Superiores:

Não há ilegalidade na **exasperação da base no patamar de 1/8 a incidir sobre o intervalo entre as penas mínimas e máximas abstratamente cominadas ao crime**, para cada circunstância judicial, em razão da valoração negativa das vetoriais da culpabilidade e das circunstâncias do delito, uma vez que apontados elementos concretos e idôneos para tanto, quais sejam, a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos, de maior potencial lesivo (cocaína e crack), bem como o fato do agravante guardar as substâncias entorpecentes na residência em que morava com seus filhos menores. (AgRg no HC n. 927.292/ES, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 17/9/2024, DJe de 19/9/2024.)

A fixação da pena-base não precisa seguir um critério matemático rígido, de modo que não há direito subjetivo do réu à adoção de alguma fração específica para cada circunstância judicial, seja ela de 1/6 sobre a pena-base, **1/8 do intervalo entre as penas mínima e máxima** ou mesmo outro valor. Tais frações são parâmetros aceitos pela jurisprudência do STJ, mas não se revestem de caráter obrigatório, exigindo-se apenas que seja proporcional e devidamente justificado o critério utilizado pelas instâncias ordinárias. (STJ. EDcl no AgRg no HC 701.231/SC, Relator: Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 14/6/2022.)



Ainda existe jurisprudência que entende ser possível a aplicação da fração de **1/8 sobre o ponto médio das penas mínima e máxima do tipo penal violado**. Geralmente essa conta é mais prejudicial ao réu. Para calcular seguindo esse critério de 1/8 sobre o ponto médio, deve-se realizar a seguinte operação: primeiro soma-se a pena mínima e a máxima, divide o resultado por 2 (atingindo o ponto médio), depois divide o valor por 8 (por serem oito circunstâncias)¹².

Vejamos alguns precedentes do STJ que acataram essa forma de cálculo:

A jurisprudência desta Corte Superior, valendo-se dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, estabeleceu em caráter orientativo as frações de aumento de 1/6 (um sexto) sobre a pena mínima ou **1/8 (um oitavo) sobre a média dos extremos previstos para o tipo penal violado**. A utilização de tais frações, contudo, não constitui direito subjetivo do acusado e não evidencia a opção por um critério meramente aritmético, o qual, por certo, não se coaduna com a finalidade de prevenção especial que a pena criminal exerce. (AgRg no REsp n. 2.005.425/PR, relator Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do Tjsp), Sexta Turma, julgado em 2/9/2024, DJe de 4/9/2024.)

Esta Corte já manifestou o entendimento de que **a exasperação relacionada a cada circunstância judicial poderá, entre outros critérios, ser calculada com base no termo médio entre o mínimo e o máximo da pena cominada em abstrato ao crime, dividido pelo número de circunstâncias judiciais do art. 59 do CP** (AgRg no AREsp n. 785.834/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 10/8/2017).

Por fim, a jurisprudência também tem admitido a **fixação de percentual superior a 1/6**, desde que o Juízo apresente fundamento idôneo para a incidência da fração. Em casos singulares, **é possível que até mesmo uma única circunstância negativa justifique a fixação da pena-base próxima ao máximo legal**, situação que, evidentemente, exige um ônus argumentativo específico:

Sobre critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que esta Corte Superior de justiça entende que “A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que “o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto” (STJ. AgRg no REsp 143.071/AM, Sexta Turma, Relatora: Min. Maria Thereza de Assis

¹² **Exemplo:** No tráfico de drogas (art. 33 da Lei de Drogas), a pena mínima é de 5 anos e a máxima é de 15 anos de reclusão. Inicialmente deve-se somar a pena mínima com a máxima (portanto, 5+ 15), que dará 20. Depois, deve-se dividir por 2, que chegará a 10. Esse resultado deve ser dividido por 8 (pois há 8 circunstâncias judiciais). O resultado daria 1,25 anos, isto é, 1 ano e 3 meses (pois 0,25 corresponde a ¼ de ano, ou seja, 3 meses, daí porque 1 ano e 3 meses). Ou seja, considerando essa regra de 1/8 sobre o ponto médio, o juiz deverá aumentar 1 ano e 3 meses sobre cada circunstância judicial valorada negativamente.



Moura, DJe de 6/5/2015). A confecção da dosimetria da pena não é uma operação matemática, **e nada impede que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto** (STF. Primeira Turma, RHC 101576, Relatora: Min. Rosa Weber, DJe 14-08-2012). Ainda, certo é que não há direito do subjetivo do réu à adoção de alguma fração de aumento específica para cada circunstância judicial negativa, seja ela de 1/6 sobre a pena-base, 1/8 do intervalo entre as penas mínimas e máximas ou mesmo outro valor. Precedentes. (STJ. AgRg no AREsp 2.084.097/RS, Relator: Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 3/5/2022.)

[...] **Não há ilegalidade na aplicação da pena-base próxima ao máximo legal quando justificada na natureza e na quantidade de droga apreendida - ¼ de tonelada de crack. [...]** (STJ. AgRg no HC 711.893/SP, Relator: Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/02/2022, DJe 21/02/2022.)

O STJ também já acatou outras formas de cálculo, o que reforça a posição de que não há um único método de cálculo, todavia, caso o Juízo fuja das formas usualmente aplicadas – especialmente nos casos em que o resultado seja prejudicial ao réu – é imperiosa a apresentação de fundamentação idônea:

No presente caso, verifica-se que a pena-base foi fixada em 7 anos de reclusão para o crime de roubo, o que significou o aumento de 1 ano e 6 meses para a culpabilidade e as consequências do crime, o que **representa o aumento de 1/4 do intervalo da pena abstratamente estabelecida no preceito secundário do tipo penal incriminador, para cada circunstância judicial negativa**, não podendo se falar em desproporcionalidade ou ofensa à razoabilidade, **tendo em vista a fundamentação concreta apresentada**, conforme leitura do trecho acima. (AgRg no AREsp n. 2.654.780/MA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/8/2024, DJe de 3/9/2024.)

No caso, considerando que a instância ordinária utilizou-se de **fundamentação idônea para aumentar a pena-base** - "em razão das circunstâncias do crime, que demonstram um dolo excessivo por parte dos agentes, os quais demonstraram intensa preparação, com uso de coletes e distintivos da polícia e diversas armas de fogo" - **e aplicou um critério dentro da discricionariedade vinculada que lhe é assegurada pela lei - 1/4 da pena mínima - , não há falar em violação do art. 59 do CP**. Precedentes. (AgRg no HC n. 826.275/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Sexta Turma, julgado em 11/6/2024, DJe de 14/6/2024.)

Por fim, em relação à possibilidade de fixação de fração superior à 1/6, há parte da doutrina que levanta crítica a essa possibilidade ante a **violação a hierarquização das fases** e dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade:



A hierarquização do sistema trifásico, que traduz, portanto, sua essência, revela a imperiosa necessidade do julgador em observar seus degraus nos limites previstos pela lei, pois dela se extrai a vontade legislativa de graduação dos elementos que formam a sanção definitiva em concreto.

Isso quer dizer, então, que durante o sistema trifásico de dosimetria da pena os elementos que integram a fase seguinte sempre terão um patamar de valoração mais acentuado do que os que integram a fase anterior, isto é, o quantum de valoração das causas de diminuição e aumento de pena deverá ser superior ao quantum de valoração das circunstâncias atenuantes e agravantes, enquanto estas deverão ter um quantum de valoração superior ao das circunstâncias judiciais¹³.

[...]

No entanto, com a devida vênia a posição assumida pelos Tribunais Superiores, acerca da possibilidade de o magistrado sentenciante, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto, **fixar à pena-base, inclusive, no máximo legal previsto em abstrato, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial** (STF, RHC 101576 e STJ AgRg no REsp 143071/AM), **não nos parece que tal liberalidade reconhecida seja algo recomendável, eis que, certamente, no decorrer do processo de aplicação da pena definitiva em concreto, teremos uma indiscutível afronta a hierarquização das fases e também aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, independentemente da gravidade em concreto demonstrada pela vetorial censurada (negativa)**¹⁴.

Nesse caso, como estamos estudando para prova de Defensoria, guardem essa crítica, pois se aparecer na prova de vocês um caso em que o Juiz tenha fixado a pena-base no máximo em abstrato com a negativação de apenas uma circunstância, apesar de o STJ permitir, o seu examinador com certeza estará esperando uma crítica.

Em suma, temos o seguinte quadro:

PENA-BASE	CRITÉRIOS ACEITOS PELA JURISPRUDÊNCIA
Ponto de partida	Pena mínima em abstrato
Ponto de chegada (limite)	Pena máxima em abstrato
Métodos de Cálculo	1/6 sobre a pena mínima em abstrato
	1/8 sobre a diferença entre a pena máxima e mínima em abstrato

¹³ SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 17. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023. P. 98/99.

¹⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 17. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023. P. 240.



(Lembrando que, em tese, pode ser utilizado outro método novo, desde que haja fundamentação correspondente)	1/8 sobre o ponto médio entre a pena máxima e mínima em abstrato
	Qualquer valor superior a 1/6

*(STJ permite desde que haja fundamentação robusta)

*(Crítica doutrinária violação à hierarquização das fases da dosimetria)

ATENÇÃO - O que fazer quando há concurso de circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis?

