

2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO  
CRIMINAL

# ROTEIRO DE ATUAÇÃO

# DOSIMETRIA DA PENA

2016



**MPF**  
Ministério Público Federal



**ROTEIRO DE ATUAÇÃO**

**DOSIMETRIA DA PENA**

**Procurador-Geral da República**

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

**Vice-Procuradora-Geral da República**

Ela Wiecko Volkmer de Castilho

**Vice-Procurador-Geral Eleitoral**

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

**Ouvidora-Geral do Ministério Público Federal**

Julieta Elizabeth Fajardo Cavalcanti de Albuquerque

**Corregedor-Geral do Ministério Público Federal**

Hindemburgo Chateaubriand Pereira Diniz Filho

**Secretário-Geral**

Lauro Pinto Cardoso Neto



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

# ROTEIRO DE ATUAÇÃO

# **DOSIMETRIA DA PENA**

SÉRIE ROTEIROS DE ATUAÇÃO

VOLUME Nº 8

MPF  
BRASÍLIA - DF  
2016

Copyright © 2016 - MPF  
Todos os direitos reservados ao Ministério Público Federal

## **Coordenação e Organização**

2ª Câmara de Coordenação e Revisão - Criminal

### **Coordenador**

José Bonifácio Borges de Andrada

### **Membros Titulares**

Raquel Elias Ferreira Dodge

José Adonis Callou de Araújo Sá

### **Membros Suplentes**

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho

Brasilino Pereira dos Santos

José Osterno Campos de Araújo

### **Secretário Executivo**

Guilherme Guedes Raposo

### **Planejamento visual, revisão e diagramação**

Secretaria de Comunicação Social (Secom)

### **Normalização Bibliográfica**

Coordenadoria de Biblioteca e Pesquisa (Cobip)

Tiragem: 1.200 exemplares

### **Procuradoria-Geral da República**

2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal

SAF Sul, Quadra 4, Conjunto C

Fone (61) 3105-5100

70050-900 - Brasília - DF

[www.mpf.mp.br](http://www.mpf.mp.br)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

B823r

Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2

Roteiro de atuação: dosimetria da pena / 2. Câmara de Coordenação e Revisão. – Brasília: MPF, 2016.

342 p. (Série Roteiro de Atuação, 8)

1. Individualização da pena – Brasil 2. Punição – Brasil. I. Título.

CDDir 341.5458

---

## **2ª Câmara de Coordenação e Revisão – Criminal**

### **Subprocurador-Geral da República (Coordenador)**

José Bonifácio Borges de Andrada

### **Subprocuradora-Geral da República**

Raquel Elias Ferreira Dodge

### **Subprocurador-Geral da República**

José Adonis Callou de Araújo Sá

### **Subprocurador-Geral da República**

Brasilino Pereira dos Santos

### **Subprocurador-Geral da República**

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho

### **Procurador Regional da República**

José Osterno Campos Araújo

## **Grupo de Trabalho sobre Dosimetria da Pena**

Daniela Batista Ribeiro – PR/MG

Roberson Henrique Pozzobon – PR/PR

Enrico Rodrigues de Freitas – PR/RS

Pedro Jorge do Nascimento Costa – PGR **(Coordenador)**

Carmen Sant’Anna – PR/RJ

Ludmila Bortoleto Monteiro – PR/MT

Alexandre Senra – PRM Cachoeiro do Itapemirim/ES

# APRESENTAÇÃO

É com satisfação que esta 2ª Câmara de Coordenação e Revisão apresenta o Roteiro de Atuação do MPF sobre Dosimetria da Pena.

Este roteiro foi desenvolvido pelos Procuradores da República integrantes do Grupo de Trabalho sobre Dosimetria da Pena. O trabalho teve como norte a necessidade de concretização do princípio da individualização da pena, de forma que, na aplicação do direito penal, haja análise detalhada das circunstâncias que podem influir na dosimetria da pena, tanto elevando-a como reduzindo-a, prevalecendo a visão de que o Direito Penal age como instrumento de garantia e proteção dos Direitos Humanos.

A deliberação sobre a criação do Grupo de Trabalho sobre Dosimetria da Pena se deu no XII Encontro Nacional da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, ocorrido nos dias 19, 20 e 21 de novembro de 2013, em Brasília, ocasião em que se definiu a política criminal do Ministério Público Federal e priorizou-se o debate sobre temas processuais, inclusive em relação ao tema dosimetria da pena.

O referido Grupo de Trabalho, criado pela Portaria 2ª Câmara nº 107, de 24 de outubro de 2013, tem como Coordenador o procurador da República Enrico Rodrigues de Freitas, e é composto pelos procuradores da República Carmen Sant'Anna, Alexandre Senra, Daniela Batista Ribeiro, Ludmila Bortoleto Monteiro, Pedro Jorge do Nascimento Costa e Roberson Henrique Pozzobon.





Diante do vasto conteúdo disponível neste roteiro, não restam dúvidas de que a obra servirá para aperfeiçoar a atuação dos membros do Ministério Público Federal para a justa, adequada e uniforme fixação das penas, evitando-se tratamentos inadequados e díspares, o que dará cumprimento à missão constitucional do MPF de promotores dos direitos humanos e de defensores da sociedade.

# SUMÁRIO

## **APRESENTAÇÃO**

## **INTRODUÇÃO**

## **CAPÍTULO I**

**8**

**10**

### **DIREITO PENAL MATERIAL**

1.1 Circunstâncias judiciais	10
1.1.1 Considerações iniciais	10
1.2 Agravantes e causas de aumento	61
1.2.1 Agravantes no concurso de pessoas	71
1.2.2 Reincidência	73
1.3 Atenuantes	86
1.4 Causas de diminuição	94
1.5 Dosimetria da multa	98
1.6 Cálculo da pena	116
1.6.1 Cálculo da pena-base. Circunstâncias judiciais	116
1.6.2 Cálculo da pena-provisória – circunstâncias atenuantes e agravantes	125
1.6.3 Cálculo da pena definitiva – causas de diminuição e de aumento	132

## **CAPÍTULO 2**

**138**

### **DOSIMETRIA DOS CRIMES EM ESPÉCIE**

2.1 Dosimetria da pena no crime de estelionato	138
2.2 Dosimetria da pena no crime de moeda falsa	177
2.3 Dosimetria da pena nos crimes de sonegação	190



2.4 Dosimetria da pena nos crimes de lavagem	197
2.5 Dosimetria da pena no crime de furto	198
2.6 Dosimetria da pena no crime de roubo	203
2.7 Dosimetria da pena nos crimes da lei de licitação	215
2.8 Dosimetria da pena nos crimes contra a administração pública	216
2.9 Dosimetria da pena nos crimes contrabando e descaminho	252
2.10 Dosimetria da pena no sistema financeiro	256
2.11 Dosimetria da pena nos crimes de responsabilidade	258
2.12 Dosimetria da pena no tráfico de drogas	277

## **CAPÍTULO 3** **320**

### **DOSIMETRIA DA PENA DO INDÍGENA**

## **CAPÍTULO 4** **326**

### **QUESTÕES PROCESSUAIS**

4.1 Questões processuais – parte geral	326
4.2 Questões processuais – pena de multa	330
4.3 Questões processuais – crimes em espécie	331

## **REFERÊNCIAS** **338**

# INTRODUÇÃO

O Grupo de Trabalho sobre Dosimetria da Pena, instituído pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, iniciou seus trabalhos no final do ano de 2013.

Dimensionados os objetivos, estabeleceu-se como tarefa essencial fornecer aos membros do MPF roteiro de atuação essencialmente prático, fugindo-se, assim, da ideia de obra puramente doutrinária do tema.

Estabeleceram-se duas linhas de trabalho quanto ao roteiro:

- Apreciação da parte geral do Código Penal, no que diz respeito às disposições que tratam da dosimetria da pena.
- Determinação de crimes em espécie com maior recorrência no âmbito da Justiça Federal, de forma a propiciar uma análise específica.

Orientou o trabalho a necessidade de concretização do princípio da individualização da pena (isonomia e proporcionalidade), de forma que na aplicação do direito penal haja análise detalhada das circunstâncias que podem influir na dosimetria da pena, tanto elevando-a quanto reduzindo-a.

Assim, após aproximadamente dois anos de pesquisa e redação, finalizou-se o trabalho com sua entrega à 2ª Câmara de Coordenação do Ministério Público Federal, com a visão de que o Direito Penal age como instrumento de garantia e proteção dos Direitos Humanos, sendo necessário que a fixação da pena, nos casos concretos, dê-se de forma justa, em seus aspectos de prevenção geral e específica, bem como retributivo.



Sabendo-se do fundamental papel que tem o Ministério Público como garantidor da proteção dos Direitos Humanos, destaca-se a importância de sua atuação para concretizar também um tratamento em nível nacional com base em critérios isonômicos de fixação da pena, evitando que pessoas em situações semelhantes sejam apenadas de forma diversa e desproporcional.

Estabelecidos aspectos processuais na busca de elementos para uma adequada dosimetria da pena, bem como debatidas questões gerais referentes à fixação da pena, analisaram-se questões pertinentes a alguns crimes de maior recorrência<sup>1</sup> na atuação do Ministério Público Federal, com a certeza de que as considerações servem também de apoio na análise de outros tipos e a clareza de que o direito, processo vivo e dinâmico, apresenta diariamente inúmeros outros problemas com novas e impensadas soluções.

Realizou-se obra coletiva, uma vez que, além de interlocução com outros GTs e de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, o trabalho do grupo se apoiou na coleta ampla das boas práticas já utilizadas no âmbito do Ministério Público Federal, com o que se agradece a colaboração de todos.

---

1 Conforme informação obtida na Ferramenta de Inspeção de Inquéritos Policiais (Fipol).

# CAPÍTULO 1

## DIREITO PENAL MATERIAL

### 1.1 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Inicialmente, abordam-se as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, valoradas na primeira fase da dosimetria da pena.

#### 1.1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

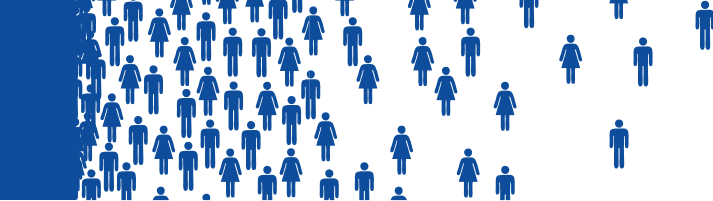
Objetiva-se, aqui, um exame i) da culpabilidade; ii) dos antecedentes; iii) da conduta social; iv) da personalidade do agente; v) dos motivos; vi) das circunstâncias; vii) das consequências do crime; e viii) do comportamento da vítima, enquanto circunstâncias judiciais a serem valoradas na primeira fase da dosimetria da pena, notadamente a repercussão ou não dessa valoração na quantidade de pena aplicável (cf. art. 59, *caput* e inciso II, do Código Penal).

Tomando-se o vocábulo fato numa acepção bastante ampla, como “tudo o que nos cerca, física ou psiquicamente”<sup>1</sup>, é certo que a legislação penal pode prever o mesmo fato, isolada ou cumulativamente, i) no próprio tipo penal (na sua forma básica, qualificada ou privilegiada), como ii) circunstância judicial, iii) circunstância legal, iv) causa de aumento ou de diminuição da pena. E, dependendo de como se o compreenda, serão distintos os efeitos jurídicos produzidos.

Inobstante a produção simultânea de distintos efeitos jurídicos pelo mesmo fato não represente problema de ordem lógica, no que se refere ao direito penal e, mais especificamente, no que toca à dosimetria da

---

1 MELLO (2010, p. 8).



pena, invoca-se a necessidade de que se impeça o *bis in idem* (repetição sobre ele). Sustenta-se, então, não se deva valorar determinado fato, concomitantemente, em mais de uma daquelas categorias, sobretudo quando importe em prejuízo do réu. Confira-se:

[...] 3- É vedada na dosimetria da pena a consideração de uma mesma circunstância em duas fases diversas para prejudicar o réu [...] (STJ, HC 74.300/PE, Rel. Min. JANE SILVA (Des. Conv. TJ/MG), 5ª T., j. 14/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 318)

Embora cuide especificamente da reincidência, também a Súmula 241 do STJ (“a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”) espousa tal entendimento. Torna-se, dessarte, imprescindível uma hierarquia entre tais categorias. No que mais de perto nos interessa, prevalece que as circunstâncias judiciais ocupam o último grau na referida hierarquia. Dito de outra maneira, determinado fato somente deverá ser considerado como circunstância judicial quando não for nem vier a ser valorado como integrante do próprio tipo (na sua forma básica, qualificada ou privilegiada), nem como circunstância legal, causa de aumento ou de diminuição da pena.

Evita-se o *bis in idem* ao não se considerar o mesmo fato em dois ou mais momentos da dosimetria da pena. O que se afirma, portanto, não é óbice a que, concorrendo mais de uma qualificadora ou de uma causa de aumento, por exemplo, algumas delas venham a ser

valoradas como circunstâncias legais ou mesmo judiciais, contanto que não o sejam, cumulativamente, também valoradas em outra categoria. Nesse sentido:

DOSIMETRIA DA PENA. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. CONCORRÊNCIA DE QUALIFICADORAS. 1. Na hipótese de concorrência de qualificadoras num mesmo tipo penal, uma delas deve ser utilizada para qualificar o crime e as demais serão consideradas como circunstâncias agravantes. Precedentes (HC 80.771, HC 65.825 e HC 79.538). 2. Habeas Corpus indeferido. (STF, HC 85414, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª T., julg.14/06/2005, DJ 01-07-2005 PP-00087)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. CONCURSO DE AGENTES. USO DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DO SISTEMA TRIFÁSICO. UTILIZAÇÃO DE UMA CAUSA DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE, COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL, E A OUTRA NA TERCEIRA FASE. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE *bis in idem*. PRECEDENTES DO STJ. [...] 1. Inexiste ilegalidade na majoração da pena-base acima do mínimo legal, pois o Julgador se utilizou de uma das causas de aumento da pena no crime de roubo (utilização de arma de fogo) como circunstância judicial do art. 59 do CPB (a revelar maior censura de sua conduta), relegando a outra (concurso de agentes) para a terceira fase da dosimetria da pena, incorrendo, assim, *bis in idem* [...] 2. A jurisprudência desta Corte e do colendo STF admite que, reconhecidas duas ou mais qualificadoras, uma enseje o tipo qualificado e a outra circunstância negativa, seja como agravante (se como



tal prevista), seja como circunstância judicial (REsp. 831.730/DF, Rel. Min. FÉLIX FISCHER, 5T, DJU 09.04.07 e HC 71.293/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 18.08.95) (STJ, HC 70.594/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 5ª T., julg. 25/10/2007, DJ 19/11/2007, p. 252)

Imprescindível, além disso, conforme jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores, que o magistrado aponte elementos do caso concreto que fundamentem o reconhecimento de quaisquer circunstâncias judiciais em desfavor do réu, não se devendo limitar a referências, vagas, genéricas ou abstratas:

[...] Não responde a exigência de fundamentação de individualização da pena-base e da determinação do regime inicial da execução da pena a simples menção aos critérios enumerados em abstrato pelo art. 59 C. Pen., quando a sentença não permite identificar os dados objetivos e subjetivos que a eles se adequariam, no fato concreto, em desfavor do condenado. [...] (STF, HC 68751, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1ª T., julg. 08/10/1991, DJ 01-11-1991 PP-15569)

[...] Traduz situação de injusto constrangimento o comportamento processual do Magistrado ou do Tribunal que, ao fixar a pena-base do sentenciado, adstringe-se a meras referências genéricas pertinentes às circunstâncias abstratamente elencadas no art. 59 do Código Penal. O juízo sentenciante, ao estipular a pena-base e ao impor a condenação final, deve referir-se, de modo específico, aos elementos concretizadores das circunstâncias judiciais fixadas naquele preceito normativo. [...] (STF, HC 69141, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 1ª T., julg. 05/05/1992, DJ 28-08-1992 PP-13453)

[...] III. Não obstante a existência de certa discricionarie-  
dade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da  
pena-base, é indispensável a sua fundamentação, com base em  
dados concretos e em eventuais circunstâncias desfavoráveis  
do art. 59 do Código Penal. [...] (RHC 19.390/SP, Rel. Ministro  
GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2006, DJ  
01/08/2006, p. 462)

[...] 1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base  
fundando-se, tão-somente, em referências vagas, sem a indicação  
de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, além  
das próprias elementares comuns ao tipo. [...] (HC 60.524/PR,  
Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em  
06/09/2007, DJ 08/10/2007, p. 325)

Mais uma observação se faz necessária. São premissas comu-  
mente aceitas:

1<sup>a</sup>) a de que para a fixação da pena-base deve o magistrado partir  
da pena mínima do delito cominada em abstrato pelo legislador,  
exasperando-a para cada circunstância judicial que se reconheça  
como desfavorável ao apenado<sup>2</sup>; e

2<sup>a</sup>) a de que, diversamente das circunstâncias legais (agravantes e  
atenuantes), circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis não se  
compensam, razão pela qual a pena-base deverá ser fixada acima do  
mínimo legal ainda que o magistrado venha a reconhecer uma única  
circunstância judicial como desfavorável e todas as demais como  
favoráveis. Trata-se de entendimento explicitado, por exemplo, na  
ementa de julgado do STF adiante parcialmente transcrita:

2 Vide a seguir tópico em que o GT é contrário a esse entendimento.

[...] 2. A quantidade da pena-base, fixada na primeira fase do critério trifásico (CP, arts. 68 e 59, II), não pode ser aplicada a partir da média dos extremos da pena cominada para, em seguida, considerar as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu, porque este critério não se harmoniza com o princípio da individualização da pena, por implicar num agravamento prévio (entre o mínimo e a média) sem qualquer fundamentação. [...] quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, **basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo. Na fixação da pena-base o Juiz deve partir do mínimo cominado**, sendo dispensada a fundamentação apenas quando a pena-base é fixada no mínimo legal;[...] (HC 76196, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 29/09/1998, DJ 15-12-2000 PP-00062 EMENT VOL-02016-03 PP-00448) – grifo nosso

Em decorrência disso, para a fixação da pena-base passa a importar apenas a identificação das circunstâncias judiciais desfavoráveis do caso concreto. Circunstâncias judiciais neutras, não apreciadas pelo magistrado ou mesmo valoradas como favoráveis não repercutirão no *quantum* da pena-base, sendo, nestes termos, equivalentes. Aceitas essas premissas, imperioso reconhecer que circunstâncias judiciais favoráveis em nada favorecem o apenado, ao menos no que se refere à fixação da pena-base.