A primeira corrente diz que se deve fazer **COMPENSAÇÃO** entre as circunstâncias, fixando a pena-base no mínimo. Uma segunda corrente diz que deve ser usado o art. 67, CP, que trata do concurso de agravantes e atenuantes. Mas nesse caso, a analogia só é possível se a pena-base for fixada no mínimo, ou seja, analogia *in bonam partem*; qualquer outro resultado seria analogia *in malam partem*, NÃO podendo ser aplicada.

Por sua vez, os Tribunais Superiores entendem que **não é possível haver a compensação entre as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP**, na medida em que as circunstâncias favoráveis ou neutras impedem o acréscimo da pena-base de seu grau mínimo, mas não anulam outra já considerada desfavorável. **Assim, um único vetor desfavorável já autoriza o acréscimo da pena base, desde que de forma razoável e proporcional (STJ, AgRg no AREsp 1.404.788).**

Vamos analisar, com muita cautela, cada uma das circunstâncias judiciais.

2.1.1 Espécies de circunstâncias judiciais

2.1.1.1 Culpabilidade

Segundo Márcio André Cavalcante¹⁵, para fins de dosimetria da pena, culpabilidade consiste na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. Ex.: a culpabilidade (reprovabilidade) do crime de furto é intensa (elevada) se o agente, além de furto os bens da casa, ainda urina no chão da residência ou nos móveis do proprietário. Neste caso, a pena-base poderia ser aumentada por causa disso.

Por outro lado, ROIG propõe que o juízo de culpabilidade, em um sentido redutor, deve necessariamente conduzir à **redução da pena quando evidenciados o dolo eventual e a culpa inconsciente**. A redução da pena, nesse caso, deve-se ao fato de que o agente que agiu movido por dolo eventual ou culpa inconsciente despendeu menor esforço de autoinserção em situação de vulnerabilidade.

¹⁵ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Correto conceito de culpabilidade, princípio da não-culpabilidade e vedação ao bis in idem**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1731592aca5fb4d789c4119c65c10b4b>. Acesso em: 30/12/2024.



Essa culpabilidade de que trata o art. 59 do CP não tem nada a ver com a culpabilidade como requisito do crime (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa).¹⁶ É preciso, pois, distinguir a culpabilidade como elemento do crime, da culpabilidade como circunstância judicial.

CULPABILIDADE COMO ELEMENTO DO CRIME	CULPABILIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL
Elemento do crime (constituído por imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa, e potencial conhecimento da ilicitude do fato).	Está prevista no art. 59 como circunstância judicial a ser analisada pelo magistrado, e consiste na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem.
O crime, portanto, é todo fato típico, antijurídico e culpável (teoria finalista).	Há críticas a essa circunstância judicial (assim como todas) pois atua sobre a pessoa do condenado, e não sobre o fato.

Nesse aspecto, **aumentar a pena do acusado utilizando o argumento genérico de que ele agiu com dolo intenso, sem a indicação de dados concretos, não se presta a atribuir valor negativo à culpabilidade**, segundo o STJ (HC 142.370/RJ). Isso porque considerações genéricas e inerentes ao próprio tipo penal não servem para agravar a pena.

O agravamento da culpabilidade sob o argumento de maior reprovabilidade também é criticável, por se tratar de um **ponto de orientação sem clareza**, pois a reprovabilidade acaba representando uma **carta branca** para qualquer juízo de desaprovação, segundo o que o julgador, pessoalmente, considera censurável (Tatiana Stoco).

Da mesma forma, não merece prosperar eventual análise da **periculosidade do agente**, com o fito de agravar a culpabilidade. A um, porque a reprovabilidade se refere à conduta concretamente realizada, e não ao agente. A dois, porque haveria violação ao princípio da legalidade, haja vista que não existe previsão expressa dessa circunstância no art. 59 do CP. Com efeito, a periculosidade do agente se refere unicamente à fundamentação das medidas de segurança. Inobstante, o STJ possui alguns entendimentos autorizando o aumento da pena base com esse fundamento (HC 134.344/MS).

COCULPABILIDADE E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ
Segundo Rogério Sanches , em seu Manual de Direito Penal (2019), “a teoria da coculpabilidade imputa ao Estado parcela da responsabilidade social pelos atos criminosos dos agentes em razão das desigualdades sociais. Não há exclusão da culpabilidade, mas essas circunstâncias externas devem ser consideradas na dosimetria da pena. O nosso Código Penal possibilita a adoção dessa teoria ao prever, em seu artigo 66, uma atenuante inominada: “A pena poderá ser ainda ATENUADA em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.” No HC 411.243/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 07/12/2017, o STJ entendeu que é possível, a depender do caso concreto, que o

¹⁶ Lembram que o crime é fato típico, ilícito e **culpável**? Pois é. Essa culpabilidade da teoria do crime é outra coisa, distinta da culpabilidade que estamos estudando (circunstância judicial do art. 59).



juiz reconheça a teoria da coculpabilidade como sendo uma atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal. STJ. 5ª Turma. HC 411.243/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 07/12/2017.

ATENÇÃO – **Culpabilidade pela vulnerabilidade**: Zaffaroni sustenta que a seleção criminalizadora opera sobre alguns estereótipos e diante da criminalidade corriqueira perpetrada pelos membros marginalizados, existe uma preferência por certo perfil específico (homem, jovem, preto, pobre...), razão pela qual o sistema penal não se mostra uniforme. Zaffaroni propõe que isso resulte na atenuação da pena do acusado quando da segunda fase do cálculo penal, mais especificamente como atenuante inominada (art. 66, CP). Porém, nada impede que o juízo utilize a vulnerabilidade como fundamento para um juízo favorável da culpabilidade.

CAIU NA DPE-MG-2023-FUNDEP: “A culpabilidade pela vulnerabilidade, proposta por Zaffaroni, expressa a busca pela limitação da violência punitiva a partir da constatação de que o âmbito de autodeterminação dos agentes é diferente em razão das reais desigualdades”.¹⁷

CAIU NA DPE-SP-FCC-2019: “De acordo com a teoria da coculpabilidade, na forma como foi proposta por Eugenio Raúl Zaffaroni, o agente que não teve acesso às mesmas oportunidades e direitos conferidos a outros indivíduos da sociedade possui limitado âmbito de autodeterminação, o que enseja a redução do seu grau de culpabilidade”.¹⁸

Em março de 2022, no AREsp 1964508-MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas (Info 731), o STJ entendeu que ameaçar a vítima na presença de seu filho menor de idade **justifica** a valoração negativa da culpabilidade do agente:

(...) **Na primeira fase da dosimetria, a culpabilidade foi valorada negativamente pelo fato de que as ameaças foram lançadas quando a vítima se encontrava com seu filho menor de idade, circunstância que revela maior desvalor na conduta do acusado.** 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 1.964.508/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 1/4/2022.)

CAIU NA DPE-AP-FCC-2022: “Sobre a pena-base, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: Não influencia a vetorial da culpabilidade do agente o fato de ser integrante de carreira policial e haver cometido o delito valendo-se do cargo.”.¹⁹

CAIU NA DPE-ES-FCC-2016: “A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, **NÃO** constitui parâmetro legal para

¹⁷ CERTO.

¹⁸ CERTO.

¹⁹ **ERRADO**. Para o STJ, o fato de ser funcionário público (integrante da carreira policial) influencia na culpabilidade, de modo que esta será considerada negativa: “O fato de o crime de corrupção passiva ter sido praticado por Promotor de Justiça no exercício de suas atribuições institucionais pode configurar circunstância judicial desfavorável na dosimetria da pena. Isso porque esse fato **revela maior grau de reprovabilidade da conduta, a justificar o reconhecimento da acentuada culpabilidade**, dadas as específicas atribuições do promotor de justiça, as quais são distintas e incomuns se equiparadas aos demais servidores públicos “latu sensu”. STJ. 5ª Turma. REsp 1251621-AM, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16/10/2014 (Info 552).”



- A) o aumento da pena no crime continuado específico.
- B) a fixação da pena de cada concorrente no caso de concurso de pessoas.
- C) a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.
- D) a escolha da fração de aumento da pena no concurso formal impróprio.
- E) a substituição das condições do *sursis* simples pelas do especial.²⁰

CAIU NA DPE-SP-FCC-2013: “O conceito de periculosidade é incompatível com o conceito normativo de culpabilidade adotado pelo Código Penal Brasileiro.”²¹

Por fim, a 6ª Turma do STJ, em análise ao HC 834.126-RS, entendeu que o fato de o réu mentir em interrogatório judicial, imputando prática criminosa a terceiro, **não autoriza a majoração da pena-base**. Caso concreto: réu, acusado de tráfico de drogas, afirmou que o entorpecente teria sido “plantado” em sua casa pelo vizinho. Isso não ficou comprovado e o réu foi condenado. A pena não pode ser aumentada, sob o argumento de circunstância judicial negativa, pelo fato de o acusado ter imputado a prática do crime a terceiro. STJ. 6ª Turma. HC 834.126-RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 5/9/2023 (Info 789)²².

2.1.1.2 Maus antecedentes

Segundo a jurisprudência, poderá ser utilizada para valorar a circunstância “maus antecedentes” como desfavorável, a sentença condenatória transitada em julgado que **não sirva para os fins da reincidência**. Ou seja, havendo uma sentença transitada em julgado que não sirva para reincidência (agravante), em tese poderá servir para negatizar a circunstância “maus antecedentes”, mas isso deve ser visto com alguns temperamentos.

Por isso, **condenação por fato anterior ao crime em julgamento, mas com trânsito em julgado posterior a este crime não pode gerar reincidência, mas pode gerar maus antecedentes** (STJ, HC 251.417/MG).

Primeiro, importante saber que nos termos do **Enunciado de Súmula 444-STJ, é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base**. Destarte, inquérito policial ARQUIVADO ou EM ANDAMENTO NÃO caracteriza maus antecedentes, em respeito ao **princípio da presunção de inocência ou não culpa**. No mesmo sentido, **ação penal com absolvição ou ação penal em curso NÃO configura maus antecedentes**, mais uma vez, em respeito ao princípio da presunção de inocência.

²⁰ GABARITO: D.

²¹ CERTO. A culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro é um dos substratos do crime. Rogério Sanches (Manual de direito penal: parte geral, 2018, p. 323) conceitua: “Culpabilidade como o juízo de reprovação que recai na conduta típica e ilícita que o agente se propõe a realizar. Trata-se de um juízo relativo à necessidade da sanção penal”. Já a periculosidade é a base da aplicação da medida de segurança, diferentemente da culpabilidade (que trabalha com ideia de pena). A periculosidade pode ser real ou presumida. A real ocorre quando esta deve ser averiguada no caso concreto. Já a presumida ocorre quando a própria lei penal estabelece que determinado indivíduo é perigoso, devendo o juiz sujeitá-lo a medida de segurança, sem necessidade de qualquer juízo valorativo. Ademais, a medida de segurança, diferente das penas, tem apenas o caráter de prevenção especial (tratamento).

²² CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Informativo STJ-789**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/informativo/detalhes/84f7e69969dea92a925508f7c1f9579a>>. Acesso em: 30/12/2024.



Da mesma forma, **eventuais ATOS INFRACIONAIS praticados pelo acusado, quando menor de idade, NÃO podem ser considerados maus antecedentes**, tampouco prestam-se a caracterizar personalidade voltada para a prática de crimes ou má conduta social. (AgInt no REsp 1906504/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2021, DJe 04/11/2021)

Segundo o art. 64, I do Código Penal, não prevalece a condenação anterior, para fins de reincidência, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação. **Esse prazo de cinco anos é o chamado PERÍODO DEPURADOR.**

Enunciado 636-STJ: A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência. Aprovado em 26/06/2019, DJe 27/06/2019.

Façamos a seguinte pergunta: após esse período depurador (cinco anos), a condenação anterior poderá ser valorada como maus antecedentes, já que não servirá para fins de reincidência? Isto é, após o período depurador, será possível considerar a condenação para fins de maus antecedentes, ou os maus antecedentes podem ser valorados *ad eternum*?

Diante da existência de divergência entre o STF e STJ, em 18 de agosto de 2020, nos autos do **Recurso Extraordinário 593818** (*em que atuavam várias Defensorias Públicas de vários Estados do Brasil e a DPU*), o STF pacificou o tema e seguiu a orientação do STJ, fixando a seguinte tese no tema 150:

Tese do tema 150 fixada em 2020: "Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal".

Porém, em **24/04/2023** o STF revisou a seguinte tese, passando a entender que além de não se aplicar ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal, o magistrado poderá, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes, ou demasiadamente distanciadas no tempo, e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59, do Código Penal.

Em outras palavras, para o STF, a partir de agora, não é mais obrigatório o julgador considerar condenações criminais extintas há mais de cinco anos **como maus antecedentes** para a fixação da pena-base em novo processo criminal. Essa decisão deve ser fundamentada quando o julgador avaliar que as condenações anteriores têm pouca importância ou são muito antigas, e, portanto, desnecessárias à prevenção e repressão do crime.

Tese do tema 150 revista em 2023:

"Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal, podendo o



jugador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes, ou demasiadamente distanciadas no tempo, e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59, do Código Penal".²³

TESE DO TEMA 150 (STF)	TESE DO TEMA 150 DO STF (REVISADO em 2023)
Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal.	Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal, <u>podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes, ou demasiadamente distanciadas no tempo, e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59, do Código Penal.</u>

CAIU NA DPE-PI-2022-CESPE: “Com base na jurisprudência majoritária e atual do Supremo Tribunal Federal relativa à dosimetria da pena na esfera criminal e no previsto na Constituição Federal acerca dos direitos e garantias fundamentais da carta constitucional, assinale a opção correta a respeito do reconhecimento dos maus antecedentes e da reincidência.

- A) Só as condenações penais transitadas em julgado que não configurem reincidência são consideradas como maus antecedentes, não se aplicando, portanto, aos maus antecedentes a limitação do prazo quinquenal contado do término do cumprimento da pena.
- B) Embora, decorrido o prazo de cinco anos do término do cumprimento da pena, o indivíduo não retorne ao status de réu primário, para efeitos de dosimetria da pena, ele deixa de ser considerado réu de maus antecedentes.
- C) As condenações penais, transitadas em julgado ou não, podem ser consideradas como maus antecedentes, desde que não atingidas pelo prazo quinquenal contado do término do cumprimento da pena.
- D) As sentenças condenatórias transitadas em julgado são consideradas para a reincidência, enquanto as sentenças não transitadas em julgado podem ser consideradas somente para efeito de maus antecedentes, observado o prazo quinquenal.
- E) No período entre o trânsito em julgado da condenação criminal e o término do cumprimento da respectiva pena, tal sentença condenatória pode ser considerada para efeitos de maus antecedentes, mas não de reincidência”.²⁴

23

Disponível

em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2642160&numeroProcesso=593818&classeProcesso=RE&numeroTema=150> . Acesso em 22/04/2024.

24 GABARITO: A.



Uma tese institucional aventada por Gustavo Junqueira, respeitadíssimo professor de Direito Penal, junto com Patrícia Vanzolini, é no sentido de que o reconhecimento dos maus antecedentes seria inconstitucional, pois após o período depurador do art. 64 do Código Penal a condenação anterior não poderia gerar efeitos penais gravosos, sob pena de ser uma consequência penal de caráter perpétuo.

[...] Entendemos, de forma minoritária, que o reconhecimento dos maus antecedentes é inconstitucional, pois após o período depurador do art. 64 do Código Penal a condenação anterior não poderia gerar efeitos penais gravosos, sob pena de ser uma consequência penal de caráter perpétuo, que minimizaria a intensidade do já comentado princípio constitucional da humanidade das penas, que proíbe qualquer pena eterna.²⁵

Com efeito, a decisão do STF é criticada por parte da doutrina por violar o **direito ao esquecimento** e ainda por transformar a condenação anterior como uma mancha perpétua na vida do agente (**vedação das sanções de caráter perpétuo**). Por isso, uma parte da doutrina, ex.: Salo de Carvalho, sustenta que o mesmo prazo depurador da reincidência deveria incidir para fins de maus antecedentes.

Por outro lado, uma segunda corrente, ex.: Martinelli e De Bem, defende que deve ser aplicado por analogia o prazo referente à **reabilitação** (art. 94, CP), ou seja, para configurar antecedente, o trânsito em julgado da sentença condenatória da primeira infração deve ter ocorrido até **dois anos** da data da nova condenação.

ATENÇÃO - ROIG sustenta que a análise dos antecedentes do agente deve ser feita à luz do princípio da razoabilidade, de modo que **deveriam ser desconsideradas as anotações criminais sem conexão ou dissociadas do novo delito objeto de condenação**. Assim, não deveria ser considerada como mau antecedente anterior condenação por lesão corporal culposa de trânsito em uma nova condenação por peculato ou prevaricação. Por outro lado, seria considerado mau antecedente a condenação anterior pelo mesmo crime ou por crime de mesma natureza.

Por fim, não confundam **maus antecedentes** com **reincidência**, pois são institutos diferentes:

MAUS ANTECEDENTES	REINCIDÊNCIA
É uma condenação penal transitada em julgado em desfavor do agente, que não poderá servir como reincidência, sob pena de <i>bis in idem</i> . É uma circunstância judicial , portanto, a incidir na primeira fase da dosimetria da pena.	Quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. É uma agravante , portanto, a incidir na segunda fase da dosimetria da pena.
STF/STJ : como vimos, adotam o sistema da perpetuidade . Ou seja, mesmo após o transcurso do período depurador, a condenação anterior	IMPORTANTE : salvo nos casos de crimes militares próprios e políticos , não será considerada a condenação anteriores se entre a data do

²⁵ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**. Ed. Saraiva, 2013, p. 534.



ainda poderá gerar maus antecedentes, nos termos da tese 150 do STF revista em 2023.	cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos (art. 64, I, do CP). Como vimos, esse prazo é o chamado período depurador e decorre da lei.
<ul style="list-style-type: none"> • Maus antecedentes: acolhe-se o sistema da perpetuidade. 	<ul style="list-style-type: none"> • Reincidência: adota-se o sistema da temporariedade.