Na sequência, então, examinam-se cada qual das mencionadas circunstâncias judiciais, notadamente quando elas vêm sendo consideradas como desfavoráveis pela jurisprudência recente dos Tribunais Superiores e Tribunais Regionais Federais.

## A) CULPABILIDADE

Em um primeiro momento, depois de verificada a tipicidade e a antijuridicidade do fato, a culpabilidade norteia o juízo de reprovação social incidente sobre o agente a partir da análise de sua imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de comportamento conforme o direito. Superada tal etapa, a culpabilidade é novamente analisada por ocasião da dosimetria da pena, de modo que a fixar a justa reprimenda ao autor. Assim, conforme mencionado por Guilherme de Souza Nucci “a culpabilidade é o fundamento e o limite para a pena”.<sup>3</sup>

Se na primeira etapa o juízo de culpabilidade dirá se a ação foi digna de reprovação ou não, por ocasião da determinação da pena-base se verificará em que medida (grau) a conduta praticada pelo autor merece censura e reprovação. Em outros termos, “o juízo qualitativo da culpabilidade como categoria do crime se transforma no juízo quantitativo da culpabilidade como medida da pena – garantia individual excludente de excessos punitivos em prevenção geral ou especial”.<sup>4</sup>

No art. 59 do Código Penal – que especifica as circunstâncias judiciais que devem nortear a fixação da pena-base – a culpabilidade não vem mencionada em primeiro lugar por acaso, mas sim porque se trata do critério básico e fundamental para a fixação da pena<sup>5</sup>.

A culpabilidade foi inserida como circunstância judicial a partir da reforma penal de 1984, substituindo o critério “intensidade do dolo ou grau de culpa”. Segundo mencionado na exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal: “preferiu o Projeto a expressão ‘culpabilidade’ em lugar de ‘intensidade do dolo ou grau de culpa’, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena” (Item 50).

---

<sup>3</sup> NUCCI (2013, p. 228).

<sup>4</sup> SANTOS (2008, p. 565).

<sup>5</sup> REALE JR. (1987, p. 160).



Para balizar tal avaliação da culpabilidade como medida da pena, Juarez Cirino dos Santos sugere dois parâmetros: i) “o nível de consciência do injusto” e ii) “o grau de exigibilidade de comportamento diverso de autor consciente do tipo de injusto”. Segundo o autor, o primeiro critério varia entre o polo de pleno conhecimento do injusto (ampla reprovabilidade) e o polo de erro de proibição inevitável (ausência de reprovabilidade), sendo que entre ambos estariam os níveis intermediários com gradações da evitabilidade do erro de proibição. No tocante ao segundo parâmetro, a variabilidade estaria entre o máximo poder pessoal de não praticar o injusto e a inexistência de poder pessoal para não o fazê-lo, passando por graus intermediários que deveriam ser expressos em medidas da pena<sup>6</sup>.

No mesmo sentido manifesta-se Fernando Galvão, para o qual o

juízo de reprovação não comporta somente a discussão sobre ser exigível, ou não, comportamento diverso. O problema fundamental que se apresenta é dimensionar a medida da exigibilidade [...]. Quanto maior for a exigibilidade de comportamento diverso, maior deverá ser a pena<sup>7</sup>.

Contudo, os arts. 21 e 26, parágrafo único, do CP, trazem hipóteses específicas em que o “nível de conhecimento do injusto” (erro de proibição evitável) e “o grau de exigibilidade de comportamento diverso de autor consciente do tipo de injusto” (imputabilidade penal diminuída) devem ser valorados na terceira fase da dosimetria da pena, como causas de diminuição. Reserva-se a ponderação de tais aspectos na primeira fase da dosimetria da pena, portanto, apenas as situações que interfiram no exame da exigibilidade de conduta diversa do agente, mas

---

6 SANTOS (2008, p. 570).

7 GALVÃO (2013, p. 731).

não estejam expressamente previstas na lei penal como causas de aumento ou diminuição<sup>8</sup>.

Na Ação Penal nº 470, a culpabilidade de José Dirceu, por exemplo, foi considerada extremamente elevada na medida em que, para a prática dos crimes, ele “valeu-se de suas posições de mando e proeminência, tanto do Partido dos Trabalhadores, quanto no Governo Federal, no qual ocupava o estratégico cargo de ministro-chefe da Casa Civil da Presidência da República [...] (APn 470/MG, p. 57.904)”<sup>9</sup>.

Também se reconhece a necessidade de acrescentar a culpabilidade do réu quando o crime por ele praticado for relacionado com a sua profissão ou cargo, diante do conhecimento específico que possui – ou deveria possuir – sobre as restrições e consequências legais do delito. Os tribunais pátrios têm reconhecido reiteradamente tal possibilidade, conforme julgados a seguir citados:

[...] O grau de culpabilidade revela grau intenso, pois inclusive é contador por profissão, e não pode atribuir a terceiros responsabilidade que é sua. [...] (HC 113662, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-198 DIVULG 07-10-2013 PUBLIC 08-10-2013)

[...] 3 – A maior reprovabilidade da conduta do acusado, a fundamentar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, justifica-se em razão de ele se tratar de um experiente empresário, proprietário de um conglomerado econômico, com maior capacidade de compreender o caráter ilícito e as consequências de seu comportamento, além do fato de que seu grupo econômico possuía situação financeira suficientemente estável para agir de

8 ROCHA (1995, p. 144).

9 NUCCI (2013, p. 228-229).

acordo com o que determina a lei. [...] (ACR 200950010095584, Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 04/05/2012 – Página: 100/101.)

[...] III – Se as condições pessoais do agente, Secretário de Ação Social, responsável pelo pagamento de benefício proveniente de Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), revelam maior reprovabilidade da conduta, deve a culpabilidade ser considerada como um vetor desfavorável a ensejar o aumento da pena. [...] (ACR 200850020013249, Desembargador Federal ANDRÉ FONTES, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data::22/11/2013.)

[...] 11. O réu, na qualidade de advogado detentor de capacidade postulatória e conhecedor do ordenamento jurídico, deveria atuar de acordo com a lei, e com ética no exercício de sua profissão. Ao utilizar-se de documento falsificado em processo judicial a fim de obter êxito na causa que patrocinava, aproveitou-se de sua condição de profissional de Direito a fim de iludir a Justiça, de forma que possui maior grau de culpabilidade na prática do crime, não merecendo ter a pena-base fixada no mínimo legal. [...] (ACR 00003001620044036106, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 – QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/05/2013 .FONTE\_REPUBLICACAO.)

Outra circunstância que implica maior culpabilidade do agente diz respeito à premeditação do crime, conforme reconhecido pelo STJ no seguinte julgado:

[...] 2. Na hipótese dos autos, não merece censura o julgado, quanto à majoração da pena-base em face da maior culpabilidade do Agravante, evidenciada pela natureza premeditada da prática delituosa. [...] (AgRg no AREsp 288.922/SE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 01/08/2014)

Afigura-se de extrema importância, nesta toada, que, por ocasião da análise da culpabilidade do réu, analise-se a existência de circunstâncias gravosas relativas aos fatos praticados que não estejam contempladas no núcleo do tipo pelo qual ele está sendo processado, tal como reconheceu o STJ no precedente a seguir:

[...] 2. A manutenção de depósito ilegal no exterior do País de enormes quantias de divisas constitui motivação idônea e suficiente para majorar a pena-base acima do mínimo legal, dado o elevado grau de culpabilidade, não se confundindo com constituindo tal fato em elemento inerente ao tipo previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei n.º 7.492/86. [...] (AgRg no REsp 1283839/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013)

Insta destacar, por derradeiro, que o incremento da culpabilidade deve se pautar no grau de reprovabilidade do comportamento do agente, mas jamais se fundamentar em locuções vagas e genéricas, alheias às particularidades reveladas pelo caso concreto. Ilustrativo, nesse sentido, os seguintes julgados do STJ:

[...] 1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. 2. Não pode o magistrado





sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como ocorrido, na hipótese, com relação às circunstâncias do delito. Precedentes. 3. Conquanto o grau de reprovabilidade da conduta constitua fator idôneo a ser sopesado no exame da culpabilidade do agente, o juiz não se vê livre da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis e distintos dos elementos do tipo penal, que dêem suporte à sua consideração, o que não ocorreu no caso. Precedentes. [...] (HC 229260/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013)

[...] 2. Hipótese em que o magistrado a quo e o Tribunal de origem, quanto à culpabilidade, limitaram-se a dizer ser intenso o dolo, sem qualquer consideração concreta que justifique o acréscimo da pena-base. Flagrante ilegalidade. [...] (HC 178482/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 18/06/2013)

## **B) ANTECEDENTES**

Antecedentes para os fins do art. 59 do CP são todos os fatos relevantes praticados pelo réu, na seara penal, antes da prática do crime pelo qual está sendo processado, ou seja, trata-se de “sua vida pregressa em matéria criminal”<sup>10</sup>.

Em um primeiro plano, portanto, é condição óbvia e imprescindível para que um determinado fato seja considerado antecedente que ele tenha ocorrido antes do fato criminoso cuja pena será calculada. Fatos praticados posteriormente poderão ser levados em conta para a

---

10 NUCCI (2013; 2014, p. 416).

comprovação da personalidade do agente, de sua conduta social, mas não para influir em seus antecedentes.

É fruto de intensos debates a possibilidade de considerar (ou não) apontamentos na folha de antecedentes do réu (inquéritos ou ações penais) como “maus antecedentes” independentemente do trânsito em julgado das respectivas ações penais.

O entendimento jurisprudencial majoritário é pela impossibilidade. Argumenta-se que segundo o princípio da presunção da inocência o indivíduo não poderia sofrer prejuízo em razão da existência de investigação ou de processo criminal que ainda não foram definitivamente julgados.

O STF deliberou em decisão com repercussão geral no RE nº 591054-7/SC pela impossibilidade de utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Todavia, conforme noticiado pelo próprio STF, há a possibilidade de ser afetado novo caso ao Plenário para revisão de entendimento<sup>11</sup>.

Neste sentido, o STF também atribuiu ao Ministério Público o múnus de identificar caso específico para afetar o tema ao plenário para análise de revisão de entendimento, conforme decisões nos HC nº 94680 e nº 94620:

O Tribunal se pronunciou no sentido da possibilidade de rever a tese firmada no RE 591.054, e, nesse sentido, o Ministério Público Federal enviará esforços para identificar um caso para submeter ao Plenário oportunamente.

Assim, parece de grande relevância que o Ministério Público permaneça debatendo o entendimento quanto a esse aspecto referente aos antecedentes, de forma a que novos casos cheguem ao STF para revisão

---

11 Conforme Informativo STF de 24 de junho de 2015.



de entendimento, bem como, em face da abertura dada pelo próprio STF, busque-se decisões favoráveis nos demais tribunais.

No âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça este também é o entendimento que prevalece. Após reiterados julgamentos sobre o tema a Terceira Seção do STJ editou a Súmula 444/STJ, com o seguinte teor: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Não obstante o posicionamento jurisprudencial supramencionado, verifica-se que tal necessidade de trânsito em julgado de antecedentes criminais pode ser contornada quando o próprio acusado, interrogado na ação penal, confessar que já praticou delitos anteriormente. Isto porque, mediante tal confissão, a existência de antecedentes deixa de ser fato controverso nos autos. Merece registro posicionamento do Tribunal Regional Federal da 2ª Região<sup>12</sup>:

PENAL. PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO. INEXISTÊNCIA. CORRUPÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PRESCRIÇÃO. PENA-BASE. ESTELIONATO. ABSOLVIÇÃO. [...] 5. A despeito da edição da Súmula nº 444, do Superior Tribunal de Justiça, mantenho meu entendimento anterior de que a impossibilidade de emprego destas anotações penais como indicadores da personalidade do agente viola os princípios da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade, posto que se trataria de forma isonômica os acusados com folhas de antecedentes penais imaculadas e aqueles que são investigados em vários inquéritos policiais ou respondem a inúmeras ações penais, bem como o princípio constitucional da individualização da pena. [...]

---

12 A utilizar também os maus antecedentes para aferição da conduta social.

(ACR 200351015013181, Rel. Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, 2ª TURMA, julgado em 18/12/2012, Pub. 22/01/2013)

Ementa: PENAL – EMBARGOS INFRINGENTES – ART.312 CAPUT, DO CP -- PECULATO – CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO FALSO – DOSIMETRIA DA PENA- ART. 59, DO CP – VOTO VENCEDOR COM 4 ANOS DE RECLUSÃO – VOTO VENCIDO COM 2 ANOS DE RECLUSÃO – VÁRIAS ANOTAÇÕES NA FAC POR CRIMES DA MESMA ESPÉCIE – EMBARGOS INFRINGENTES DESPROVIDOS. I- Embargos Infringentes para desconstituir Acórdão que, por maioria, negou provimento ao apelo de ROGÉRIO, para manter a condenação pela prática de peculato e a dosimetria com a pena de 4 anos de reclusão, substituída por 2 restritivas de direito; o voto revisor fundamentou-se, principalmente, nas inúmeras anotações sobre crimes da mesma espécie, na FAC. II- O Voto vencido entendeu pela redução da pena de reclusão para o mínimo legal de 2 anos de reclusão; afirmou que não se pode exasperar a pena-base com fundamentos genéricos. III- Concordo com o Voto Vencedor que, com detalhes e brilhantismo, fundamentou sua decisão, afirmando: “a questão remete ao alcance do princípio constitucional da não-culpabilidade, enquanto expressão de uma inocência presumida em relação a fatos não decididos definitivamente, em cotejo com os princípios da individualização da pena, da igualdade e da culpabilidade, princípios esses que também possuem uma matriz constitucional; a questão foi levada a repercussão geral no STF e não obteve, ainda, resultado.[...] é preciso não perder de vista que [...] se configura, ao menos, como demonstrativo de conduta social afastada do eixo da legalidade que se espera da vida em comunidade [...] A questão do aumento da pena-base por conta da existência de

maus antecedentes ainda comporta ponderações, sobretudo porque elas não caminham para inviabilizar a aplicação da Súmula 444 do STJ, mas apenas procura situá-la dentro de um paradigma que atenda às especificidades dos casos concretos.” IV- Portanto, NEGÓCIO PROVIMENTO aos Embargos Infringentes para manter o Acórdão que manteve a dosimetria da pena fixada pelo magistrado de piso. (ACR 0045197-43.1999.4.02.5101, Rel. Des. Federal MESSOD AZULAY NETO, 1ª SEÇÃO ESPECIALIZADA, julgado em 27/06/2003, Pub. 08/07/2013)

Outra questão bastante controvertida acerca do tema no âmbito do STF, diz respeito à valoração de antecedentes decorrentes de penas já extintas há mais de cinco anos, para fins de exasperação da pena-base. Trata-se de temática que também já teve sua repercussão geral reconhecida pela Suprema Corte (RE nº 593.818-RG/SC), mas que ainda não foi debatida por seu plenário.