CAIU NA DPE-PB-FCC-2022: “A respeito da dosimetria da pena: mesmo que os registros da folha de antecedentes do réu sejam muito antigos, nunca se admite o afastamento de sua análise desfavorável na primeira fase da dosimetria.”²⁶

CAIU NA DPE-SP-FCC-2012: “Recente alteração legislativa inovou ao permitir o agravamento da pena por maus antecedentes em razão de ação penal em curso, desde que haja decisão condenatória proferida por órgão colegiado.”²⁷

2.1.1.3 Conduta social

A circunstância judicial “conduta social” também traz polêmicas quando de sua aplicação. Alguns conceituam como sendo o estilo de vida do réu perante a sociedade. No entanto, não há unanimidade em seu conceito.

Está claro que a avaliação da conduta social não pode extrapolar os limites do injusto, ou seja, não pode burlar o princípio da reserva legal e pretender punir o agente por juízo de caráter moral, sob pena de se olvidar o fato e recorrer ao direito penal do autor. Afinal, **a pena não é instrumento de reforma moral (ROIG)**.

Como bem conceitua Márcio André Cavalcante²⁸, a circunstância judicial:

“conduta social”, prevista no art. 59 do Código Penal representa o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. **Os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais.** São circunstâncias distintas, com regramentos próprios. Assim, não se mostra correto o magistrado utilizar as condenações anteriores transitadas em julgado como “conduta social desfavorável”. Não é possível a utilização de condenações anteriores com trânsito em julgado como fundamento para negatar a conduta social. STF. 2ª Turma. RHC 130132, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 10/5/2016 (Info 825). STJ. 5ª Turma. HC 475436/PE, Rel. Min. Ribeiro

²⁶ **ERRADO.** Conforme vimos, o STJ e também o STF admitem o afastamento dos maus antecedentes se os registros criminais são muito antigos.

²⁷ **ERRADO.** Não houve essa alteração legislativa. Assim, a jurisprudência não admite agravamento da pena por ações penais em curso ou inquérito policial.

²⁸ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Condenações anteriores transitadas em julgado não podem ser utilizadas como conduta social desfavorável.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/091bc5440296cc0e41dd60ce22fbaf88>. Acesso em: 30/12/2024.



Dantas, julgado em 13/12/2018. STJ. 6ª Turma. REsp 1760972-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 08/11/2018 (Info 639).

É importante saber, ainda, que na dosimetria da pena **as condenações por fatos posteriores ao crime em julgamento não podem ser utilizadas como fundamento para valorar negativamente a culpabilidade, a personalidade e a conduta social do réu**²⁹. STJ. 6ª Turma. HC 189385-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 20/2/2014 (Info 535). Além disso, o fato de o réu ser usuário de drogas não pode ser considerado, por si só, **como má-conduta social para o aumento da pena-base**. A dependência toxicológica é, na verdade, um infortúnio. STJ. 6ª Turma. HC 201453-DF, julgado em 2/2/2012.

CAIU NA DPE-ES-2023-FCC: “Em 05 de janeiro de 2023, João Pedro foi denunciado pela suposta prática do delito de furto (art. 155, caput, CP). Em 08 de setembro de 2023 foi proferida sentença condenando João Pedro nos termos da denúncia. O juiz exasperou a pena-base do réu, sob o argumento de que ele ostentaria maus antecedentes, pois fora condenado definitivamente no curso deste processo por outro delito de furto (art. 155, caput, CP) praticado em 14 de abril de 2023. Não houve o reconhecimento de agravantes ou atenuantes, nem de causas de aumento ou de diminuição de pena. Essa sentença está

- A) correta, pois embora a condenação mencionada não possa configurar reincidência específica, caracteriza maus antecedentes.
- B) errada, pois a condenação mencionada é inapta para configurar maus antecedentes, assim como é incapaz de caracterizar reincidência específica.
- C) correta, pois embora a condenação mencionada configure reincidência específica, o juiz pode utilizar tal circunstância em qualquer fase de dosimetria da pena.
- D) errada, pois a condenação mencionada configura, a um só tempo, maus antecedentes e reincidência específica.
- E) correta, pois embora a condenação mencionada não possa configurar maus antecedentes, caracteriza conduta social desajustada”.³⁰

Pelas mesmas razões, **o fato de o agente não trabalhar**, por si só, não evidencia a negatividade das circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade, porque a falta de emprego, diante de nossa realidade social, é infortúnio, e não algo tencionado (STJ, HC 120.154).

CAIU NA PROVA ORAL: Na oral da DPE-AP (FCC) o examinador pediu para que o candidato desse um exemplo de conduta social que poderia ser utilizado para prejudicar o réu. Sabemos que na análise da conduta social deve-se verificar o relacionamento do agente na família, no trabalho, nas atividades de lazer, etc. **Por outro lado, à luz de uma teoria do Direito Penal do fato, a conduta social jamais poderá ser utilizada para prejudicar o réu.** Muito provavelmente essa era a resposta esperada pelo examinador. No entanto, sabemos que essa é uma posição a ser defendida, mas que na prática o STJ vem entendendo pela possibilidade de valoração negativa da conduta social em algumas situações.

No caso abaixo, o STJ entendeu ser possível a valoração negativa da conduta social.

²⁹ Esse tema, em provas de Defensoria, tem alta probabilidade de cair. Portanto, muito cuidado!

³⁰ GABARITO: B.



EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE DE RÉU ATLETA EM FUNÇÃO DE CONDUZIR-SE DE FORMA DESREGRADA NA SUA ATIVIDADE PROFISSIONAL. "1. O fundamento utilizado pelo Juiz de primeiro grau, qual seja, o fato de o recorrido, no exercício da atividade de atleta profissional, ingerir bebida alcoólica e fumar maconha, frequentar orgias ou mesmo ter agredido torcedor, é idôneo a justificar a exasperação da pena-base, haja vista que a vetorial da conduta social avalia o comportamento do réu no meio social, familiar ou profissional." (REsp 1.535.955/RJ)

No entanto, a própria Corte Cidadã também tem precedentes no sentido de que o uso de entorpecente pelo réu, por si só, não pode ser considerado como má-conduta social para o aumento da pena-base.

Na hipótese, o juiz de primeiro grau fixou a pena-base acima do mínimo legal com o argumento de que o acusado seria usuário de drogas. Apresentado recurso da defesa, o Tribunal de origem manteve a decisão de primeiro grau e agregou novas fundamentações à decisão recorrida. Nesse contexto, a Turma reiterou o entendimento de que o uso de entorpecente pelo réu, por si só, não pode ser considerado como má-conduta social para o aumento da pena-base. HC 201.453/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 2-2-2012.

Por sua vez, o **intenso envolvimento do acusado com o tráfico de drogas** constitui fundamento idôneo para valorar negativamente a conduta social na primeira fase da dosimetria da pena do crime de homicídio, conforme entendeu o STJ no **HC 807.513/ES**. Nesse contexto, é plenamente justificada a negatização dessa circunstância judicial, porquanto reflete o temor causado pelo agente, pois trata-se de uma avaliação de natureza comportamental, pertinente ao relacionamento do agente no trabalho, na vizinhança, perante familiares ou amigos, não havendo uma delimitação mínima do campo de análise, podendo ser pequena como no núcleo familiar ou mais ampla como a comunidade em que o indivíduo mora. No caso, o fato de o sentenciado estar envolvido com o tráfico de drogas denota sua periculosidade, destemor às instituições constituídas, e também demonstra sua propensão para violar as regras sociais, sendo o caso, portanto, de manter a negatização da conduta social.

E lembrem-se: atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, **tampouco podem ser utilizados para caracterizar personalidade voltada para a prática de crimes ou má conduta social**. Há impropriedade na majoração da pena-base pela consideração negativa da personalidade do agente em razão da prévia prática de atos infracionais, pois é impossível exacerbar a reprimenda criminal com base em passagens pela Vara da Infância. STJ. 5ª Turma. HC 499987/SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 30/05/2019. STJ. 6ª Turma. REsp 1702051/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 06/03/2018.

Por outro lado, o fato de o acusado ter mentido em seu interrogatório poderia justificar a **valoração negativa de sua conduta social ou de sua personalidade no cálculo da primeira fase da pena?**



Uma corrente minoritária entende que SIM, porém STF e STJ NÃO admitem o aumento da pena base, através da negatização da personalidade ou da conduta social do acusado, sob o fundamento de que ele teria mentido em seu interrogatório. Isso porque o réu tem o **direito de permanecer calado e até mesmo de mentir** para não se autoincriminar com as declarações prestadas, não tendo, por conseguinte, o dever de dizer a verdade (STF, HC 75.257). Da mesma forma, o STJ entende que **o ordenamento pátrio não prevê o perjúrio e tampouco o dever do acusado de dizer a verdade**. Por essa razão, não se admite que a mentira em interrogatório impacte negativamente na reprimenda que será aplicada ao acusado (HC 195.937).

CAIU NA DPE-AP-2022-FCC: “Sobre a pena-base, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: A circunstância da conduta social do agente pode ser valorada de forma negativa com base em condenações penais anteriores, desde que transitadas em julgado”.³¹

CAIU NA DPE-PB-2022-FCC: “Segundo o Superior Tribunal de Justiça, antecedentes infracionais caracterizam personalidade voltada para a prática de crimes ou má conduta social para fins de aumento da pena-base caso haja fundamentação concreta”.³²

OBS: O histórico de ato infracional pode ser considerado para afastar a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei nº 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal com o crime em apuração. STJ. EREsp 1916596-SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Rel. Acd. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 08/09/2021 (Info 712).

O STF possui a mesma posição? Para o STF, a existência de atos infracionais pode servir para afastar o benefício do § 4º do art. 33 da LD?

1ª Turma do STF: SIM. RHC 190434 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 23/08/2021.

2ª Turma do STF: NÃO. STF. 2ª Turma. HC 202574 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 17/08/2021.³³

Na prática como Defensores, vemos bastante os juízes utilizarem passagens na polícia, inquéritos em curso ou até mesmo ações penais em andamento para negatizar a conduta social quando da análise da pena base. No entanto, vocês precisam estar atentos que se o STJ não admite agravar a pena base com esse fundamento (Súmula 444), igualmente não se pode utilizar para valorar negativamente quando da primeira fase:

Súmula 444 do STJ. "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."

³¹ **ERRADO.** Conforme vimos, condenações penais anteriores não podem ser valoradas como circunstância social negativa do agente, uma vez que tais condenações podem ensejar reincidência ou maus antecedentes.

³² **ERRADO.** Os atos infracionais não podem ser utilizados para valorar negativamente a má conduta social ou personalidade, nos termos da jurisprudência do STJ.

³³ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O histórico infracional é suficiente para afastar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006?. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ec79d4bed810ed64267d169b0d37373e>>. Acesso em: 30/12/2024.



Tema já cobrado em diversas provas da magistratura, de modo que devemos ficar atentos também, porque tem muita relevância para provas de Defensoria:

(2015 – FCC – TJSC) Sobre a utilização de inquéritos policiais ou as ações penais em curso como fundamento para aumentar a pena, é correto afirmar: É cabível na segunda fase e terceira fase de individualização da pena, mas não pode intervir sobre a fixação da pena-base. (Errado)

(2015 – FCC – TJSC) Sobre a utilização de inquéritos policiais ou as ações penais em curso como fundamento para aumentar a pena, é correto afirmar: Embora não esteja expressamente prevista como circunstância agravante, pode ser considerada agravante genérica com especial permissão de emprego no processo individualizador da pena. (Errado)

(2015 – FCC – TJSC) Sobre a utilização de inquéritos policiais ou as ações penais em curso como fundamento para aumentar a pena, é correto afirmar: Integra espectro compreendido no chamado princípio do livre convencimento do juiz que pode utilizá-la como causa geral de aumento de pena. (Errado)

(2015 – FCC – TJSC) Sobre a utilização de inquéritos policiais ou as ações penais em curso como fundamento para aumentar a pena, é correto afirmar: É considerada circunstância agravante expressamente prevista no art. 61 do Código Penal. (Errado)

(2015 – FCC – TJSC) Sobre a utilização de inquéritos policiais ou as ações penais em curso como fundamento para aumentar a pena, é correto afirmar: Não é reconhecida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que editou, inclusive, súmula sobre o tema. (Certo)

(2016 – FAURGS – TJRS) Segundo a orientação jurisprudencial dominante no Superior Tribunal de Justiça, processos criminais em andamento não poderão ser valorados como prova de antecedentes criminais, salvo na hipótese de já terem sido objeto de sentença condenatória sobre a qual se aguarda o julgamento de recursos defensivos. (Errado)

(2016 – CESPE – TJDFT) Embora seja vedada a utilização de inquéritos policiais em andamento para aumentar a pena-base, é possível a utilização de ações penais em curso para requerer o aumento da referida pena. (Errado)

(2017 – VUNESP – TJSP) Na aplicação da pena, é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, configurando-se, porém, a má antecedência se o acusado ostentar condenação por crime anterior, transitada em julgado após o novo fato. (Certo)



(2018 – CESPE – TJCE) Um homem, maior de idade e capaz, conduzia em seu veículo três comparsas armados com revólveres: eles pretendiam praticar um roubo. Avistaram um caminhão de cargas estacionado em um posto de gasolina e, aproveitando-se da distração do motorista, os três comparsas abordaram-no com violência e subtraíram parte da carga de computadores e notebooks. Os quatro foram presos logo em seguida e os bens foram restituídos à vítima. Em julgamento, o homem que transportava os comparsas confessou a conduta e informou que o seu papel na empreitada criminoso era somente aguardar os comparsas e propiciar a fuga. Foi informado nos autos que o réu respondia a processo por crime de roubo, o que foi considerado como antecedente. Na sentença, ele foi condenado a nove anos e quatro meses de reclusão. Ao analisar a dosimetria da pena, o juiz considerou que a culpabilidade estava comprovada nos autos, tendo afirmado que “a conduta do réu é altamente reprovável, sua personalidade é voltada para o crime; os motivos e as circunstâncias do crime não o favoreceram; as consequências do crime revelaram-se graves e as vítimas em nada contribuíram para o seu cometimento”. Como a situação econômica do réu lhe era desfavorável, ele foi assistido pela defensoria pública. (Errado)

(2019 – FCC – TJAL) Na aplicação da pena, vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, não se configurando a má antecedência se o acusado ostentar condenação por crime anterior, transitada em julgado após o novo fato. (Errado)

2.1.1.4 Personalidade do agente

A personalidade do agente é a síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Trata-se de um **retrato psíquico do agente**. A definição de personalidade do agente não encontra enquadramento em um conceito jurídico, em uma atividade de subsunção, devendo o magistrado voltar seu olhar não apenas à Ciência Jurídica.

É a mais absurda de todas as circunstâncias judiciais. É, sem dúvidas, uma ideia herdada do positivismo criminológico. Para parte da doutrina, representa uma afronta ao princípio da **culpabilidade do fato**, uma vez que a pessoa não pode sofrer sancionamento pela sua personalidade.

A valoração negativa da personalidade, **embora possa prescindir de laudos técnicos de especialistas da área de saúde**, exige uma **análise ampla da índole do réu, do seu comportamento e do seu modo de vida, a demonstrar real periculosidade e perversidade**.

É de se notar que o STF já decidiu que **a personalidade do agente não pode ser negativada sem menção a laudo técnico (RHC 209.693)**. No mesmo sentido: *quanto à personalidade do agente, ausente menção a laudo técnico ou outro instrumento hábil para aferir a personalidade, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, não há como reputá-la negativa (STF, HC 224.296)*. No entanto, há decisões do



próprio STF e diversas decisões do STJ em sentido contrário, ou seja, considerando prescindível a existência de laudo técnico para exame da personalidade do agente.

Para o STJ, a existência de condenações definitivas anteriores não se presta a fundamentar a exasperação da pena-base como personalidade voltada para o crime. Isso porque **condenações transitadas em julgado não constituem fundamento idôneo para análise desfavorável da personalidade do agente**. STJ. 5ª Turma. HC 466746/PE, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 11/12/2018. STJ. 6ª Turma. HC 472654-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 21/02/2019 (Info 643).³⁴

Devemos sustentar que a análise de personalidade demanda conhecimento técnico suficiente (profissional de psicologia/psiquiatria). Nesse sentido sustenta o professor e Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro Rodrigo Duque Estrada Roig³⁵:

(...) Trata-se de um conceito fluídico, não tendo o aplicador sequer habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, médica, psicológica ou psiquiátrica, não dispondo o processo judicial de elementos aptos à emissão de 'diagnósticos' desta natureza. Da mesma forma, inexistem exames criminológicos na instrução criminal e, ainda que existissem, seriam incapazes de atestar com clareza a personalidade do réu.

Duras também são as lições de Aníbal Bruno:

*"(...) a consideração da personalidade do criminoso impõe a de seu meio circundante, das condições em que se formou e em que vive. Encontraremos aí muito elemento para discerni-la e explicá-la, porque sabemos que a personalidade não é uma figura estática, uma vez por todas definida, mas resulta de um processo contínuo, em que sobre o herdado se vai enxertando, para completá-lo ou modificá-lo, o adquirido através do curso da existência, sob as pressões estimulantes ou traumatizantes do meio no qual se trava o debate da vida."*³⁶

Em voto interessantíssimo, publicado em 29/06/2020, o Ministro Nefi Cordeiro (STJ) assim estabeleceu:

(...) Lado outro, tenho entendimento segundo o qual o reconhecimento da conduta social e da personalidade do agente **não são circunstâncias legítimas a majorar a pena-base impingida ao acusado**. É que o reconhecimento de tais circunstâncias fere o princípio da legalidade ou da reserva legal expressamente previsto pela Constituição da República. Punir o réu em razão de sua personalidade ou de sua vida

³⁴ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A existência de condenações definitivas anteriores não se presta a fundamentar o aumento da pena-base como personalidade voltada para o crime**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d28d76b4592325c3bafc1840d4bb2957>. Acesso em: 30/12/2024.

³⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação de pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 158.

³⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, 1ª ed. VIII, 1984, p. 151.



peçoal equivale a imposição de pena sem prévia cominação legal.” AgRg no Recurso Especial n. 1.868.367-MG, publicado em 29/06/2020

O professor Túlio Vianna (UFMG), em coautoria com a professora Geovana Mattos (PUC-MG), escreveu um artigo denominado **“A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena”**, cuja leitura indicamos muito³⁷.

Para os autores,

(...) Dentre as muitas circunstâncias eleitas pelo legislador penal brasileiro como critérios para a fixação da pena pelo juiz, duas delas se destacam no art.59 do Código Penal Brasileiro como um nítido resquício do direito penal de autor³⁸: a conduta social e a personalidade do agente. **A majoração da pena em virtude da conduta social do agente pressupõe a análise de condutas não tipificadas pelo legislador e qualquer aumento de pena em virtude desta circunstância equivale à imposição de pena sem prévia cominação legal, em nítida ofensa ao princípio constitucional da legalidade.** Não bastasse, a análise destas condutas incidentalmente durante a fixação da pena, sem garantia ao réu dos direitos ao contraditório e ao devido processo legal, equivale ainda a uma condenação sumária e inquisitorial por fatos - **é bom que se repita - atípicos.**³⁹

Como bem lembra Gustavo Junqueira, “no caso Fernin Ramirez vs. Guatemala, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que a **avaliação da periculosidade do acusado** é uma expressão das características **peçoais** do agente, e não do **fato cometido**, ou seja, **substitui o Direito Penal do fato característico de um Estado Democrático por um Direito Penal do autor que abre a porta para o autoritarismo**”.⁴⁰

2.1.1.5 Motivos do crime

Em síntese, nos “motivos do crime” verificam-se os fatores que motivaram o agente a praticar o crime. **No entanto, é importante anotar que se o motivo do crime constar no próprio tipo penal como elementar, por razões óbvias não** poderá ser considerado como circunstância judicial, sob pena de *bis in idem*.

Além disso, a simples **falta de motivos para o delito não constitui fundamento idôneo para o incremento da pena-base** ante a consideração desfavorável da circunstância judicial, **que exige a indicação**

³⁷ Artigo científico disponível em: <https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/a-inconstitucionalidade-da-conduta-social-e-personalidade-do-agente-como-criterios-de-fixacao-de-pena-tc3balio-l-vianna.pdf>. Acesso em: 30/12/2024.

³⁸ Resquício este reiterado pela nova lei de drogas, Lei nº 11.343/2006, que em seu art.42 estabelece: “O juiz na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art.59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.”

³⁹ Citação do artigo de autoria dos professores Tullio Viana e Geovana Mattos citado acima.

⁴⁰ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 167.



concreta de motivação vil para a prática delituosa. STJ. 6ª Turma. HC 289788/TO, Rel. Min. Ericson Maranhão (Des. Conv. do TJ/SP), julgado em 24/11/2015.⁴¹

Ademais, não é possível a majoração da pena base sob o argumento de o motivo do crime é a obtenção de lucro fácil. Veja-se jurisprudência do STJ nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. BEM SUBTRAÍDO AVALIADO EM R\$ 120,00. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE RECONHECIMENTO DO FURTO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO, PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ANTECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 444/STJ.

MOTIVOS INERENTES AO TIPO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

(...)

VI. Os motivos não podem ser valorados negativamente, porquanto o ganho fácil, em detrimento do prejuízo alheio, é circunstância inerente ao delito de furto, não havendo, portanto, fundamentação idônea para a exasperação da pena-base.

(...)

(AgRg no REsp 1413263/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 28/04/2015)

CAIU NA DPE-AP-2022-FCC: “É cabível o aumento em delitos patrimoniais quando a subtração do bem é motivada no interesse do agente de adquirir drogas para consumo próprio”.⁴²

2.1.1.6 Circunstâncias do crime

Segundo Luiz Regis Prado, as circunstâncias do crime são os fatores de tempo, lugar, modo de execução, excluindo-se aqueles previstos como circunstâncias legais." (PRADO, Luiz Regis et al. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 428).

Não há muitos comentários por aqui, mas quero frisar para tomarem cuidado com eventuais casos de *bis in idem* que podem surgir em prova para vocês identificarem. Ex.: Juiz que aumenta a pena-base em crime de roubo pela circunstância de o acusado ter usado uma arma de fogo. Ora, se a arma de fogo já é usada como

⁴¹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Falta de motivos para o crime não é circunstância desfavorável**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4da04049a062f5adfe81b67dd755cecc>. Acesso em: 30/12/2024.

⁴² **ERRADO**. O STJ entende ser inadmissível tal majoração da pena-base: "É inadmissível a valoração da pena-base quando a subtração do bem é motivada no interesse do agente de adquirir drogas para consumo próprio (AgRg no HC 529.624/SP, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 23/09/2019)"



majorante na terceira fase da dosimetria da pena, não pode essa mesma circunstância ser usada na primeira fase.

2.1.1.7 Consequências do crime

No tocante às consequências do crime, precisamos entender que é o resultado do crime em relação à vítima, sua família ou sociedade. No caso de ser morto, por exemplo, o arrimo da família, entende-se que as consequências do crime são mais gravosas, tendo em vista que outras pessoas dependiam do de cujus.

PROVA ABERTA/ALERTA SANGUE VERDE: em provas abertas, devemos sustentar que as consequências do crime são inerentes ao próprio tipo penal, razão pela qual não poderia o magistrado negar esta circunstância judicial, sob pena de ofensa ao princípio do *no bis in idem*, previsto no art. 20 do **Estatuto de Roma**.

Em **2023** o STJ entendeu ser idônea a mensuração da repercussão internacional do delito na majoração da pena-base pelas consequências do crime. Processo em segredo de justiça, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em **22/8/2023, DJe 28/8/2023. (STJ, Inf. 786)**

Vale lembrar que para o STF as consequências do crime **não** têm relação com as despesas – ainda que excessivas – dos órgãos estatais com a persecução criminal. Portanto, se o Estado gastou muito dinheiro na investigação de determinado crime, não pode o magistrado, por causa desse motivo, valorar negativamente as “**consequências do crime**”.

Em 2020 entendeu o STJ que a tenra (jovem) idade da vítima é fundamento idôneo para a majoração da pena-base do crime de homicídio pela valoração negativa das consequências do crime. AgRg no REsp 1.851.435-PA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, por maioria, julgado em 12/08/2020, DJe 21/09/2020. Nesse sentido o Informativo 679:

(...) Não há como ignorar, no entanto, o fato de que o homicídio perpetrado conta a vítima jovem ceifa uma vida repleta de possibilidades e perspectivas, que não guardam identidade ou semelhança com aquelas verificadas na vida adulta. **Há que se sopesar, ainda, as consequências do homicídio contra vítima de tenra idade no núcleo familiar respectivo: pais e demais familiares enlutados por um crime que subverte a ordem natural da vida.** Não se pode olvidar, ademais, o aumento crescente do número de homicídios perpetrados contra adolescentes no Brasil, o que reclama uma resposta estatal. Não ignoro que o legislador ordinário estabeleceu – no art. 121, § 4º, do Código Penal – o aumento de pena para o crime de homicídio doloso praticado contra pessoa menor de 14 ou maior de 60 anos. Nada obsta, contudo, que o magistrado, ao se deparar com crime de homicídio perpetrado contra uma vítima com 14 anos de idade ou mais (mas com menos de 18 anos), aumente a pena na primeira fase da dosimetria, pois, como referenciado acima, um crime perpetrado contra um adolescente ostenta consequências mais gravosas do que um homicídio comum.”



Além disso, precedente importante também é sobre a impossibilidade de valoração negativa das consequências do crime **caso a vítima não consiga recuperar os bens subtraídos**:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO MAJORADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. CONTEXTOS FÁTICOS DISTINTOS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. DOSIMETRIA DAS PENAS. TIPO DE ARMA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE MAIOR GRAVIDADE. MOTIVOS DO CRIME. PRÁTICA DE OUTROS DELITOS. CULPABILIDADE. POSIÇÃO DE LIDERANÇA. ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE RECUPERAÇÃO DO BEM SUBTRAÍDO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 6. **Não é possível, no crime de roubo, a valoração negativa das consequências do delito com amparo exclusivamente no fato de não haver sido recuperado o objeto subtraído.** 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido para afastar a avaliação negativa da culpabilidade do Agente no crime de porte de arma de fogo e das consequências do delito no crime de roubo majorado, redimensionando-se as penas impostas. (STJ - REsp: 1783637 PA 2018/0321477-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 12/11/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/12/2019)"

CAIU NA DPE-PR-2022-AOCP-ADAPTADA: “As consequências do crime são graves, eis que a vítima não conseguiu recuperar os bens subtraídos. (...) Assim, considerando-se as circunstâncias judiciais, valoro negativamente as consequências do crime.”