A controvérsia cinge-se, assim, à possibilidade de aplicar analogicamente o período depurativo do art. 64 do CP para afastar os efeitos das condenações anteriores não só para fins de reincidência, mas também como maus antecedentes. Os defensores desta interpretação argumentam que não se poderia “admitir uma etiquetagem para o indivíduo como sendo portador de maus antecedentes que perdure eternamente”<sup>13</sup>.

---

13 GALVÃO (2013, p. 735).

Veja-se como têm se posicionado os ministros do STF sobre a questão:

**É possível valorar antecedentes decorrentes de penas já extintas há mais de cinco anos para fins de exasperação da pena-base?**

STF 2ª Turma RHC 116.070/RJ Julgado em 22/04/2014	Min. Ricardo Lewandowski	Sim
	Min. Celso de Mello	Ausente
	Min. Gilmar Mendes	Ausente
	Min. Cármen Lúcia	Sim
	Min. Teori Zavascki	Sim
STF 1ª Turma RHC 118.977/MS Julgado em 18/03/2014	Min. Marco Aurélio	Não participou
	Min. Dias Toffoli	Não
	Min. Luiz Fux	Não participou
	Min. Rosa Weber	Não
	Min. Roberto Barroso	Não
STF 1ª Turma RHC 119.200/PR Julgado em 11/02/2014	Min. Marco Aurélio	Não
	Min. Dias Toffoli	Não
	Min. Luiz Fux	Não
	Min. Rosa Weber	Não
	Min. Roberto Barroso	Não
STF 2ª Turma RHC 110.191/RJ Julgado em 23/04/2013	Min. Ricardo Lewandowski	Não
	Min. Celso de Mello	Não
	Min. Gilmar Mendes	Não
	Min. Cármen Lúcia	Não
	Min. Teori Zavascki	Não
STF 1ª Turma RHC 106.814/MS Julgado em 23/02/2011	Min. Ricardo Lewandowski	Sim
	Min. Dias Toffoli	Sim
	Min. Cármen Lúcia	Sim
	Min. Marco Aurélio	Não participou
STF 1ª Turma HC 97.390/SP Julgado em 31/08/2010	Min. Ricardo Lewandowski	Sim
	Min. Dias Toffoli	Sim
	Min. Cármen Lúcia	Sim
	Min. Marco Aurélio	Sim



Conforme exposto no quadro, são bastante controversos os entendimentos acerca da possibilidade de valorar antecedentes decorrentes de penas extintas há mais de cinco anos para fins de exasperação da pena-base.

No âmbito do STJ, contudo, o entendimento é pacífico no sentido da possibilidade, conforme revelam os precedentes a seguir:

[...] À luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações penais anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal. [...] (HC 230.210/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 09/04/2014)

[...] 2. Conquanto não se desconheça o conteúdo de recente decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, tomada por maioria de votos no HC 119.200/PR (julgado em 11.2.2014, Rel. Min. Dias Toffoli, acórdão pendente de publicação), é de ver que o tema não está pacificado naquela Corte, sendo objeto de repercussão geral (RE 593.818). Nessa toada, e in casu, fica mantido o entendimento já pacificado por este Sodalício de que, mesmo ultrapassado o lapso temporal de cinco anos, podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes as condenações anteriores transitadas em julgado, nos termos do art. 59 do Código Penal. [...] (HC 240.022/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 24/03/2014)

[...] 2. O decurso de lapso temporal superior a 05 (cinco) anos entre a data do término da pena da condenação anterior e a data

da infração posterior, embora afaste os efeitos da reincidência, não impede o reconhecimento de maus antecedentes, ensejando, assim, o aumento da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes. [...] (HC 213.685/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 19/11/2013)

Não é uníssono, entretanto, o entendimento acerca da necessidade de certidão cartorária certificando o trânsito em julgado de condenação criminal para o reconhecimento de maus antecedentes. No próprio STF há entendimentos em ambos os sentidos, conforme atestam os julgados a seguir:

[...] II – Não procede a alegação de que a inexistência de certidão cartorária atestando o trânsito em julgado de eventual condenação inviabilizaria o reconhecimento de maus antecedentes/reincidência e que a folha de antecedentes criminais não serviria para esse fim. Esta Corte já firmou entendimento no sentido da idoneidade do referido documento, que possui fé pública. Precedentes. [...] (HC 107274, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 12/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-075 DIVULG 19-04-2011 PUBLIC 25-04-2011 LEXSTF v. 33, n. 388, 2011, p. 367-376)

[...] Tampouco, em vista da falta de certidões específicas, é possível reconhecer-se, no caso, a presença de maus antecedentes por parte do paciente. [...] (HC 112309, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 27/11/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 19-02-2013 PUBLIC 20-02-2013)





Oportuno mencionar, no entanto, que devem ser reconhecidos como maus antecedentes os crimes praticados antes dos fatos processados, mas que transitaram em julgado posteriormente (inaptos para configurar reincidência). Nesse sentido:

[...] 2. Condenações transitadas em julgado após o cometimento dos crimes objeto da condenação são aptas a desabonar, na primeira fase da dosimetria, os antecedentes criminais para efeito de exacerbação da pena-base (CP, art. 59). [...] (HC 117737, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 30-10-2013 PUBLIC 04-11-2013)

[...] 2. Conforme iterativos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, crime cometido anteriormente aos fatos sob análise, mas reconhecido por decisão condenatória transitada em julgado posteriormente, são hábeis a configurar maus antecedentes, ensejando a exasperação da pena-base. [...] (TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ACR 0005744-96.2004.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, julgado em 29/10/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2013)

Assinala-se, ainda, a possibilidade de utilização de condenações anteriores transitadas em julgado tanto para caracterizar reincidência quanto para materializar maus antecedentes, desde que cada uma para finalidade específica:

[...] 2. O magistrado sentenciante considerou condenações transitadas em julgado, anteriores e distintas, para aumentar a pena-base por maus antecedentes e para aplicar a agravante da reincidência.

Inocorrência de ilegalidade flagrante ou abuso de poder. [...] (HC 107456, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-149 DIVULG 01-08-2014 PUBLIC 04-08-2014)

[...] 2. O magistrado sentenciante considerou condenações transitadas em julgado, anteriores e distintas, para aumentar a pena-base por maus antecedentes e para aplicar a agravante da reincidência. Precedentes. 3. Inocorrência de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder. [...] (RHC 99800, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 02-05-2014 PUBLIC 05-05-2014)

[...] A jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que “o *bis in idem* na fixação da pena somente se configura quando o mesmo fato – a mesma condenação definitiva anterior – é considerado como signo de maus antecedentes (circunstância judicial do art. 59 do Código Penal) e como fator de reincidência (agravante genérica do art. 61 também do Código Penal), nada impedindo que condenações distintas deem ensejo a valorações distintas, porquanto oriundas de fatos distintos” (HC 99.044/SP, rel. min. Ellen Gracie, DJE nº 81, divulgado em 06.05.2010). [...] (HC 98083, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 20/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 19-02-2013 PUBLIC 20-02-2013)

[...] 3. Dosimetria. *bis in idem*. Não ocorrência. Paciente que apresenta duas condenações definitivas, sendo uma utilizada como circunstância judicial para fixação da pena-base e outra como agravante da reincidência. [...] (HC 108059, Relator(a):



Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013)

[...] 7. Não configura *bis in idem* a utilização de condenações anteriores com trânsito em julgado para caracterizar os maus antecedentes e a reincidência do agente, desde que uma delas seja utilizada para exasperar a pena-base e a outra na segunda fase da dosimetria. Precedentes. [...] (TRF4, ACR 5004737-04.2013.404.7001, Sétima Turma, Relator Luiz Carlos Canalli, juntado aos autos em 26/11/2013)

Essa também é a interpretação que decorre da leitura da Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça, sobretudo diante da expressão “simultaneamente” nela utilizada, *in verbis*: “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

### C) CONDUTA SOCIAL

“A conduta social simboliza o papel do réu em sociedade, retratando-o no trabalho, na família, na comunidade etc., avaliando-se sua vida pretérita ao crime”<sup>14</sup>.

Miguel Reale Jr. destaca “que o comportamento social espelha em que medida o agente é digno de maior ou menor censura, por ter se conduzido de molde a que o delito se inseriu no contexto de sua vida, ou constituía um fato alheio e isolado”<sup>15</sup>.

A circunstância “conduta social” não se confunde com os antecedentes na medida em que, ao contrário destes, aquela busca identificar

---

<sup>14</sup> NUCCI (2013, p. 229).

<sup>15</sup> REALE JR. (1987, p. 161).

“o comportamento do autor nos papéis de pai/mãe, marido/esposa, filho, aluno, membro da comunidade, profissional, cidadão, etc.”<sup>16</sup>.

Rogério Greco formula crítica veemente a essa confusão, nos seguintes termos:

alguns intérpretes, procurando, permissa vênia, distorcer a finalidade da expressão conduta social, procuram fazê-la de “vala comum” nos casos em que não conseguem se valer dos antecedentes penais do agente para que possam elevar a pena-base. Afirmam alguns que se as anotações na folha de antecedentes criminais, tais como inquéritos policiais ou processos em andamento, não servirem para atestar os maus antecedentes do réu, poderão ser aproveitadas para fins de aferição de conduta social. Mais uma vez, acreditamos, tenta-se fugir às finalidades da lei. Os antecedentes traduzem o passado criminal do agente; a conduta social deve buscar aferir o seu comportamento perante a sociedade, afastando tudo aquilo que diga respeito à prática de infrações penais<sup>17</sup>.

Nesta toada, os tribunais pátrios endentem que não é possível agravar a pena-base com fundamento na conduta social do réu nos casos em que tal avaliação se pauta em ações penais em curso ou inquéritos arquivados.

[...] 6. Quanto à dosimetria dos demais roubos, tem-se que não é possível considerar como conduta social negativa a existência de anotação constante da folha de antecedentes, pois contraria o verbete sumular nº 444 da Súmula desta Corte. Da mesma forma, o fato de o paciente não estudar nem ter emprego, não pode, por si só, levar à conclusão

---

16 SANTOS (2008, p. 572).

17 GRECO (2008, p. 603).



de ser sua conduta social negativa e tendente à prática de crimes. [...] [...] (HC 179927/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 11/04/2013, DJe 18/04/2013)

[...] 6. Por outro lado, também não é possível agravar a pena com alusão ao desajuste na personalidade e na conduta social do acusado se tal avaliação se funda no registro de uma ação penal em curso, de inquérito arquivado e de contravenção penal cuja punibilidade foi extinta, nos termos artigo 76, § 4º, da Lei 9099/95, visto que tal juízo choca-se com o princípio da presunção de inocência. Nessa linha, a Súmula 444 do STJ: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. (TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0011812-23.2008.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 12/11/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/11/2013)

4[...] 4. Os inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser considerados como maus antecedentes, ou má conduta social, para exacerbar a pena-base, sob pena de violação do princípio da não-culpabilidade. Também não podem ser considerados como personalidade voltada para a prática de crimes para aumentar a pena. (ACR 0015878-70.2005.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.700 de 16/11/2012)

Entende-se, igualmente, que a conduta social não pode ser reputada reprovável em virtude de o réu não possuir ocupação profissional ou consumir bebidas alcoólicas, pois não se trata de condutas vedadas no ordenamento jurídico.

[...] A pena-base foi indevidamente exasperada, uma vez que a simples falta de ocupação não pode ser desfavoravelmente

considerada na aferição de conduta social do acusado, o que também se pode falar em razão do consumo de bebida alcoólica, pois tal conduta não é vedada em lei. [...] (HC 234893/MT, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 17/06/2013)

Por outro lado, afigura-se de grande valia para subsidiar a avaliação da conduta social do agente efetuar pesquisas acerca de eventuais infrações disciplinares por ele praticadas no âmbito de seu trabalho, atual ou anteriores. Recomenda-se, assim, sejam requisitadas informações à administração pública de que eventualmente faça parte (em relação aos servidores públicos), órgãos de classe (OAB, CFM, CREA etc.), ou, ainda, perante o Ministério do Trabalho e do Emprego, em busca de registros de dispensas por justa causa. Citem-se, nesse sentido, os seguintes precedentes:

[...] 5. No tocante à dosimetria, deve ser reconhecida a conduta social como desfavorável ao acusado SÉRGIO HOLLUNDER, em razão até mesmo de já terem sido reconhecidos fatos idênticos na esfera da administrativa, ensejando sua demissão dos quadros da Polícia Rodoviária Federal. [...] (ACR 200550010108410, Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 05/09/2012 – Página: 216.)

[...] 6. Além disso, deve-se ressaltar que o acusado buscava favorecer empresas que ele controlava clandestinamente, através de “laranjas”, em atividade incompatível com o exercício do cargo público efetivo de auditor-fiscal do Tesouro Nacional. Assim, esse aspecto

também deve ser valorado negativamente na fixação da pena-base, porquanto evidencia sua má conduta social e personalidade voltada à prática de fraudes. [...] (ACR 01014294319984036181, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 – SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2013 .FONTE\_REPUBLICACAO.)

Recomenda-se ainda, mormente em relação aos réus que são ou foram ocupantes de cargos públicos eletivos, que sejam efetuadas pesquisas no âmbito do Tribunal de Contas da União, as quais poderão revelar contas não aprovadas e constituição de créditos em desfavor do réu, fatores estes suficientes a considerar a sua conduta social como reprovável, conforme julgado do TRF-5:

[...]. 8. O exame desfavorável da conduta social (há várias condenações impostas pelo TCU contra o réu, por não cumprimento de suas obrigações na condição de gestor público municipal, refletindo, especialmente, um comportamento reiterado no sentido da não prestação de contas) e dos motivos e das consequências do crime [...], autoriza a fixação da pena-base do delito em comento em 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção [...] (APN 200681010007177, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 – Pleno, DJE – Data: 10/07/2013 – Página: 118.)

Saliente-se, do mesmo modo, que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que aplicação de golpes pelo autor com habitualidade, inclusive em detrimento de pessoas do seu círculo íntimo de convivência, poderiam ensejar a valoração negativa de sua conduta social (AgRg no AREsp 379603/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013).

#### D) PERSONALIDADE DO AGENTE

A personalidade do agente decorre de sua idiossincrasia, de seu particular modo de ser e agir. Miguel Reale Jr. leciona, nesse sentido, que:

O agente será mais ou menos reprovável, se na formação de sua personalidade (que se compõe de genótipos e fenótipos), tenha dado prevalência ao desenvolvimento de tendências negativas, aderindo a valores básicos na constituição de seu modo de ser, de forma a que a decisão pelo ato delituoso se insira no projeto negativo de vida que escolheu para si mesmo.<sup>18</sup>

Alguns críticos da personalidade como elemento para a dosimetria da pena argumentam que o magistrado não possuiria conhecimento técnico suficiente para avaliá-la adequadamente. Isso, contudo, é um equívoco. Conforme Guilherme de Souza Nucci:

Magistrados não são – nem devem ser – psicólogos ou psiquiatras; aliás, se fossem, funcionariam como peritos e não poderiam exercer a jurisdição, pois estariam impedidos. Ademais, a avaliação da personalidade do réu não tem o objetivo de lhe impor um tratamento, mas somente de lhe aplicar a justa pena. Exige-se, então, o juízo leigo da personalidade, o que é fácil de ser realizado por qualquer pessoa, com um mínimo de inteligência, desde que se possuam elementos para tanto<sup>19</sup>.

Nesse sentido, dispensando a realização de estudos técnicos para avaliação da personalidade do réu, os seguintes precedentes do TRF-1 e do TRF-5:

---

18 REALE JR. (1987, p. 161).

19 NUCCI (2013, p. 230).



[...] 7. É despidiendo laudo técnico acerca do perfil psicológico do apelante para concluir que o réu tem personalidade voltada para a prática de crimes, devendo ser valorada negativamente. [...] (ACR 0028160-40.2009.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Rel. Conv. JUIZ FEDERAL MARCUS VINÍCIUS REIS BASTOS (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 p.12 de 03/10/2012)

[...] 4. Para a verificação da personalidade do Apelante (maneira de sentir e agir relativa ao caráter do agente), não é necessária a análise de dados psicológicos, antropológicos e psiquiátricos do agente, bastando apenas que, da análise dos autos, verifique o julgador que o agente apresenta contumácia na prática delituosa, aplicando golpes de forma continuada, fato que revela a personalidade voltada ao crime e isto apenas pode ser constatado se ele confessar voluntariamente sua condição de criminoso contumaz, o que ocorreu, no presente caso, mediante a análise de sua ficha criminal e na continuidade na prática delituosa, tendo o Apelante participado de vários assaltos após este, até ter sido preso em flagrante. [...] (ACR 00002219220124058307, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, TRF5 – Terceira Turma, DJE – Data: 02/08/2013 – Página: 271.)

Aqueles que criticam a consideração da personalidade do agente, por ocasião da dosimetria da pena, também argumentam que a modulação da pena-base de acordo com tal critério resultaria no julgamento do réu pelo que ele é, e não pelo que ele fez (culpabilidade do autor). Guilherme de Souza Nucci também rebate tais críticas e afirma que o que deve ser feito é “a avaliação do acusado pelo que ele fez, de acordo com o que ele é” (culpabilidade de fato)<sup>20</sup>.

---

20 NUCCI (2013, p. 231).

Em outros termos, não há óbice qualquer à ponderação da personalidade do autor na dosimetria das penas de crimes que com ela tenham relação de causalidade (a personalidade mendaz do agente deveria ser sopesada na prática de crime de estelionato, por exemplo, mas não no delito de lesões corporais).

No intuito de trazer subsídios ao Judiciário para a avaliação da personalidade do agente, é recomendável que o Ministério Público, assim como o faz a defesa ao apresentar testemunhas abonatórias, apresente em seu rol testemunhas que porventura também possam revelar ao Juízo atitudes negativas do réu, as quais serão, nesses casos, devidamente confrontadas com o perfil apontado pelas testemunhas indicadas pela defesa.

Outra importante diligência a ser efetuada para subsidiar a análise da personalidade do réu é a pesquisa, no sistema carcerário, de como se deu o cumprimento de penas anteriores. Indicativos de reiteradas faltas graves, descaso para com autoridades penitenciárias, violência com outros detentos, ou, em sentido contrário, bom comportamento, são importantes indicativos para análise da personalidade do agente.

Cite-se, nesse sentido, o seguinte precedente do TRF-3:

[...] 8. O apelante não ostenta personalidade voltada à observância das regras estatais a todos impostas, tanto assim que se evadiu da Colônia Penal Agrícola de Campo Grande (MS), onde cumpria pena em regime semiaberto por condenação anterior. Há que se lembrar, também, que o apelante insiste na reiteração de condutas que configuram o delito de descaminho, conforme atestam diversas certidões processuais que instruem os autos. (TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0001521-22.2008.4.03.6000, Rel. JUIZ CONVOCADO PAULO DOMINGUES, julgado em 05/11/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2013)

Oportuno destacar que não obstante as críticas de alguns doutrinadores<sup>21</sup>, é importante a análise da periculosidade do agente como desdobramento de sua personalidade.

Nesse sentido, inclusive, recentemente se posicionou o STF:

[...] 2. In casu, as instâncias ordinárias motivaram de modo suficiente a exasperação da pena-base em 2 (dois) anos, tendo em vista, especialmente, (i) a personalidade do réu voltada à delinquência, identificada pela extensa folha criminal referida na sentença, (ii) a circunstância da prática delitiva, marcada pela tentativa de fuga e de ocultação das substâncias entorpecentes e, por fim, (iii) o fato de que o paciente se evadiu do estabelecimento prisional após a prisão em flagrante, somente tendo sido capturado no mês seguinte. 3. Ordem de habeas corpus desprovida. (RHC 114968, LUIZ FUX, STF.)

Assim, a personalidade do agente também pode ser aferida a partir de seu comportamento antes, durante e após a prática delitiva processada, conforme expressamente consignou o STJ:

[...] 3. A personalidade do agente deve ser aferida a partir do modo de agir do criminoso, podendo-se avaliar a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade e a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito. Sua aferição somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão.

---

21 Fernando Galvão menciona, por exemplo, que “uma circunstância judicial que avalie a conduta social do indivíduo não pode ser confundida com a análise da periculosidade do agente em relação ao meio social. A tarefa de aplicação da pena pressupõe a constatação da culpabilidade do agente e, portanto, a imputabilidade. No ordenamento repressivo em vigor, que optou pela adoção do sistema vicariante para a aplicação da pena, o exame da periculosidade é reservado unicamente ao trato dos inimputáveis, acarretando a imposição de medida de segurança, e não de pena”. GALVÃO (2013, p. 736).

Na hipótese, o magistrado sentenciante demonstrou, com a devida fundamentação, porque a personalidade dos agentes foi valorada negativamente. [...] (HC 215133/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013)

A personalidade negativa do réu também pode ser revelada no curso da persecução penal, por meio de suas atitudes e omissões, a partir modo como se relaciona com as demais partes e com o Juízo. Com efeito, nos casos em que restar comprovado que o réu deliberadamente mentiu em suas declarações/interrogatórios, é oportuno que seja reconhecida e devidamente ponderada por ocasião da fixação da pena-base a sua personalidade antiética e mendaz.

O privilégio contra a autoincriminação faculta que o acusado deixe de responder perguntas que lhe são dirigidas, omita informações ou mesmo se recuse a colaborar com a Justiça na busca da verdade real, mas de forma alguma lhe autoriza ludibriar o juiz e as partes, enganar a coletividade, prejudicar a vítima ou atravancar a entrega da justa prestação jurisdicional mediante a prestação de informações falsas.

Conforme destacado por Vladimir Aras, a verdade é bem juridicamente relevante:

[...] nenhuma lei ou princípio constitucional assegura ao acusado o direito de mentir. [...] A mentira atrapalha ou impede a descoberta da verdade, ao passo que o silêncio do réu, sempre intangível, é indiferente, porque não causa dano a terceiro nem prejudica a tarefa probatória do Estado [...]. Mais grave do que a exposição do Poder Judiciário ao ridículo pela aceitação de uma versão fantasiosa são as consequências de uma decisão fundada em mentiras, engodo e falsidades. Perde a sociedade a confiança no sistema judicial e perdem as vítimas o direito à reparação pelo crime, o direito à verdade e o

direito à justiça. [...] Ao proferir sentença condenatória, o juiz deve averiguar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e ali terá ensejo para repreender com mais rigor o réu mendaz, o mentiroso contumaz, o enganador. Esse deve merecer pena base superior à daquele réu que silencia ou à daquele que sustenta sua versão fática sem recorrer a mentiras escandalosas ou a outras fabulações dolosas. Entre as circunstâncias do artigo 59 do CP estão a personalidade do agente e sua conduta social. A mentira pode ser um dado revelador da personalidade distorcida do acusado [...].<sup>22</sup>

Nesta toada, é imperioso que, por ocasião da fixação da pena-base, a personalidade do denunciado, caso se revele antiética e mendaz, enseje a exasperação da pena-base.

### E) DOS MOTIVOS DO CRIME

“Os motivos são as razões que antecederam e levaram o agente a cometer a infração penal”<sup>23</sup>. E, como adverte Ricardo Augusto Schmitt:

Cada delito possui um motivo pré-definido pelo próprio tipo, como a obtenção de lucro fácil no furto, da satisfação da lascívia no estupro, entre outros. A par disso [...] devemos buscar algum outro motivo que se revele como sendo um plus ao ditado pelo próprio tipo, sob pena de se impossibilitar sua valoração<sup>24</sup>.

Deverão ser valorados como circunstância judicial apenas os motivos que não tenham sido, nem venham a ser, considerados como próprios do tipo penal (na sua forma básica, qualificada ou privilegiada).

<sup>22</sup> ARAS (2010, p. 239-266; p. 252-253).

<sup>23</sup> GRECO (2008, p. 565).

<sup>24</sup> SCHMITT (2011, p. 96).

da), como circunstância legal, causa de aumento ou de diminuição, sob pena de se incorrer em *bis in idem*, seguindo-se raciocínio, como visto, igualmente válido para todas as demais circunstâncias judiciais.

Já se consideraram, por exemplo, os seguintes motivos como circunstância judicial desfavorável:

MOTIVOS	DELITOS (ART.)	JULGADOS (tribunal, órgão julgador, nº, data do julgamento, data da publicação)
Garantir o voto de eleitor	171, § 3º, CP	STJ, 6ª T., AgRg no HC 173.792/RR, j. 12/03/13, p. 08/04/13.
Intuito lucrativo/ lucro fácil <sup>25</sup>	297 do CP	TRF1, 3ª T., ACR 0038087-43.1999.4.01.3800, j. 10/01/12, p. 20/01/12.
	180, § 1º, CP	TRF5, 1ª T., ACR 2004.85.000042636, j. 12/07/12, p. 19/07/12.
	38 da Lei 9.605/1998	TRF1, 4ª T., ACR 2007.39.03.000493-5, j. 27/11/12, p. 09/01/13.
Necessidade econômica	299 do CP	TRF3, 5ª T., ACR 0004691-86.2005.4.03.6103, j. 18/11/13, p. 22/11/13.

25 Ao revés, o motivo “lucro fácil” já foi considerado como característica inerente, p. ex., aos seguintes tipos legais: art. 155 do CP (TRF1, 3ª T., ACR 2008.31.00.002547-8, j. 06/08/12, p. 17/08/12); art. 171, §3º, do CP (TRF1, 4ª T., ACR 2009.37.00.007441-5, j. 27/11/12, p. 16/01/13); art. 312 do CP (TRF1, 3ª T., ACR 2006.42.00.001669-4, j. 09/07/12, p. 31/07/12); art. 317 do CP (TRF1, 3ª T., ACR 0003605-03.2003.4.01.4100, j. 20/03/12, p. 30/03/12); art. 1º do DL 201/67 (STJ, 6ª, EDcl no AgRg no AREsp 171.834/RN, j. 05/03/13, p. 13/03/13); arts. 4º e 12 da Lei 7.492/86 (TRF3, 2ª T., ACR 0004271-41.2005.4.03.6181, j. 02/04/13, p. 11/04/13); art. 2º da Lei 8.176/91 (TRF2, 1ª T., ACR 200751610001442, j. 03/10/12, p. 15/10/12); art. 33 da Lei 11.343/06 (TRF3, 5ª T., ACR 0009687-06.2010.4.03.6119, j. 08/04/13, p. 17/04/13).

## F) DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME

Na definição de Alberto Silva Franco:

[...] circunstâncias são elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à configuração típica, influem sobre a quantidade punitiva [...] Entre tais circunstâncias, podem ser incluídos o lugar do crime, o tempo de sua duração, o relacionamento existente entre o autor e vítima, a atitude assumida pelo delinquente no decorrer da realização do fato criminoso, etc.<sup>26</sup>

O mais importante a registrar é que os elementos destacados são meramente exemplificativos. A imprecisão desta circunstância judicial frustra qualquer tentativa de esgotamento do rol de elementos que podem ser considerados como circunstância (do crime) desfavorável, vindo essa espécie de circunstância judicial, frequentemente, a ser tratada, em termos práticos, como subsidiária. Dito de outra forma: dados acidentais do delito, desfavoráveis ao agente, poderão ser considerados como circunstância desfavorável quando: não componham o próprio tipo penal (na sua forma básica ou qualificada), nem sejam valorados negativamente como causa de aumento de pena, circunstância agravante ou sob o rótulo de outra circunstância judicial.

Nesse mesmo sentido, consigna Julio Fabbrini Mirabete que: “A referência às circunstâncias [...] é de caráter geral, incluindo-se nelas as de caráter objetivo ou subjetivo não inscritas em dispositivos específicos.”<sup>27</sup>

O quadro a seguir enumera diversas circunstâncias do crime já tratadas pela jurisprudência como circunstância judicial desfavorável, correlacionando-as aos respectivos delitos:

<sup>26</sup> SILVA FRANCO (1997, p. 900).

<sup>27</sup> MIRABETE (2012, p. 286).

CIRCUNSTÂNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
8 anos (valores indevidos recebidos por)	171, § 3º, CP	TRF2, 2ª T., ACR 200451015085524, j. 18/12/12, p. 18/01/13
9 máquinas caça-níqueis	334, § 1º, “c”, CP	TRF3, 1ª T., ACR 0000592-46.2010.4.03.6120, j. 28/05/13, p. 10/06/13
10 caixas de munição calibre 22, marca Aguila, contendo 500 munições	18 da Lei 10.826/2003	TRF3, 2ª T., ACR 0000801-03.2009.4.03.6006, j. 29/10/13, p. 07/11/13
102 cédulas de R\$ 50,00	289, § 1º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0000004-59.2011.4.03.6005, j. 12/11/12, p. 27/11/12
122 cédulas de R\$ 50,00 e 216 de R\$ 100,00	289, § 1º, CP	TRF3 2ª TURMA ACR 0005717-06.2010.4.03.6181, j. 23/09/13, p. 10/08/13
140.550 maços de cigarro	334, § 1º, “b”, CP	TRF4, 7ª T., ACR 50092599620124047005, j. 15/07/14, p. 17/07/14
373 caixas de cigarros com o total de 186.500 maços	334 do CP	TRF4, 7ª T., ACR 00019416320064047004, j. 01/07/14, p. 10/07/14
500 cédulas de US\$ 100,00	289, § 1º, CP	TRF3, 1ª T., ACR 0007373-42.2003.4.03.6181, j. 16/07/13, p. 24/07/13
50 m³ de areia	2º da Lei 8.176/1991	TRF2, 2ª T., ACR 200750010128027, j. 16/10/12, p. 29/10/12
Agressões, ameaças desnecessárias e invasão de domicílio	157 do CP	STJ, 6ª T., HC 170.404/MG, j. 04/06/13, p. 12/06/13
Ameaças e violências a agentes públicos	163, parágrafo único, I e III, e 265, <i>caput</i> , CP	TRF1, 3ª T., ACR 00049305520074013200, j. 25/03/13, p. 12/04/13
Aproveitar-se do fato de ser um homem público para obter vantagem ilícita para outrem	171, § 3º, CP	STJ, 6ª T., AgRg no HC 173.792/RR, j. 12/03/13p. 08/04/13



CIRCUNSTÂNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
Comercialização da droga na própria residência, onde se permitia o livre acesso de usuários para uso do entorpecente	33 da Lei 11.343/2006	STJ, 5ª T., HC 228.454/DE, j. 09/04/13, p. 15/04/13
Comunidades carentes, valendo-se da ignorância e miserabilidade das pessoas	183 da Lei 9.472/1997	TRF2, 2ª T., ACR 200951100016286, j. 16/10/12, p. 29/10/12
Demonstrada ousadia do agente	121 do CP	STJ, 6ª T., AgRg no AREsp 245.168/MG, j. 20/06/13, p. 03/09/13
Dentro de agência bancária, colocando em risco a vida de clientes e funcionários	157 do CP	STJ, 5ª T., HC 203367, j. 01/10/13, p. 10/10/13
Deslocamento a uma cidade pequena, com economia fraca	289, § 1º, CP	TRF4, 8ª T., 5004860-07.2010.404.7001, j. 18/12/13, p. 08/01/14
Em instituição de abrigo de menores	1º da Lei 9.455/1997	STJ, 5ª T., HC 183.704/PR, j. 16/05/13, p. 23/05/13
Embriaguez	309 da Lei 9.503/1997	TRF4, 7ª T., 5001018-71.2010.404.7210, j. 05/11/13, p. 07/11/13
Engenhoso e sofisticado esquema	22, parágrafo único, Lei 7.492/1986	TRF4, 8ª T.: 0009330-34.2008.404.7100, j. 13/11/13, p. 21/11/13; 0032222-68.2007.40, j. 04/12/13, p. 09/01/14; 0032305-84.2007.404.7100, j. 13/11/13, p. 21/11/13
Forma estruturada e elevado grau de sofisticação	334 do CP	TRF3, 5ª T., ACR 0004709-54.2008.4.03.6119, j. 20/05/13, p. 27/05/13
Golpes com o cabo do revólver, socos e pontapés em várias vítimas	157 do CP	STJ, 5ª T., HC 222855, j. 03/09/13, p. 11/09/13
Grande esquema criminoso	1º do DL 201/1967	TRF2, 2ª T., ACR 200950010155118, j. 06/08/13, p. 20/08/13

CIRCUNSTÂNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
Importação irregular de medicamentos sem registro na Anvisa	334 do CP	TRF4, 7ª T., 5001646052010404700, j. 01/04/14, p. 02/04/14
Imprudência que extrapola o tipo penal	302 da Lei 9.503/1997	STJ, 5ª T., HC 199426, j. 24/09/13, p. 02/10/13
Ingresso armado em prédio de apartamentos, impondo pânico aos moradores e fazendo reféns com ameaça de morte	157 do CP	STJ, 6ª T., HC 190.538/SP, j. 11/06/13, p. 18/06/13
Lapso temporal (sic)	171, § 3º, CP	TRF2, 2ª T.: ACR 200651170048895, j. 04/12/12, p. 19/12/12; ACR 200751018124682, j. 04/12/12, p. 13/12/12
Laranjas	1º, I, Lei 8.137/1990	TRF5, 1ª T., ACR 200783000112854, j. 26/09/13, p. 03/09/13
Meio: reiteradas falsificações	312 do CP	TRF1, 4ª T., ACR 0002378-34.2004.4.01.3100, j. 24/04/12, p. 28/05/12
Método utilizado para dissimulação da droga	33 da Lei 11.343/2006	TRF2, 2ª T., ACR 201151014902869, j. 15/08/12, p. 28/08/12
Nas dependências do MPF	157, § 2º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0008531-25.2009.4.03.6181, j. 23/09/13, p. 10/08/13
Operação sofisticada	334 do CP	TRF4, 7ª T., ACR 50016926120104047206, j. 10/06/14, p. 12/06/14
Ousadia	299 c/c 304 do CP	TRF3, 2ª T., ACR 0208229-35.1998.4.03.6104, j. 22/10/13, p. 31/10/13
Publicação de filmes	241-A da Lei 8.069/1990	TRF3, 5ª T., ACR 0011710-98.2008.4.03.6181, j. 23/09/13, p. 10/08/13
Quantidade de arquivos	241-A, Lei 8.069/1990	TRF3, 1ª T., ACR 0000482-47.2010.4.03.6120, j. 16/07/13, p. 24/07/13

CIRCUNSTÂNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
Quantidade de cédulas falsas em poder do réu	289, § 1º, CP	TRF4, 8ª T., 5001337-69.2010.404.7006, j. 18/12/13, p. 08/01/14. TRF3, 2ª T., ACR 1301473-86.1998.4.03.6108, j. 10/01/13, p. 10/10/13
Quantidade e diversidade de itens apreendidos	334, § 1º, “d”, CP	TRF3, 1ª T., ACR 0011480-46.2006.4.03.6110 , j. 04/06/13, p. 07/06/13
Recursos do INSS	171, § 3º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0000016-70.2002.4.03.6108, j. 10/07/13, p. 16/10/13
Requintes de crueldade e perversidade	157 do CP	STJ, 5ª T., HC 234028, j. 20/08/13, p. 27/08/13
Risco para terceiros diante do número de disparos	121 do CP	STJ, 5ª T., HC 230.457/RS, j. 28/05/13, p. 10/06/13
Sofisticação do grupo	288 do CP	STJ, 6ª T., HC 211.709/SP, j. 06/06/13, p. 21/06/13
Tapas desnecessários no rosto da vítima	157 do CP	STJ, 6ª T. HC 225520, j. 24/10/13, p. 04/11/13
Tentativa de fuga e de ocultação das drogas	33 da Lei 11.343/2006	STF, 1ª T., RHC 114968/MS, j. 25/06/13, p. 06/09/13
Transporte da droga em contêineres e logística	33 da Lei 11.343/2006	TRF3, 1ª T., ACR 0013075-30.2008.4.03.6104 , j. 28/05/13, p. 07/06/13
Valer-se da atuação profissional em órgão público	171, § 3º, CP	TRF5, 4ª T., ACR 200984010010299, j. 15/10/13, p. 17/10/13
Valer-se da confiança de pessoas humildes	312 do CP	TRF2, 2ª T., ACR 200850020013249, j. 08/10/13, p. 22/11/13
Vidro quebrado com a vítima dentro do veículo em pleno trânsito	155, § 4º, I, CP	STJ, 6ª T., HC 211082, j. 24/09/13, p. 03/10/13
Vítima insistentemente perseguida + perda de todo o valor de sua rescisão trabalhista	157 do CP	STJ, 6ª T., HC 169404, j. 26/11/13, p. 12/12/13

### G) DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME

Consequência do crime é o seu resultado. Similarmente ao que se faz nas demais circunstâncias judiciais, também aqui, para fins de reconhecimento de determinada consequência do crime como circunstância judicial desfavorável, busca-se um resultado que não seja inerente ao próprio tipo penal e que não tenha sido nem venha a ser considerado em prejuízo do apenado em qualquer outra fase da dosimetria da pena.

Tratando da circunstância judicial “consequências do crime”, ensina Cezar Roberto Bitencourt que:

[...] não se confundem com a consequência natural tipificadora do ilícito praticado. É um grande equívoco afirmar-se – no crime de homicídio, por exemplo – que as consequências foram graves porque a vítima morreu. Ora, a morte da vítima é resultado natural, sem o qual não haveria o homicídio. Agora, podem ser consideradas graves as consequências, por que a vítima, arrimo de família, deixou ao desamparo, quatro filhos menores, cuja mãe não possui qualificação profissional, por exemplo. Importa, é verdade, analisar a maior ou menor danosidade decorrente da ação delituosa praticada ou o maior ou menor alarma social provocado, isto é, a maior ou menor irradiação de resultados, não necessariamente típicos, do crime.<sup>28</sup>

Sinteticamente, então, poderão ser aí valorados em desfavor do apenado os resultados do crime naquilo que excedam ao resultado típico, já tendo a jurisprudência considerado como consequência do crime desfavorável, por exemplo:

---

28 BITENCOURT (2010, p. 185).

CONSEQUÊNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
100 hectares de floresta nativa destruídos	38 da Lei 9605/1998	TRF1, 4ª T., ACR 2007.39.03.000493-5, j. 27/11/12, p. 09/01/13
1.064 caixas de cigarros (total de 532.000 maços), avaliados em R\$ 936.320,00	334 do CP	TRF3, 5ª T., ACR 0000420-23.2008.4.03.6105, j. 28/01/13, p. 05/02/13
1.075 caixas de cigarro de marcas diversas, avaliadas em R\$ 538.000,00	334 do CP	TRF3, 5ª T., ACR 0010592-74.2011.4.03.6119, j. 02/12/13, p. 09/12/13
375 caixas de cigarro	334 do CP	TRF4, 7ª T., 5000389-36.2010.404.7004, j. 27/08/13, p. 28/08/13
598 cédulas de R\$ 50,00	289, § 1º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0005292-23.2003.4.03.6181, j. 23/09/13, p. 10/03/13
Acidente de trânsito	309 do CTB	TRF4, 7ª T. 5001018-71.2010.404.7210, j. 05/11/13, p. 07/11/13
Alto valor dos prejuízos	5º, <i>caput</i> , Lei 7.492/1986	TRF3, 5ª T., ACR 40206, j. 14/10/13, p. 24/10/13
Área de proteção ambiental	2º da Lei 8.176/1991	TRF2, 2ª T., ACR 200750010128027, j. 16/10/12, p. 29/10/12
Benefícios indevidos àqueles que procuravam o sindicato	171, § 3º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0000016-70.2002.4.03.6108, j. 10/07/13, p. 16/10/13
Contribuição para o recrudescimento da precariedade dos estabelecimentos de saúde	171, § 3º, CP	TRF1, 4ª T., ACR 00053403920054013700, j. 25/03/13, p. 19/04/13
Danos causados aos alunos das atividades de informática	312 do CP	TRF5, 1ª T., ACR7635/SE, j. 12/07/12, p. 19/07/12
Desvio das verbas destinadas à melhoria das condições de ensino da municipalidade	1º, II, DL 201/1967	TRF3, 5ª T., ACR 0042894-64.2003.4.03.0000, j. 04/11/13, p. 11/11/13; ACR 0006240-77.2000.4.03.6113, j. 14/10/13, p. 23/10/13

CONSEQUÊNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
Desvio de verba pública de merenda escolar	1º, I, DL 201/1967	TRF5, 2ª T., ACR 00003692220104058001, j. 26/02/13, p. 28/02/13
Expressividade e extensão do prejuízo patrimonial	157, § 2º, CP	TRF3, 1ª T., ACR 00006901-65.2008.4.03.6181, j. 07/02/13, p. 24/07/13
Expressivo prejuízo	19 da Lei 7.492/1986	TRF3, 2ª T., ACR 0005485-77.1999.4.03.6181, j. 27/11/12, p. 06/12/12
Funai paralisada por mais de 30 dias	163, parágrafo único, I e III, e 265, <i>caput</i> , CP	TRF1, 3ª T., ACR 00049305520074013200, j. 25/03/13, p. 12/04/13
Grande quantidade de cigarros descaminhada	334 do CP	TRF5, 4ª T., ACR8353/PE, j. 10/01/12, p. 11/01/12
Magnitude da lesão	1º da Lei 8.137/1990	TRF3, 2ª T., ACR 0004340-98.2005.4.03.6108, j. 19/03/13, p. 26/03/13
Menores necessitaram de tratamento psicológico	1º da Lei 9.455/1997	STJ, 5ª T., HC 183.704/PR, j. 16/05/13, p. 23/05/13
Montante do prejuízo causado ao INSS	168-A do CP	TRF3, 5ª T., ACR 0008291-51.2000.4.03.6181, j. 25/11/13, p. 02/12/13; ACR 0002612-29.1999.4.03.6109, j. 09/12/13, p. 13/12/13
Montante do prejuízo	168-A do CP	TRF3, 5ª T., ACR 0008291-51.2000.4.03.6181, j. 25/11/13, p. 02/12/13
Montante	1º do DL 201/1967	TRF2, 2ª T., ACR 200950010155118, j. 06/08/13, p. 20/08/13. TRF5, 2ª T., ACR8780/PE, j. 09/10/12, p. 18/10/12
Morte da vítima em idade produtiva deixando órfãos 2 filhos	302 do CTB	STJ, 5ª T., HC 199426, j. 24/09/13, p. 02/10/13

CONSEQUÊNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
Não restituição da <i>res furtiva</i> *	155, § 4º, CP	STJ, 5ª T., AgRg no HC 245.147/ES, j. 16/05/13, p. 06/06/13
Ofensa ao dever geral imposto a toda a sociedade para o custeio da Previdência Social	168-A do CP	TRF4, 7ª T., 2006.71.10.002381-8, j. 13/08/13, p. 22/08/13
R\$ 1.086.086,70	168-A do CP	TRF3, 5ª T., ACR 0002062-36.2004.4.03.6181, j. 02/12/13, p. 09/12/13
R\$ 1.235.771,78**	1º, I, Lei 8.137/1990	TRF3, 1ª S., EIFNU 0103912-85.1994.4.03.6181, j. 21/11/13, p. 29/11/13
R\$ 1.609.474,17	1º, I, Lei 8.137/1990	TRF3, 2ª T., ACR 0001317-69.2004.4.03.6112, j. 05/02/13, p. 14/02/13
R\$ 10.000.000,00	155, § 4º e 288 do CP	STJ, 5ª T., HC 221.669/SP, j. 18/06/13, p. 24/06/13
R\$ 100.000,00 destinados à reconstrução e recuperação de 30 casas em áreas “chagásicas”	1º, I, do DL 201/1967	TRF5, 1ª T., ACR7734/PB, j. 20/09/12, p. 27/09/12
R\$ 100.000,00 verba destinada à melhoria das condições de ensino da municipalidade	1º, I, DL 201/1967	TRF3, 5ª T., ACR 0006240-77.2000.4.03.6113, j. 14/10/13, p. 23/10/13
R\$ 100.000,00	337-A do CP	TRF4, 7ª T., 0000459-25.2007.404.7108, j. 29/10/13, p. 07/11/13
R\$ 105.553,36	1º, I, Lei 8.137/1990	TRF3, 1ª T., ACR 0013121-16.2008.4.03.6105, j. 19/03/13, p. 26/03/13
R\$ 113.275,15 destinados à melhoria sanitária de domicílios carentes	1º, I, do DL 201/1967	TRF5, 2ª T., ACR8780/PE, j. 09/10/12, p. 18/10/12

\* O mesmo órgão julgador, duas semanas antes, considerara que o não ressarcimento do prejuízo da vítima é circunstância inerente ao tipo penal do roubo, não podendo ser utilizada como circunstância judicial desfavorável àquele delito. (STJ, 5ª T., HC 252.433/DF, j. 02/05/13, p. 09/05/13).

\*\* Outro órgão fracionário do mesmo Tribunal considerara, poucos meses antes, o valor de R\$ 1.227.421,01 como suficiente à caracterização da causa de aumento prevista no art. 12, I, Lei 8.137/90”. (TRF3, 2ª T., ACR 0000035-51.2002.4.03.6181, j. 05/02/13, p. 14/02/13).

CONSEQUÊNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
R\$ 130.000,00	171, § 3º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0006804-38.2004.4.03.6106, j. 23/09/13, p. 10/02/13 TRF5, 2ª T., ACR 200883000169250, j. 19/03/13, p. 25/03/13
R\$ 151.174,69	168-A do CP	TRF3, 5ª T., ACR 0001909-03.2004.4.03.6181, j. 10/12/12, p. 17/12/12
R\$ 171.552,62	171, § 3º, CP	TRF2, 2ª T., ACR 200851170015990, j. 14/02/12, p. 02/03/12
R\$ 2.191.419,71	312 do CP	TRF4, 7ª T., 0033935- 83.2004.404.7100, j. 13/08/13, p. 22/08/13
R\$ 235.677,31	334 do CP	TRF3, 5ª T., ACR 0001552-19.2007.4.03.6116, j. 04/11/13, p. 08/11/13
R\$ 25.765,72	1º, I, DL 201/1967	STJ, 6ª T., AgRg no AREsp 194429, j. 03/09/13, p. 17/09/13
R\$ 25.994,93	171, § 3º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0000502-93.2003.4.03.6181, j. 04/02/13, p. 14/02/13
R\$ 273.000,00	95, “d”, Lei 8212/1990	TRF3, 5ª T., ACR 0022221-31.2000.4.03.6119 , j. 25/03/13, p. 10/04/13
R\$ 276.855,74	168-A do CP	TRF3, 1ª S., EIFNU 0001666-54.2008.4.03.6105, j. 07/11/13, p. 14/11/13
R\$ 3.000.000,00	1º, I e II, Lei 8.137/1990	TRF3, 2ª T., ACR 0010502-06.2005.4.03.6110, j. 27/11/12, p. 10/01/13. TRF5, 3ª T., ACR7309/CE, j. 15/12/11, p. 17/01/12



CONSEQUÊNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
R\$ 35.086,79***	171, § 3º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0000971-42.2003.4.03.6181, j. 04/11/13, p. 12/11/13
R\$ 388.060,71	95, “d”, Lei 8.212/1991	TRF3, 5ª T., ACR 0003432-26.1999.4.03.6181, j. 17/12/12, p. 20/12/12
R\$ 425.409,42	1º, II, Lei 8.137/1990	TRF3, 1ª T., ACR 0000028-47.2003.4.03.6109, j. 19/03/13p. 26/03/13
R\$ 447.535,25	1º, I, Lei 8.137/1990	TRF3, 1ª T., ACR 0000050-02.2003.4.03.6111, j. 07/05/13, p. 20/05/13
R\$ 5.027.801,50	168-A do CP	TRF3, 1ª S. EINFNU 0005948-77.2003.4.03.6181, j. 10/03/13, p. 10/11/13
R\$ 60.000,00	312 do CP	TRF1, 4ª T., ACR 0002378-34.2004.4.01.3100, j. 24/04/12, p. 28/05/12
R\$ 68.738,28 (de tributos iludidos)	334 do CP	TRF3, 2ª T., ACR 0004998-13.2009.4.03.6002, j. 16/04/13, p. 26/04/13
R\$ 700.000,00	168-A do CP	TRF4, 7ª T., 0000703-84.2007.404.7000, j. 23/07/13, p. 25/07/13
R\$ 72.220,00	157, § 2º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0008531-25.2009.4.03.6181, j. 23/09/13, p. 10/08/13
R\$ 729.501,83	1º, I, Lei 8.137/1990	TRF3, 5ª T., ACR 0003155-34.2010.4.03.6113, j. 10/12/12, p. 14/12/12
R\$ 772.448,00	1º, I, Lei 8.137/1990	TRF3, 1ª S., RVC 0033582-88.2008.4.03.0000, j. 29/11/12, p. 11/12/12

\*\*\* “Prejuízos bem mais elevados causados ao INSS, em decorrência da prática do crime do art. 171, §3º, do CP, já deixaram, lamentavelmente, de serem considerados como circunstância judicial desfavorável. E.g.: R\$ 114.740,47” (TRF2, 2ª T., ACR 200751018124682, j. 04/12/12, p. 13/12/12); R\$ 225.597,33 (TRF2, 2ª T., ACR 200651170048895, j. 04/12/12, p. 19/12/12).

CONSEQUÊNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
R\$ 80.021,01****	313-A do CP	TRF5, 2ª T., ACR 200883000195788, j. 03/09/13, p. 12/09/13
R\$ 93.564,44	171, § 3º, CP	TRF3, 1ª T., ACR 0004244-58.2005.4.03.6181, j. 27/11/12, p. 06/12/12
Significativo/elevado prejuízo	1º, I, Lei 8.137/1990	TRF3, 5ª T., ACR 0007123-45.2005.4.03.6114, j. 04/11/13, p. 14/11/13; 1ª T., ACR 0008288-88.2004.4.03.6106, j. 13/11/12, p. 23/11/12. STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1224324, j. 03/09/13, p. 17/09/13
US\$ 326.505,25 (em valores remetidos ao exterior)*****	22 da Lei 7.492/1986	TRF3, 2ª T., ACR 0005360-02.2005.4.03.6181, j. 18/12/12, p. 10/01/13
US\$ 500.000,00	22 da Lei 7.492/1986	TRF4, 8ª T., 0009330-34.2008.404.7100, j. 13/11/13, p. 21/11/13; 0032305-84.2007.404.7100, j. 13/11/13, p. 21/11/13
US\$ 500.000,00	22 da Lei 7.492/1986	TRF4, 8ª T., 0009330-34.2008.404.7100, j. 13/11/13, p. 21/11/13; 0032305-84.2007.404.7100, j. 13/11/13, p. 21/11/13
Valor das mercadorias: R\$ 193.267,98; valor do tributo: R\$ 82.009,15	334, § 3º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0004709-54.2008.4.03.6119, j. 20/05/13, p. 27/05/13
Via “emule”	241 da Lei 8.069/1990	TRF3, 5ª T., ACR 0011710-98.2008.4.03.6181, j. 23/09/13, p. 10/08/13

\*\*\*\* “O fundamento deste acórdão não se atém ao valor do prejuízo, mas sim à consideração de que o prejuízo não constitui elemento do crime. Atendo-se, por outro lado, ao valor do prejuízo, confira-se acórdão do TRF4 (8ª T., 5003950-77.2010.404.7001, j. 04/12/13, p. 18/01/14) que considerou insuscetível de implicar o reconhecimento de circunstância judicial desfavorável ao agente do crime previsto no art. 313-A do CP prejuízo causado ao INSS inferior a R\$ 20.000,00”.

\*\*\*\*\* “A remessa ao exterior de aproximadamente US\$ 250.000,00 não foi considerada circunstância judicial desfavorável pelo TRF4” (TRF4, 8ª T., 0032222-68.2007.404.7100, j. 04/12/13, p. 09/01/14).

CONSEQUÊNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
Vultoso valor auferido	171, § 3º, CP	TRF2, 2ª T., ACR 200651170048895, j. 04/12/12, p. 19/12/12

Por fim, um problema específico ligado a essa circunstância judicial deve, ainda, ser examinado. Cuida-se da sua valoração em crimes continuados. Entende-se que não há aqui particularidade alguma, de modo que o montante total do prejuízo decorrente da prática delitiva poderá ser utilizado como fundamento à sua valoração negativa. E isso é o que os Tribunais ordinariamente fazem, sem maiores digressões<sup>29</sup>, inobstantes as severas controvérsias existentes acerca do *quantum* de prejuízo necessário à caracterização dessa circunstância judicial como desfavorável ao apenado.

Ocorre que, especificamente ao tratar do delito de apropriação indébita previdenciária praticado em continuidade delitiva (art. 168-A c/c 71 do CP), tem a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região posicionamento diverso, sustentando não deva o montante total do prejuízo causado ao INSS ser o parâmetro para a aferição das consequências do crime<sup>30</sup>. Em vez disso, ora entende deva o referencial ser o maior valor mensal não repassado à previdência social<sup>31</sup>, ora que deva ser o resultado da divisão daquele valor total pelo número de competências<sup>32</sup>. A

29 E.g.: STJ, AgRg no Ag 830.099/SP, 5ª T., j. 12/02/08, p. 24/03/08; STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1364766/SP, j. 05/12/13, p. 11/12/13; TRF3ª, 1ª S., RVC 0018248-77.2009.4.03.0000, j. 06/03/14, p. 25/03/14; TRF3, 5ª T. – 1ª S., ACR 0007479-83.2009.4.03.6119, j. 17/02/14, p. 25/02/14; TRF4, 8ª T., 5023341-84.2011.404.7000, j. 18/12/13, p. 08/01/14; TRF2, 2ª T., ACR 200950010095584, j. 19/04/12, p. 04/05/12.

30 TRF3, 2ª T., ACR 0000851-86.2001.4.03.6110, j. 10/12/13, p. 18/12/13; ACR 0002300-26.2002.4.03.6181, j. 10/12/13, p. 18/12/13; ACR 0004807-23.2003.4.03.6181, j. 10/12/13, p. 18/12/13.

31 Nesse sentido: TRF3, 2ª T., ACR 0002120-44.2001.4.03.6181, j. 15/06/10, p. 25/06/10; ACR 0005377-72.2004.4.03.6181, j. 26/03/13, p. 04/04/13.

32 Nesse sentido: TRF3, 2ª T., ACR 0002111-17.2004.4.03.6104, j. 27/11/12, p. 06/12/12; ACR 0002137-17.2000.4.03.6181, j. 27/11/12, p. 06/12/12).

Primeira Turma, por sua vez, tem-se valido ora do valor total<sup>33</sup>, ora do resultado daquela divisão<sup>34</sup>. E a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em um julgado do ano de 2013, sufragou a tese que desconsidera o valor total do prejuízo (STJ, 5ª T., REsp 1196299/SP, j. 02/05/13, p. 08/05/13).

As consequências advindas de tal posicionamento são nefastas em termos de dosimetria da pena, bastando referência ao fato de que, mesmo sem invocar expressamente a tese, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, no final de 2012, entendera que prejuízos da ordem de R\$ 364.039,50 (168-A c/c 71 do CP) e R\$ 712.911,83 (art. 337-A c/c 71 do CP), em valores originários que remontavam aos anos de 2000-2006, não seriam anormais para o tipo penal, não havendo justificativa para a fixação da pena-base acima do mínimo legal (TRF3, 2ª T., ACR 0002033-19.2006.4.03.6115, j. 27/11/12, p. 06/12/12).

## **H) CONSIDERAÇÕES COMUNS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS E ÀS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME**

Inobstante o rol exemplificativo de circunstâncias judiciais traçado, não se deve perder de vista, reitera-se, que o exame da jurisprudência não nos permite delimitar com precisão os conceitos de “circunstâncias do crime” e de “consequências do crime”, nem, por conseguinte, distingui-los adequadamente. Basta um confronto entre as tabelas para a constatação do que se afirma.

E a imprecisão conceitual prolonga-se, cobrindo também outras circunstâncias judiciais, não sendo raro o mesmo fato ser tratado ora como uma, ora como outra circunstância judicial.

33 TRF3, 1ª T., ACR 0003509-93.2003.4.03.6181, j. 10/02/15, p. 20/02/15.

34 TRF3, 1ª T., ACR 0007477-05.2002.4.03.6105, j. 18/02/14, p. 25/02/14; ACR 1506463-21.1998.4.03.6114, j. 26/08/14, p. 03/09/14.



De todo modo, fatos que não sejam inerentes ao próprio tipo (na sua forma básica ou qualificada), nem venham previstos como circunstância (legal) agravante ou causa de aumento da pena, mas incrementem o desvalor do crime, deverão ser considerados como uma – e somente uma – circunstância judicial desfavorável. Sob qual *nomen iuris* serão tratados é questão de menor importância, à vista da equivalência de efeitos, para fins de cálculo da pena-base, das circunstâncias judiciais desfavoráveis entre si.

## I) DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

Trata-se do exame da conduta da vítima, antes e durante a prática do crime, sendo tranquilo na doutrina<sup>35</sup> deva-se aqui investigar se a vítima: a) contribuiu (= facilitou, provocou) para a prática do crime<sup>36</sup>; b) ou não.

Posta a questão nestes termos, o resultado da valoração desta circunstância judicial será necessariamente (a) ou (b). Com o perdão pelo truísmo, ou a vítima contribuiu para o delito (a) ou não (b). Cuida-se do critério doutrinariamente proposto para a valoração desta circunstância judicial, que, em si mesmo, não apresenta problema algum. E a jurisprudência maciça harmoniza-se com tal critério ao valorar positivamente a circunstância judicial em exame nos casos em que tenha a vítima contribuído para a prática do crime (a).

O problema e a perplexidade surgem quando se sustenta que em (b) – isto é quando a vítima não tenha contribuído para o delito – o comportamento da vítima deverá ser tido como circunstância judicial neutra. É o que se faz, por exemplo, nos julgados do STJ cujas ementas seguem parcialmente reproduzidas:

---

<sup>35</sup> Por exemplo: CAPEZ (2004, p. 414-415).

<sup>36</sup> Com suas palavras, roupas, atitudes etc.

[...] 4. Esta Corte tem reiteradamente decidido que, quando o comportamento da vítima não contribui para o cometimento do crime, ou é considerado “normal à espécie”, não há falar em consideração desfavorável ao acusado. [...] (STJ, 6ª T., REsp 1117700/ES, j. 15/08/13, p. 28/08/13)

[...] 2. O fato de a vítima não ter contribuído para o delito é circunstância judicial neutra e não deve levar ao aumento da sanção. [...] (STJ, 6ª T., HC 201102125405, j. 21/11/13, p. 09/12/13)

Em que pese a ampla adesão jurisprudencial a esse posicionamento, ignora-se assim, *data venia*, o comando que o art. 59 do Código Penal dirige ao juiz, ao privar de qualquer sentido e utilidade a valoração do comportamento da vítima. Em primeiro lugar porque, como já dito, tanto circunstâncias judiciais favoráveis quanto circunstâncias judiciais neutras não repercutem no cálculo da pena-base, sendo, nesse sentido, equivalentes e não havendo por que distingui-las entre si; em segundo, porque o comportamento da vítima, dentro do critério proposto, nunca será então considerado como circunstância judicial desfavorável.

Como forte indicativo da última afirmação, registra-se o fato de não termos encontrado dentro da amostra de julgados pesquisada<sup>37</sup> um único caso em que o comportamento da vítima tenha sido valorado como circunstância judicial desfavorável ao apenado. Impõe-se, portanto, o abandono do entendimento explicitado e, em substituição a ele, visualizam-se dois caminhos possíveis.

1º Valorar-se o comportamento da vítima como circunstância judicial negativa – e não neutra – sempre que não tenha a vítima contribuído para o delito (b). Cuida-se de entendimento encampado por

<sup>37</sup> Pesquisa de acórdãos nos sites do STF, STJ, TRF1, TRF2, TRF3, TRF4 e TRF5, utilizando como parâmetros de busca: “dosimetria” e “comportamento da vítima” na ementa do acórdão; data de julgamento: de 01/01/12 a 31/12/13.

alguns membros do MPF, mas com praticamente nenhuma aceitação jurisprudencial. A propósito do tema, confira-se, por exemplo, razões de apelação, nas quais se defende a tese, apresentadas nos autos dos processos nos 2003.35.00.001428-7 (JF/GO), 2007.50.01.016113-4 (JF/ES) e 0002721-17.2010.4.05.8400 (JF/RN). Convém registrar que nenhuma dessas apelações obteve provimento quanto ao ponto, que, a rigor, nem sequer foi analisado pelo Tribunal (v. acórdãos: TRF1, 4ª T., ACR 0001451-66.2003.4.01.3500, j. 26/03/13, p. 08/04/13; TRF2, 1ª T. Esp., ACR 2007.50.01.016113-4, j. 11/05/2011, p. 19/05/11; TRF5, 3ª T., ACR 0002721-17.2010.4.05.8400, j. 29/05/14, p. 05/06/14).

Há, todavia, acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, ao qual, inclusive, duas daquelas três razões de apelação fazem alusão, que sustenta este entendimento, oportunizando-se sua parcial transcrição:

[...] 3 – O comportamento da vítima, como circunstância judicial, não importa na redução da pena-base quando aquela contribui para a prática delituosa. Somente há exasperação da pena quando a vítima em nada contribui para o crime. O que esta circunstância judicial visa não é beneficiar o agente quando a vítima contribui para o crime, pois o crime jamais é justificável, e sim tornar mais reprovável a conduta quando a vítima não possui qualquer participação. (TJPR, 1ª C.Crim., unânim., Rel. Juiz Subst. 2º G. Luiz Osorio Moraes Panza – AC 0457122-2 –, j. 09/10/08, p. 24/11/10).

2º O outro caminho é alterar a premissa assentada no início deste tópico, passando-se a compreender deva-se aqui responder a duas indagações: 1ª se o comportamento da vítima a) teve alguma relevância no contexto da prática delitiva; ou b) não, e, em caso positivo, e 2ª se a1) contribuiu para o seu cometimento; ou a2) dificultou-o.

Tornam-se possíveis, desse modo, três resultados (a1, a2 e b), viabilizando-se seja: “a1” tomado como circunstância judicial favorável (hipótese em que a vítima contribuiu para o cometimento do crime); “a2” considerado circunstância judicial desfavorável (caso em que a vítima dificultou a prática do delito), e “b” tido como circunstância judicial neutra (situação em que não se consegue relacionar o comportamento da vítima de nenhuma forma ao delito).<sup>38</sup> A tese é compatível com o entendimento esposado nas ementas de acórdãos a seguir reproduzidas:

[...] VI – Não tendo o sujeito passivo, in casu, o Estado, efetivamente contribuído ou dificultado a prática delitiva, a circunstância judicial do comportamento da vítima deve ser tida como neutra. Também não pode ser valorada a circunstância judicial das consequências do delito, uma vez que eventual ilícito contra ordem tributária está em apuração em processo distinto. Noutro giro, não trouxe a acusação arrazoadado apto a infirmar a aplicação da atenuante da confissão, tendo a sentença fundamentado a aplicação desta atenuante genérica. [...] (TRF2, 1ª T. Esp., ACR 200150010046630, j. 13/07/11, p. 23/08/11)

[...] 4. No que se refere ao comportamento da vítima, também não há justificativa para a exasperação da pena-base. De fato, esta Corte tem reiteradamente decidido que, quando o comportamento da vítima não contribui para o cometimento do crime, ou é considerado “normal à espécie”, não há falar em consideração desfavorável ao acusado. [...] (STJ, 6ª T., REsp 1208555/AC, j. 05/03/13, p. 13/03/13)

38 É claro que a problemática envolvendo a equivalência de circunstâncias judiciais favoráveis e neutras para fins de fixação da pena-base não se resolve com este expediente, no que a2 e b não se distinguirão em termos práticos. Apesar disso, passa a ser logicamente viável o reconhecimento de casos nos quais o comportamento da vítima deverá ser tratado como circunstância judicial desfavorável.





## 1.2 AGRAVANTES E CAUSAS DE AUMENTO

Circunstâncias agravantes são dados ou fatos, de natureza objetiva ou subjetiva, que se acham ao redor do crime, mas cuja existência não interfere na configuração do tipo, embora agravem a sua pena. As circunstâncias agravantes, também chamadas circunstâncias legais, atuam no cálculo da pena após a fixação, pelo juiz, da pena-base.

Todavia, o Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando-a à discricionariedade do juiz, ao contrário das causas de aumento e de diminuição da pena. Tampouco pode ultrapassar os limites mínimo e máximo cominados no tipo legal.

Bitencourt sustenta que a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto<sup>39</sup>.

As agravantes e atenuantes caracterizam-se como circunstâncias legais, genéricas, taxativas e obrigatórias.