Diante dessa situação hipotética e considerando o entendimento dos Tribunais Superiores sobre o tema, é válida a valoração negativa elencada acima em relação à consequência do crime.⁴³

Por fim, o STJ tem a orientação de que no crime de furto contra empresa de segurança e transporte de valores, o prejuízo está inserido no risco do negócio e não autoriza a exasperação da pena basilar na circunstância “**consequências do crime**”, porquanto ínsito ao próprio tipo penal. **AgRg no REsp 2.322.175-MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 30/5/2023. (Inf. 777, STJ).**

ATENÇÃO – Valoração negativa das consequências do crime e concurso de pessoas: o STF decidiu no HC 212.596 que, tratando-se de contexto e crime únicos, presente o concurso de agentes, **a circunstância judicial “consequências do crime” não pode ser valorada negativa apenas em relação a um dos réus, revelando-se, assim, conflitantes as dosimetrias das penas.**

Observadas a **teoria unitária ou monista**, acolhida no art. 29 do Código Penal, segundo a qual, na codelinquência, há delito único, e a **isonomia processual**, descabe impor a um dos réus condenação mais

⁴³ **ERRADO.** Não se pode majorar a pena-base pelas consequências do crime, sob a justificativa de que a vítima não conseguiu recuperar os bens subtraído.



gravosa, assentando-se, em relação a ele, que as consequências do delito foram graves e, no tocante ao correu, que foram normais.

Ademais, a exegese do art. 30 do Código Penal, a versar a **incomunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal**, nos revela que, *a contrario sensu*, como regra, **as circunstâncias de natureza objetiva (a exemplo da circunstância judicial “consequências do crime”) se comunicam a coautores e partícipes.**

Por essas razões, mostra-se incongruente que um mesmo delito tenha consequências graves, de modo a justificar a exasperação da pena, quanto a um dos agentes, e sejam normais no tocante ao outro.

2.1.1.8 Comportamento da vítima

Segundo o escólio de Ricardo Augusto Schmitt⁴⁴,

na valoração desta última circunstância judicial é preciso perquirir em que medida a vítima, com a sua atuação, contribuiu para a ação delituosa. Muito embora o crime não possa de modo algum ser justificado, não há dúvida de que em alguns casos a vítima, com o seu comportamento, contribui ou facilita o agir criminoso. Não raro a vítima, por seu comportamento temerário ou descuidado, facilita ou até estimula a atuação do criminoso. Como exemplos, podemos citar os seguintes casos: a) vítima de furto que não toma os devidos cuidados na guarda da coisa; b) órgão público vítima de estelionato que apresenta desídia administrativa ou problemas estruturais [...] ou falta de controles efetivos que possam evitar ou minimizar as fraudes etc. [...] **Esta circunstância judicial não pode ser valorada para fins de recrudescimento da pena-base do condenado.**

Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini, no entanto, em teor crítico, estabelecem que *“a vitimologia (...) tem como principal objeto de estudo a vítima das infrações e, sob o ponto de vista sociológico, tem como um de seus focos a análise de qual influência determinados comportamentos podem ter na prática delitiva. A utilização de tais dados pelo juiz na dosagem da pena, aceita pelo legislador, **é contestada por setores da doutrina, sob o argumento de que o comportamento lícito da vítima não pode, a partir de juízos morais ou arbitrários do julgador, interferir positiva ou negativamente na dosagem da pena.** Assim, não se poderia considerar menos protegida, ou não merecedora da proteção jurídica, a jovem que prefere passear com roupas curtas – exercendo direito constitucional –, o que poderia redundar em raciocínio preconceituoso, machista e injusto.”*⁴⁵

Inclusive, há orientação firme do STJ no sentido de que o comportamento da vítima em contribuir ou não para a prática do delito **NÃO** acarreta o aumento da pena-base, **pois a circunstância judicial é neutra e não pode ser utilizada em prejuízo do réu.** Precedentes: HC 297988/AL, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. em 18-9-2014, DJe 2-10-2014; HC 261544/ES, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j.

⁴⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 140.

⁴⁵ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 168.



em 12-8-2014, DJe 26-8-2014; HC 182572/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. em 3-6-2014, DJe 20-6-2014.

3. SEGUNDA FASE – CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES

Encontrada a pena base, o magistrado passará para a segunda fase da dosimetria. Nela, ele buscará aplicar as circunstâncias atenuantes e agravantes previstas em Lei. As agravantes e atenuantes podem ser definidas como circunstâncias objetivas ou subjetivas que não integram a estrutura do tipo penal, mas se vinculam ao crime, devendo ser consideradas pelo juiz no momento de aplicação da pena.

Obs.: Legislação extravagante pode criar outras agravantes ou atenuantes fora das previstas no CP. Ex.: art. 15 da Lei dos crimes ambientais traz agravantes, como o agente ter cometido o crime num domingo ou feriado.

É importante ressaltar que o Código Penal também **não** fixa o *quantum* de aumento ou diminuição para as agravantes. Na prática, no entanto, os magistrados utilizam-se do **quantum de 1/6 sobre a pena base**.⁴⁶

Nesse sentido, o STF já decidiu que **a atenuante deve observar o patamar de 1/6**. Para reduzir menos a pena, o juiz precisa fundamentar. No **RHC 219.293**, o STF corrigiu a dosimetria operada pelo juízo, que havia atenuado a pena em apenas 1/53. Com a correção, a diminuição da pena em 1/6 passou de 15 dias para 132 dias.

Ademais, apesar de não existir previsão legal nesse sentido, entende-se que **a pena intermediária também NÃO pode ficar abaixo do mínimo legal e nem acima do máximo legal**, previstos no tipo penal, devendo respeitar os limites legais. É isso que traz a **súmula 231, STJ: A incidência de circunstância atenuante NÃO pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal**.

CAIU NA DPE-AL-2017-CESPE: “Inexiste, nas agravantes e atenuantes genéricas, previsão legal taxativa acerca do quantum a ser aplicado, cabendo ao juiz defini-lo”.⁴⁷

Saibam, de antemão, que as agravantes estão previstas em rol taxativo, isso porque não é possível analogia *in malam partem* no Direito Penal. Por outro lado, o próprio art. 66 do Código Penal informa que a pena poderá ser ainda **atenuada** em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, **embora não prevista expressamente em lei**. É aí que entra a ideia de **coculpabilidade** vista anteriormente.

⁴⁶ No procedimento do júri, as agravantes e atenuantes genéricas são aplicadas diretamente pelo juiz-presidente (art. 492 do CPP).

⁴⁷ **CERTO**. Conforme vimos, não há, no Código Penal, definição acerca do quantum ou percentual a ser aplicado em relação às agravantes e atenuantes genéricas. Nesse sentido, dispõe o professor Rogério Sanches (Manual de direito penal: parte geral, 2018, p. 473-474): “O Código Penal, a exemplo da primeira fase, não fixou o quantum de aumento ou diminuição para as circunstâncias agravantes e atenuantes, deixando ao arbítrio do juiz, que deverá sempre fundamentar a sua decisão. Também nesta etapa, apesar de não haver previsão legal, entende a doutrina (seguida pela jurisprudência) que o juiz está atrelado aos limites mínimo e máximo abstratamente previstos no preceito secundário da infração penal, não podendo suplantá-lo”.



É importante saber que as circunstâncias agravantes genéricas não se aplicam aos crimes culposos, **exceto a reincidência**.

Em síntese:

ATENUANTES	AGRAVANTES
Incidem em crimes dolosos e culposos.	Incidem apenas em crimes dolosos. No entanto, a reincidência (que é um agravante) incide tanto em crimes dolosos como em crimes culposos, por não dizer respeito propriamente ao crime, mas sim à figura do agente (mais abaixo faremos uma crítica sobre isso).

CAIU NA DPE-AL-2017-CESPE: “As circunstâncias agravantes incidem apenas sobre os crimes dolosos”.⁴⁸

Vale lembrar, contudo, que existe um precedente antigo (1993) do STF afirmando que as agravantes genéricas poderiam ser aplicadas também na hipótese de crimes culposos. Desta maneira, e agora? Se o réu praticou um crime culposos, sua pena poderá ser majorada por força das agravantes? Em outras palavras, as agravantes incidem também no caso de crimes culposos?

SIM ⁴⁹	NÃO
<p>Existe um precedente antigo do STF afirmando que as agravantes genéricas poderiam ser aplicadas também na hipótese de crimes culposos. Trata-se do famoso naufrágio do navio “<i>Bateau Mouche</i>”, ocorrido no RJ, por conta do excesso de passageiros:</p> <p>(...) Não obstante a corrente afirmação apodítica em contrário, além da reincidência, outras circunstâncias agravantes podem incidir na hipótese de crime culposos (...)</p> <p>STF. 1ª Turma. HC 70362, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 05/10/1993.</p> <p>Neste caso concreto do “<i>Bateau Mouche</i>”, o STF reconheceu a possibilidade de incidir a agravante do motivo fútil (art. 61, II, a, do CP) para o crime culposos.</p>	<p>Regra: as agravantes genéricas não se aplicam no caso de crimes culposos. Somente incidem quando o agente pratica um delito doloso.</p> <p>Exceção: a reincidência é uma agravante e ela majora a pena do réu mesmo em caso de crimes culposos.</p> <p>É a posição majoritária na doutrina e jurisprudência.</p> <p>Assim decidiu a 1ª Turma do STF. HC 120165, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/02/2014.</p>

⁴⁸ **ERRADO.** As circunstâncias agravantes podem incidir, excepcionalmente, sobre os crimes culposos, quando se tratar de reincidência.