São legais, porque, regidas pelo princípio da legalidade, devem estar expressas em lei, como ocorre nos arts. 61 a 65 do CP. Porém, o art. 66 do CP, excepcionalmente, autoriza o juiz a promover a atenuação da pena-base em razão de circunstância não prevista expressamente em lei, desde que seja “relevante, anterior ou posterior ao crime”.

São genéricas, porque se aplicam a todas as condutas infracionais. Todavia, essa regra é excepcionada nas infrações culposas, em relação às quais não se aplicam, por incompatibilidade teórica e prática, as agravantes subjetivas.

A punibilidade nas infrações culposas é imposta pela quebra do dever de cuidado por imprudência, negligência ou imperícia e,

---

39 BITENCOURT (2009, p. 185-186). Para este autor, caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena, que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes).

para Boschi, “soaria estranho, por exemplo, imputação de lesões corporais culposas cometidas na direção de veículo automotor (art. 303 da Lei nº 9.503/1997) por motivo fútil ou pelo motivo torpe (art. 61, II, “a” do CP)<sup>40</sup>”.

De outro norte, Bitencourt não vê razão para a não aplicação das agravantes nos crimes culposos, em que pese a corrente jurisprudencial majoritária em sentido contrário, sustentando o autor que o dispositivo prevê que são circunstâncias que “sempre agravam a pena”, excluindo somente as elementares e qualificadoras do crime<sup>41</sup>.

Por fim, Delmanto<sup>42</sup> e Nucci<sup>43</sup> entendem que somente são aplicáveis as agravantes do inc. II do art. 61 do CP aos crimes dolosos, e não nos delitos culposos. Todavia, em sentido contrário há aresto do STF do famoso caso Bateau Mouche<sup>44</sup>.

Quanto a crimes preterdolosos, há acórdãos estendendo essa inaplicabilidade aos delitos preterdolosos ou preterintencionais (TJSP, RJTJSP76/326, 107/442).

Já prevalece que o mesmo não se poderia dizer quanto à reincidência, que, segundo a doutrina e a jurisprudência, por ser agravante objetiva, refoge a esse critério de especificidade, muito embora precedente em sentido contrário no STF, reconhecendo como agravante motivo que se relacione a peculiar conduta do agente<sup>45</sup>.

Outrossim, as agravantes e atenuantes são taxativas, porque, como decorrência do princípio da legalidade dos crimes e das penas

---

40 BOSCHI (2013, p. 198).

41 BITENCOURT, op. cit., p. 186.

42 DELMANTO et al. (2002, p.122-123). Vide: STF, RT592/412; TJSP, RT552/319; TAMG, RT524/449, 491/367.

43 NUCCI (2014, p. 450).

44 BOSCHI, op. cit., p. 199.

45 BOSCHI, op. cit., p. 198-199. Vide STF, Rel. Min. Djaci Falcão, in RT 592/412 e Jutacrim, 55/269.



(art. 1º do CP e art. 5º, inciso XXXIX, da CF), não comportam analogia, ampliação ou extensão.

Segundo Boschi, o texto da letra “c” do inciso II do art. 61, contemplando como agravante “recurso” que tenha dificultado ou tornado impossível a defesa do ofendido sugere ofensa a esse princípio. Todavia, apenas sugere porque “o recurso dificultador ou impossibilitador da defesa a que alude o texto deve equiparar-se, em termos práticos, à traição, à emboscada ou à dissimulação, de que é exemplo a surpresa para a vítima”, que inclusive é amplamente reconhecida pela jurisprudência pátria como agravante inserta na letra “c”, bem ainda como qualificadora do homicídio, localizada (inc. IV do § 2º do art. 121 do CP)<sup>46</sup>.

Elementares do crime, na sua forma simples ou qualificada, bem como causas de aumento não podem ser, concomitantemente, consideradas como circunstância legal desfavorável, *ex vi* do princípio do *ne bis in idem*.

Contudo, diante do concurso de mais de uma qualificadora, torna-se possível a utilização de uma delas para a caracterização da forma qualificada do delito e da outra como circunstância agravante.

Nesse sentido, confira-se o entendimento do STJ:

diante do reconhecimento de mais de uma qualificadora, somente uma enseja o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes, na hipótese de previsão legal, ou, de forma residual, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal; e a circunstância atenuante da menoridade relativa prevalece sobre as demais, conforme posicionamento deste Superior Tribunal de Justiça. Há também preponderância da circunstância atenuante da confissão espontânea, por se referir à personalidade do agente, sobre a circunstância do recurso que

---

46 Ibidem, p. 199.

impossibilitou a defesa da vítima. (STJ, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento:14/05/2013, T5)<sup>47</sup>.

A quantificação das agravantes e atenuantes deve ser fundamentada, com o escopo de proteção do direito das partes de controlarem o juiz<sup>48</sup>.

A jurisprudência ora admite a possibilidade de reconhecimento das agravantes não descritas na denúncia, ora a recusa. Como versam sobre matéria de fato, para Boschi, o reconhecimento da agravante deveria sempre pressupor prévia descrição na denúncia ou na queixa<sup>49</sup>.

Segundo o STJ,

o reconhecimento de agravante não envolve a questão da quebra de congruência entre a imputação e a sentença, por força do art. 385 do CPP (Precedentes). No caso concreto, inclusive, a agravante consistente na organização e direção da conduta dos demais agentes (art. 62, I, do CP) aparece implicitamente na exordial acusatória<sup>50</sup>.

As agravantes e atenuantes são classificadas em subjetivas e objetivas porque ora se reportam ao elemento subjetivo do injusto

47 Nesse sentido, vide STJ, HC 83.965/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 4-10-2007): É pacífico o entendimento desta Corte de que, existindo mais de uma condenação anterior com trânsito em julgado, uma pode ser apreciada na fase do art. 59 do CPB, para caracterizar os maus antecedentes do réu, e a outra figurar como agravante genérica prevista no art. 62, I, do CPB, na segunda fase da dosimetria da pena, sem que tal configure *bis in idem*”.

48 BOSCHI, op. cit., p. 200. Boschi sintetiza que, na prática: sobre a pena-base o juiz promoverá, com as devidas explicações (discurso fundamentador), o acréscimo de certa quantidade de pena determinada pela agravante “x” e, sobre o resultado encontrado promoverá, se for o caso, fundamentadamente, novo acréscimo, se presente a agravante “y”, para, só depois, promover, com igual fundamentação, a(s) redução(ões) determinada(s) pela(s) circunstância(s) atenuante(s).

49 BOSCHI, op. cit., p. 200. Vide julgados mencionados pelo citado autor às fls. 200: As circunstâncias agravantes podem ser reconhecidas pelo Juiz, na sentença, embora não tenham sido apontadas na denúncia, porque a reincidência não é elementar do delito. Não incidência do art. 384 do CPP (Apelação-Crime nº 696059021, 3ª Câmara Criminal TJRS, Rel. Des. José Eugênio Tedesco, j. 29.08.96, un.). E em sentido contrário, Apelação-Crime nº 950432056-2/PR, 2ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Edgard Antônio Lippmann Jr. (convocado), j. 12.09.96.

50 STJ, HC 89.124/DF, Rel. Min. Félix Fischer, j. 13-11-2007.

(por exemplo: a prática do crime por motivo fútil ou para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime – art. 61, II, “b” – ou por motivo de relevante valor social ou moral), ora ao efetivo conteúdo do injusto (por exemplo: a prática de crime mediante traição, contra criança, velho ou enfermo ou com o uso de veneno, fogo ou explosivo), ora expressam considerações político-criminais, como pode-se ver nas atenuantes da reparação do dano e da confissão espontânea (art. 65, III, “b” e “d”)<sup>51</sup>.

Espécies de agravantes:

**(I) Reincidência:** conforme o Código Penal (art. 63), é reincidente quem comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior, ou quem pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção (art. 7º da LCP).

**(II, a) Motivo fútil ou torpe:** motivo fútil é aquele desproporcionado, insignificante. É o pretexto gratuito, desproporcionado em relação à causa e à ação.

Boschi dispõe que o motivo fútil não se confunde com o motivo injusto, pois é desprovido de razão que deixa o crime, por assim dizer, vazio de causa, acrescentando que, mesmo que, por hipótese, alguém pudesse cometer crime sem motivos, sua conduta, conforme precedentes, seria equiparada à do criminoso que age por motivo fútil<sup>52</sup>.

---

51 Ibidem, p. 198.

52 Ibidem, p. 208. Também nesse sentido, Alberto S.Franco. “A ausência de motivo equipara-se, para os devidos fins legais, ao motivo fútil, porquanto seria um contrassenso conceber que o legislador punisse com pena maior aquele que mata por futilidade, permitindo que o que age sem qualquer motivo receba sanção mais branda” (Rec., Rel. Costa e Silva, JM 95/389 e RT 622/332. FRANCO, 1995, p. 755).

Para o STJ, “não se revelando nos autos o motivo do crime, não há falar seja ele fútil, até porque não há como valorar uma conduta, reputando-a fútil, ou não, se não se sabe o motivo que lhe deu causa”<sup>53</sup>.

O ciúme<sup>54</sup>, como manifestação própria do ser humano, embora precedentes em contrário, exatamente por isso, não pode ser enquadrado como motivo fútil. Isso porquanto, segundo Delmanto<sup>55</sup>, o ciúme não deve ser considerado fútil, pois não é motivo de irrelevante importância. O motivo fútil é incompatível com o estado de embriaguez e com a violenta emoção.

Motivo torpe é aquele repugnante, que ofende gravemente os princípios éticos dominantes em determinado meio social. Torpe é o motivo vil, abjeto.

Nem sempre a vingança induz, obrigatoriamente, à torpeza, conforme vem se firmando na jurisprudência predominante.

Boschi preceitua que a vingança, na dependência do que a originou, pode ou não, entrar nessa circunstância, não prescindindo, contudo, de avaliação detida do caso concreto, nomeadamente sob a perspectiva do pensamento do grupo social do lugar em que ocorreu o fato<sup>56</sup>.

**(II, b) Para facilitar ou assegurar a execução, ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:** esta agravante pressupõe a existência de outro crime, que seria o crime-fim, em que se pretende facilitar, assegurar, ocultar ou garantir a impunidade ou vantagem.

Não é indispensável que o crime-fim chegue, efetivamente, a ser cometido; basta que o crime-meio tenha sido praticado com aquela

53 STJ, REsp 172.163/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 10-4-2001.

54 “O ciúme, por si só, como sentimento comum à maioria da coletividade, não se equipara ao motivo torpe. Na verdade, o ciúme patológico tem a intensidade exagerada de um sentimento natural do ser humano, que, se não serve para justificar a ação criminosa, tampouco serve para qualificá-la” (TJPR, RESE 0444978-9, Rel. Edison de Oliveira Macedo Filho, j. 20-12-2007).

55 DELMANTO et. al, op. cit., p. 123.

56 BOSCHI, op. cit., p. 208.



finalidade, para que sobre ele recaia esta agravante. Caso ambos (crime-meio e crime-fim) sejam cometidos, a hipótese será de concurso de infrações entre eles (CP, arts. 69 e 70), mas incidindo a agravante só no delito-meio e não no delito-fim.

Para Paulo José da Costa Jr., a conexidade entre os ilícitos pode ser teleológica ou consequencial. “Será teleológica quando um crime venha a ser praticado como meio para facilitar ou assegurar a execução de outro (matar o vigia para assaltar a casa)”. Todavia, se a hipótese for contemplada como qualificadora, não poderá ser, ao mesmo tempo, considerada como agravante genérica, como parece ocorrer no exemplo apontado pelo eminente professor, haja vista a tipificação no inciso V do § 2º do art. 121 do CP do homicídio qualificado se cometido “para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime”. Outrossim,

na conexão consequencial, existe uma relação lógica, de causa e efeito, entre os dois crimes (matar a testemunha presencial do crime para assegurar a impunidade). A doutrina ainda se refere a uma terceira modalidade de conexão, dita ocasional, não prevista pela lei (um crime é praticado por ocasião da prática de outro)<sup>57</sup>.

Boschi acrescenta que a agravante não incide no apenamento dos crimes complexos (art. 103 do CP), formais (art. 70 do CP) e continuados (art. 71 do CP), já que, em todos, ainda que no último por mera ficção da lei, há unidade de delitos, embora a presença ocasional de desígnios independentes. Também seria inadmissível para o autor no concurso de crimes quando a agravante for reconhecida como elementar de um deles, no exemplo da receptação (art. 180 do CP)

---

57 COSTA JR. (2010, p. 255).

que, para configurar-se como crime, depende que a “coisa” seja produto de crime e que disso tenha conhecimento o receptor<sup>58</sup>.

**(II, c) À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido:** as agravantes relacionadas nesta alínea constituem modos ou formas astuciosas e até insidiosas de cometimento do crime, a saber: 1) Traição — contém fortíssimo conteúdo imoral: deslealdade, perfídia. Na traição, a vítima é surpreendida pelo ataque súbito ou sorrateiro do agente. Esta figura, em regra, só pode ocorrer nos crimes contra a pessoa. 2) Emboscada assemelha-se à traição, com a diferença de que, naquela, o agente espera escondido, de tocaia, a passagem da vítima para surpreendê-la. 3) Dissimulação é o encobrimento do propósito criminoso do agente. É o ardil utilizado para surpreender a vítima. 4) Outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa — esta previsão destaca que a relação contida nesta alínea é meramente exemplificativa, admitindo outras hipóteses similares. Devem, contudo, como as hipóteses elencadas, caracterizar-se pela insídia, pela astúcia, não a configurando, por exemplo, a superioridade em armas ou em força física. O exemplo mais comum desta modalidade similar é a surpresa. A ocorrência destas modalidades, na hipótese de homicídio, qualifica-o<sup>59</sup>.

A jurisprudência reconhece que se um dispositivo legal – como este – contiver fórmula exemplificativa acompanhada de cláusula genérica, deve-se entender que esta, segundo o princípio de interpretação extensiva, somente compreende os casos similares aos destacados por aquela. De outro modo, seria inteiramente ociosa a exemplificação, além do que o dispositivo redundaria no absurdo de equiparar, grosso modo, coisas desiguais.

58 BOSCHI, op. cit., p. 210.

59 BITENCOURT, op. cit., p. 186.



Assim, o “outro recurso” a que se refere o texto legal só pode ser aquele que, como a traição, a emboscada, ou a dissimulação, tenha caráter insidioso, aleivoso, sub-reptício, como acontece no caso em que a vítima é colhida de surpresa, podendo sê-lo à traição ou mesmo dissimuladamente.

Há surpresa, ou seja, modo de ação, recurso que torna difícil ou impossível a defesa do ofendido, reconhecida como agravante com perfil autônomo, por causa da redação conferida à letra “c”, ora comentada, quando a vítima não tem razões para esperar o procedimento subitâneo, inopinado, agressivo do agente.

Por isso, Boschi menciona que a jurisprudência entende que não incide a agravante da surpresa sempre que o fato for precedido de discussão entre autor e vítima, ameaças recíprocas ou quando existentes conflitos anteriores entre ambos, a sugerirem estado de maior prevenção e cuidados. De fato, a surpresa, para poder atuar como causa de modificação da pena-base, tem que estar destituída então de razões próximas ou remotas que façam a vítima supor, suspeitar ou esperar pelo ataque<sup>60</sup>.

(II, f) Com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: consideram-se aqui situações pessoais ou familiares que facilitam a prática delituosa, além de implicarem a infringência de especiais deveres: 1) Abuso de autoridade — refere-se às relações privadas em que haja um vínculo de dependência ou subordinação, com exercício abusivo ou ilegítimo de autoridade no direito privado, como empregador, tutor, curador, pais etc.

(II, g) Abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> BOSCHI, op. cit., p. 212.

<sup>61</sup> Cargo público é “o lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei”. O provimento pode ser efetivo ou em comissão. O agente desvia-

Mirabete<sup>62</sup> destaca que, nesses casos, há um desvio por parte de quem está obrigado a um respeito maior à lei, violando-a quando no exercício do cargo, do ofício, do ministério ou da profissão.

É na lei regulamentadora que se pode encontrar o rol desses deveres, por exemplo, nas que regulam a medicina, a odontologia, a engenharia e a advocacia, tanto assim que os médicos, os dentistas, os engenheiros e os advogados ficam sujeitos pelas infrações ético-disciplinares, a procedimento sancionador dos órgãos de classe incumbidos de fiscalizar o exercício profissional (Cremers, Crea, OAB<sup>63</sup>). (II, j) Em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido: a enumeração do dispositivo é meramente exemplificativa. Nessas circunstâncias, o agente aproveita-se da situação para praticar o crime, pois a calamidade ou a desgraça afrouxam, naturalmente, a vigilância dos bens juridicamente tutelados, facilitando a execução delituosa. Além da maior dificuldade em elucidar os fatos, a conduta do agente revela sua maior insensibilidade e correspondente maldade, justificando a agravação da sanção penal<sup>64</sup>.