⁴⁹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **As agravantes (tirante a reincidência) não se aplicam aos crimes culposos.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c6036a69be21cb660499b75718a3ef24>>. Acesso em: 30/12/2024.



CUIDADO – Crime preterdoloso deve ser tratado como doloso, admitindo todas as agravantes, ou como culposo, admitindo apenas a reincidência?

A maioria da doutrina entende que ele deve ser tratado como crime CULPOSO, admitindo apenas a agravante da reincidência. Todavia, o STJ decidiu que **é POSSÍVEL a aplicação das agravantes genéricas do art. 61 do CP aos crimes preterdolosos**. Isso porque, nos crimes preterdolosos, a conduta-base dolosa preenche autonomamente o tipo legal e o resultado culposo exprime uma mera consequência que irá interferir apenas na determinação do aumento da pena. Em outras palavras, mesmo sem o resultado culposo agravador, a conduta inicial dolosa já constitui crime (**Info 541**).

(Juiz TJGO 2012 FCC): “As circunstâncias agravantes não incidem nos crimes culposos, salvo a reincidência”.⁵⁰

(MP/MG 2017): “Embora prepondere na doutrina o entendimento de que apenas a agravante genérica da reincidência se aplica aos crimes culposos, já admitiu o Supremo Tribunal Federal, como tal, em crime culposo, o motivo torpe”.⁵¹

Antes de analisarmos individualmente cada circunstância agravante e atenuante, vejamos quais são elas.

Primeiro, as **agravantes** estão previstas no art. 61, vejamos:

Circunstâncias agravantes

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

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;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

⁵⁰ CERTO.

⁵¹ CERTO. Caso "Bateau Mouche".



l) em estado de embriaguez preordenada.

Agora veremos as circunstâncias **atenuantes**, expostas no art. 65 do Código Penal:

Circunstâncias atenuantes

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

- I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;
- II - o desconhecimento da lei;
- III - ter o agente:
 - a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
 - 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;
 - 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;
 - d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
 - e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

PEGADINHA DE PROVA: as agravantes sempre agravam a pena? Não. Cuidado. Veja que o *caput* do art. 61 diz o seguinte: “são circunstâncias que sempre agravam a pena, **quando não constituem ou qualificam o crime**”. Imagine, por exemplo, o crime de aborto sem consentimento da gestante. O art. 61, II, “h”, traz uma agravante no caso de cometimento de crime em face de mulher grávida. No entanto, neste caso do aborto sem o consentimento da gestante o fato de estar grávida já **é uma elementar do crime**, portanto, **não se aplica a referida agravante**.

Importante assinalar que o entendimento do STJ é o de que, de fato, a prática do crime de roubo no interior de transporte coletivo **autoriza o aumento da pena-base** por revelar maior gravidade do delito, tendo em conta a exposição de maior número de pessoas. STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1976758/TO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em **08/02/2022**.

Porém, a mesma 5ª Turma entendeu que o roubo em transporte coletivo **vazio** é circunstância concreta que **não justifica a elevação da pena-base**. STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 693.887-ES, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 15/02/2022 (Info 727).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 157, CAPUT, DO CP. DOSIMETRIA. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MOTIVOS DO CRIME. OBTENÇÃO DE DINHEIRO PARA COMPRA DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. CRIME PRATICADO NO INTERIOR DE ÔNIBUS VAZIO E COM SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. ELEMENTOS CONCRETOS QUE DEMONSTRAM QUE A AÇÃO NÃO DESBORDOU DA PERICULOSIDADE PRÓPRIA DO TIPO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA. DECOTE DEVIDO. PLEITO MINISTERIAL DE RESTABELECIMENTO DO AUMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. No que toca aos motivos do crime, destacou-se na dosimetria da pena que a subtração



ocorreu para o sustento do vício de drogas do réu. Contudo, predomina nesta Corte o entendimento de que, mesmo em crimes patrimoniais, é inadmissível a valoração da pena-base quando a subtração do bem é motivada no interesse do agente de adquirir drogas para consumo próprio, tratando-se de circunstância que não pode ser utilizada em seu desfavor. 3. A prática de crimes de roubo dentro de transportes coletivos autoriza, nos termos da abalizada jurisprudência desta Corte Superior, a elevação da pena-base por consistir, via de regra, em fundamento idôneo para considerar desfavorável circunstância judicial. Isso porque no transporte público há comumente grande circulação de pessoas, o que eleva a periculosidade da ação. 4. No caso, todavia, sem que se faça necessário o revolvimento fático-probatório dos autos, observa-se que as circunstâncias concretas do presente caso demonstram que a ação não desbordou da periculosidade própria do tipo. Conforme mencionado pela própria vítima, o ônibus estava vazio no momento do delito, o qual foi praticado com simulacro de arma de fogo. Tais circunstâncias concretas (ônibus vazio e uso de simulacro de arma de fogo) evidenciam que o modus operandi do delito foi normal à espécie, não se justificando a elevação da reprimenda. 5. Portanto, de rigor o afastamento da valoração negativa das circunstâncias judiciais relativas aos motivos e circunstâncias do crime. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 693.887/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2022, DJe 21/02/2022)

PROVA ABERTA/ALERTA SANGUE VERDE: No Código de Processo Penal há previsão da possibilidade de reconhecimento de agravantes de ofício pelo juiz na sentença, ainda que nenhuma tenha sido alegada. ("Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada."). Devemos criticar esse artigo, uma vez que viola o sistema acusatório, devendo ser sustentada a sua incompatibilidade com a Constituição Federal.

ATENÇÃO - Concurso de agravantes e atenuantes: Se há concurso de agravantes e atenuantes, aplica-se o art. 67, CP, que estabelece que deve haver uma **aplicação conforme a PREPONDERÂNCIA de atenuante ou agravante**. A jurisprudência estabeleceu uma ordem de preponderância: 1º - **Atenuantes da Menoridade** (menor de **21 anos** na **data dos fatos**) ou da **Senilidade** (maior de **70 anos**, na **data da SENTENÇA**); portanto, se há essa atenuante em concurso com qualquer agravante, o juiz DEVE atenuar a pena; 2º - **Agravante da Reincidência**; 3º - **Atenuantes ou Agravantes Subjetivas**; 4º - **Atenuantes ou Agravantes Objetivas**.

Nesse sentido, o STJ decidiu que, **no concurso entre agravantes e atenuantes, a atenuante da confissão espontânea deve preponderar sobre a agravante da dissimulação**, nos termos do art. 67 do Código Penal. Isso porque a confissão espontânea é circunstância preponderante, ao passo que a agravante da dissimulação não é prevista como circunstância preponderante por não se encaixar nos quesitos previstos no art. 67 do CP. Portanto, nesse caso, não deve haver a compensação da agravante com a atenuante, e sim a efetiva redução da pena (HC 557.224/PR).



É possível a compensação de atenuantes e agravantes? **SIM**, desde que as atenuantes e as agravantes estejam no **mesmo patamar**. Logo, é possível compensar uma atenuante subjetiva com uma agravante subjetiva; da mesma forma, é possível compensar uma atenuante objetiva com uma agravante objetiva. Mas **NÃO** cabe compensar atenuante subjetiva com agravante objetiva e vice e versa.

É possível compensar a reincidência com a confissão? A reincidência está no segundo nível de preponderância, mas a confissão espontânea está entre as atenuantes subjetivas, ou seja, no 3º nível de preponderância. Portanto, em tese, **NÃO** caberia compensação das duas, preponderando a reincidência sobre a confissão. **Porém, o STJ entende que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são IGUALMENTE PREPONDERANTES, PODENDO SER COMPENSADAS**. Isso porque a atenuante da confissão espontânea, por envolver a **PERSONALIDADE DO AGENTE**, deve ser utilizada como **circunstância preponderante quando do concurso entre agravantes e atenuantes (Info 555, STJ)**.

Exceção: se o réu for **multirreincidente**, prevalece a reincidência (multirreincidente é aquele réu que, quando praticou o novo crime pelo qual está sendo sentenciado, já possuía duas ou mais condenações transitadas em julgado por outros delitos).

Portanto, é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de **multirreincidência**, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, CP, sendo admissível sua **compensação proporcional** com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos **princípios da individualização da pena e da proporcionalidade (STJ, REsp 1.931.145/SP)**.

Situação fática	Compensa ou não?
Confissão + reincidência	Sim, compensação integral
Confissão + reincidência específica	Sim, compensação integral.
Confissão + multireincidência	Não há compensação integral.

Na próxima apostila vamos tratar sobre as agravantes propriamente ditas, um assunto importante para nossa prova, além, é claro, de todos os detalhes sobre as causas de aumento e diminuição de pena (terceira fase da dosimetria).

Descanse um pouco e vamos com tudo para o próximo nível!