---

se dos deveres inerentes às finalidades e toca os domínios do direito penal. Deve-se cuidar que o fato também não constitua, ao mesmo tempo, crime funcional típico (arts. 312 e seguintes do Código Penal e Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que define os crimes de abuso de autoridade), porque, nesse caso, fica arredada a incidência da agravante. Lembramos que bem ajustada ao princípio do *ne bis in idem* é a cláusula inserta no art. 61 do CP de que, para configurar-se como causa de modificação da pena-base, a circunstância não pode qualificar ou constituir o crime. Ofício é atividade pública autorizada a quem não detém cargo público, como a dos leiloeiros oficiais. Equivale à função, atividade pública essencialmente provisória, dada a transitoriedade do serviço a que visam atender. Ministério é atividade desempenhada por religiosos, independentemente do culto. Profissão é a atividade exercida com grau mínimo de preparo ou especialização. A condição é que a profissão esteja regulamentada em lei, sem o que não há falar-se em quebra de deveres a ela inerentes.

62 MIRABETE (1985, p. 291).

63 BOSCHI, op. cit., p. 2215-2216.

64 BITENCOURT, op. cit., p. 186-187.



## 1.2.1 AGRAVANTES NO CONCURSO DE PESSOAS

A previsão deste artigo identifica-se com o princípio de que cada um deve ser punido nos limites de sua culpabilidade.

A agravação da pena no concurso de agentes não incide, segundo Boschi, nas infrações em que o concurso é elementar, por exemplo, na de formação de quadrilha, que exige a participação de, no mínimo, quatro pessoas, para configurar-se como tal<sup>65</sup>. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento contrário, em relação àquele que, na quadrilha, haja promovido ou organizado a cooperação dos demais<sup>66</sup>.

Destina-se a qualquer participante, seja autor, coautor ou partícipe do crime, desde que:

1. Promova ou organize a cooperação no crime ou dirija a atividade dos demais agentes<sup>67</sup>: pune-se mais severamente aquele que exerce um papel de liderança entre os participantes, independentemente de ser ou não o autor intelectual<sup>68</sup>.

2. Coaja ou induza outrem à execução material do crime: coagir e induzir não são sinônimas e diferem profundamente em grau de intensidade de eficácia, embora, como agravantes, a lei as tenha equiparado. Induzir significa suscitar uma ideia, fazer surgir uma ideia até então inexistente. A coação poderá ter efeitos diversos: se for irresistível, exclui a culpabilidade do coagido, podendo, dependendo das circunstâncias, transformar o coator em autor mediato, se este

65 BOSCHI, op. cit., p. 221.

66 HC. n. 17.513/RJ, 5ª. T. do STJ, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, v.u., DJ de 22.10.01.

67 Vide STF, AO 1046/RR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 23.4.2007. (AO-1046): “[...] Repeliu-se, também, a alegação de que a agravante reconhecida pelo Tribunal do Júri – promover e organizar a atividade criminosa (CP, art. 62, I) – teria implicado *bis in idem*. Esclareceu-se que, no momento da quesitação da circunstância agravante, o Júri admitira que o apelante não só fora o autor intelectual do crime, mas também promovera e organizara toda a atividade criminosa”.

68 “A agravante prevista no art. 62, I, do CP não pode ser aplicada, in casu, pois evidenciado, prima facie, nos autos que o paciente não exercia sobre os demais qualquer liderança que justificasse a incidência dessa norma” (STJ, HC 12.609/MG, Rel. Min. Félix Fischer, j. 7-11-2000).

não estiver participando diretamente do fato criminoso (vide Cezar Roberto Bitencourt, Lições de Direito Penal, 3. ed., Ed. Livraria Porto Alegre, 1995, p. 109). Se for resistível constituirá uma atenuante para o coagido (art. 65, III, c).

3. Instigue ou determine a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal: instigar significa animar, estimular, reforçar uma ideia existente. O instigador limita-se a provocar a resolução criminosa; determinar (tem sido utilizado pelos penalistas como sinônimo de induzir) significa induzir, tomar a iniciativa intelectual, suscitar uma ideia inexistente. Necessário, porém, que o agente esteja submetido à sua autoridade, ou seja, por alguma razão pessoal, inimputável (louco, menor, silvícola etc.).

4. Execute o crime, ou nele participe, mediante paga ou promessa de recompensa: esta agravante pune mais severamente a torpeza da conduta praticada, conhecida como crime mercenário. A vantagem, não necessariamente econômica, pode ser de qualquer natureza, e configura-se a agravante indiferentemente de a promessa ser ou não cumprida<sup>69</sup>.

Interessante destacar que, com a Lei nº 12.720/2012, no cenário do homicídio e da lesão corporal estabeleceu-se tal como causa de aumento de pena, devendo prevalecer sobre a agravante, sob pena de *bis in idem*.

---

69 “Aplicação da agravante prevista no art. 62, IV, ao crime de extorsão mediante sequestro. Não se pode considerar uma circunstância como elementar do tipo e ainda assim utilizá-la para agravar a pena” (STJ, HC 10.993/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 11-4-2000).

### 1.2.2 REINCIDÊNCIA

O que fundamenta a reincidência é o suposto desprezo do criminoso às solenes advertências da lei e da pena, e a necessidade de reagir contra esse mau hábito (*consuetudo delinquendi*) revelador de especial tendência antissocial. Por isso, o agravamento da situação penal do réu, no processo e não só da pena-base, em função da frequência da atividade criminosa, para elevar o prazo para a concessão do livramento condicional, para impedir a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, para determinar a imposição de regime de execução mais gravoso, dentre outras hipóteses.

Também se defende que não há reincidência se, a despeito da condenação (pelo fato pretérito), a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva tiver sido extinta quanto a esse crime, pois, nesse caso, perecerá, em relação a ele, o *jus puniendi*, sem gerar efeitos.

Chama-se primário aquele que jamais sofreu condenação irrecorrível. Chama-se reincidente aquele que cometeu crime após a data do trânsito em julgado da sentença que o condenou por crime anterior, enquanto não transcorrido o prazo de cinco anos, contados a partir do cumprimento ou da extinção da pena. Ademais, há uma terceira categoria quando o criminoso que não é primário nem é reincidente. O réu que está sendo julgado e já tem contra si uma sentença condenatória anterior, transitada em julgado após o cometimento do segundo crime, não pode ser considerado reincidente ou primário.

A condenação anterior à pena de multa é expressamente afastada, como causa impeditiva do sursis (art. 77, § 1º). No entanto, a condenação anterior à pena de multa, conforme Bitencourt, não desnatura a reincidência, pois o art. 63 não fala em condenação anterior à pena de prisão<sup>70</sup>.

O pressuposto da reincidência – que é o trânsito em julgado de sentença condenatória por fato anteriormente cometido – não poderá,

<sup>70</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 191.

simultaneamente, servir de causa para a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, pois isso implicaria violação da regra do *ne bis in idem*, sendo tal entendimento foi sumulado pelo STJ por meio do enunciado n. 241 da Súmula: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”<sup>71</sup>. Todavia, nada impede o reconhecimento de antecedentes e da reincidência se as condenações pretéritas forem distintas. Essa é também a orientação de José Baltazar Júnior<sup>72</sup>, citando jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que reflete, aliás, o entendimento pacífico da Suprema Corte<sup>73</sup>, haja vista a pluralidade das causas.

O STF já se manifestou acerca da constitucionalidade da previsão da reincidência para majoração da pena, não configurando esta *bis in idem*<sup>74</sup>.

Acrescente-se que a jurisprudência do Supremo também vem entendendo que condenações transitadas em julgado após o cometimento dos crimes objeto da condenação são aptas a desabonar, na primeira fase da dosimetria, os antecedentes criminais para efeito de exacerbação da pena-base:

71 “Jurisprudência de ambas as Turmas desta Corte no sentido de que o fato que serve para justificar a agravante da reincidência não pode ser levado à conta de maus antecedentes para fundamentar a fixação da pena-base acima do mínimo legal (CP, art. 59), sob pena de incorrer em *bis in idem*.” (HC 80.066, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 13.6.2000, Primeira Turma, DJ de 6.10.2000). No mesmo sentido: HC 98.992, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 15.12.2009, Segunda Turma, DJE de 12.2.2010; HC 74.023, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 13.6.2000, Plenário, DJ de 6.10.2000; HC 75.889, Rel. p/o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17.3.1998, Segunda Turma, DJ de 19.6.1998.

72 BALTAZAR JR. (2007, p. 169).

73 DOSIMETRIA DA PENA. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. CONCORRÊNCIA DE QUALIFICADORAS. 1. Na hipótese de concorrência de qualificadoras num mesmo tipo penal, uma delas deve ser utilizada para qualificar o crime e as demais serão consideradas como circunstâncias agravantes. Precedentes (HC 80.771, HC 65.825 e HC 79.538). 2. Habeas Corpus indeferido. (STF – HC: 85414 MG, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 14/06/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 01-07-2005 PP-00087 EMENT VOL-02198-3 PP-00416 RB v. 17, n. 501, 2005, p. 46 RTJ VOL-00194-03 PP-00963 RMP n. 27, 2008, p. 371-373)

74 HC 73394/SP (DJU de 21.3.97); HC 74746/SP (DJU de 11.4.97). HC 91688/RS, rel. Min. Eros Grau, 14.8.2007. (HC-91688)

HABEAS CORPUS. MOEDA FALSA. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO APÓS O COMETIMENTO DO CRIME SUJEITO À CONDENAÇÃO. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. ORDEM DENEGADA. [...]

2. Condenações transitadas em julgado após o cometimento dos crimes objeto da condenação são aptas a desabonar, na primeira fase da dosimetria, os antecedentes criminais para efeito de exacerbação da pena-base (CP, art. 59) [...] (STF – HC: 117737 SP, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 15/10/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-217 DIVULG 30-10-2013 PUBLIC 04-11-2013)

Nesse sentido, também o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS ANTERIORES. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA DECORRENTE DO AUMENTO NO PATAMAR DE 1/4, EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA, SEM MOTIVAÇÃO. [...] 3. É possível o aumento da reprimenda-base pelos maus antecedentes, bem como a aplicação da reincidência, se houver mais de uma condenação com trânsito em julgado, por fatos pretéritos. 4. Embora a lei não preveja percentuais mínimo e máximo de aumento de pena em razão da reincidência, a jurisprudência desta Corte tem-se inclinado no sentido de que, em observância aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e à prevenção do crime, o incremento da pena em fração superior a 1/6 pela aplicação

da agravante genérica em questão deve ser devida e concretamente fundamentado, o que não se observa na espécie. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir a fração de aumento de pena decorrente da agravante da reincidência ao patamar de 1/6. (STJ, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 04/06/2013, T6 – SEXTA TURMA)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. 8 (OITO) CONDENAÇÕES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.[...] Constata-se, na espécie, que o paciente possui 8 (oito) condenações transitadas em julgado por fatos anteriores ao delito, todas aptas a ensejar a reincidência, sendo que uma foi utilizada para configuração da reincidência, algumas para caracterização de maus antecedentes e outras para evidenciar a personalidade voltada para a prática de crimes. Não há falar em *bis in idem*, pois o julgador utilizou condenações definitivas, anteriores e distintas, para caracterização desfavorável da personalidade, dos maus antecedentes e da reincidência. HC não conhecido. (STJ – HC: 213012 RS 2011/0161588-2, Rel: Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Data de Julgamento: 21/05/2013, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2013)

Assim, conforme supracitado, há precedentes que, em face dessa prescrição da reincidência, recomendam que a condenação pelo fato anterior seja fundamentadamente utilizada pelo juiz como fator para a valoração negativa dos antecedentes judiciais, no momento da fixação





da pena-base. Porém, Boschi é refratário a tal entendimento, defendendo que ele consagraria o paradoxo de produzir a limitação temporal do mais grave (a reincidência) e por produzir a eternização do mais leve dos efeitos (os maus antecedentes) advindos de condenação pretérita.<sup>75</sup>

Embora abolida pela Lei nº 26.416/1977 (vide STF, RT686/401), a reincidência específica voltou a ser instituída pelo art. 52 da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25/7/1990), que acrescentou ao art. 83 do CP o inciso V, bem como pelo art. 44, § 3º, do CP, com redação dada pela Lei nº 9.714/1998.

Havia controvérsia acerca da imprescindibilidade, para o reconhecimento da reincidência, de prova, por certidão, de que a condenação anterior transitou em julgado (STF, HC54.569, DJU4.3.77, p. 1164). Porém, tal controvérsia resta superada na jurisprudência com o entendimento encampado pelo Supremo de que

não procede a alegação de que a inexistência de certidão cartorária atestando o trânsito em julgado de eventual condenação inviabilizaria o reconhecimento de maus antecedentes/reincidência e que a folha de antecedentes criminais não serviria para esse fim. Esta Corte já firmou entendimento no sentido da idoneidade do referido documento, que possui fé pública.<sup>76</sup>

Acerca dos efeitos de prescrição do crime que motivou a reincidência, há controvérsia. Se foi declarada prescrita a pretensão punitiva da condenação anterior, esta não gera reincidência (TJSP, *RJTJSP*95/458). Gera reincidência se a prescrição foi da pretensão executória (TACrSP, *Julgados* 90/131). Contra tal posicionamento, já decidiu o STJ no sentido de que, para os efeitos do art. 110, *caput, in fine*, do CP, não há

---

<sup>75</sup> BOSCHI (2013, p. 206).

<sup>76</sup> STF, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 12/04/2011, Primeira Turma.

distinguir entre a prescrição da pretensão executória e a da pretensão punitiva (STJ, REsp 46,*DJU*21.8.89, p. 13331).

O STF manifestou-se no sentido de que “a admissibilidade da consideração, a título de maus antecedentes, de sentença condenatória, malgrado a consequente declaração da extinção da punibilidade, por força de prescrição retroativa segundo a pena concretizada”<sup>77</sup>.

Já para o TRF da 4ª Região, “não subsiste a sentença condenatória para fins de reincidência, conquanto declarada a prescrição da pretensão punitiva; entretanto, perduram os antecedentes no exame das circunstâncias judiciais”<sup>78</sup>.

Há reincidência, mesmo em caso de perdão judicial (TACrSP, RT647/318), assim como se o condenado for indultado, não interfere no reconhecimento da reincidência (STF, RTJ116/171; TRF da 3ª R., Ap. 75.961,*DJU*21.3.95).

Não pode o tribunal, em apelação, reconhecer a reincidência que somente tenha sido provada depois da sentença condenatória (STJ, REsp 36.303,*DJU* 4.10.93, p. 2564, *in RBCCr*5/194). De outro norte, há posicionamento em sentido contrário, sustentando que o Ministério Público pode produzir a prova da reincidência em sede recursal (STF, RTJ 146/210).

Acerca do instituto da reincidência, veja-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Para a caracterização da agravante da reincidência, é necessária a ocorrência de três fatos: (a) a prática de crime anterior; (b) o trânsito em julgado da sentença condenatória; e (c) a prática de novo crime, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (STJ, HC 79.558/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 21-6-2007).

77 Habeas Corpus nº 70752-1/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* 06.05.94, p. 10.470.

78 Apelação-Crime nº 940451142-0/RS, TRF da 4ª Região, Rel. Juíza Tania Escobar, j. 05.10.95, un.

A reincidência, além de ter sido considerada em momento inadequado, não restou demonstrada pelo magistrado, que se limitou a afirmar que o réu praticou o delito quando se encontrava preso por outro motivo, situação que, por si só, não caracteriza a referida circunstância agravante (STJ, HC 67.709/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 21-6-2007).

A condenação anterior por contravenção penal, conquanto não caracterize reincidência, pode ser considerada como reveladora de maus antecedentes (STJ, HC 66.067/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14-11-2006).

Tendo em vista que a segunda conduta delituosa (tráfico de entorpecentes) foi cometida pelo paciente antes do trânsito em julgado da condenação pelo primeiro crime (latrocínio), não há que se falar em reincidência, em razão do que dispõe o art. 63 do Código Penal (STJ, HC 53.878/PE, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 22-8-2006).

A condenação anterior à pena de multa não é apta, por si só, para autorizar a reincidência, pois constitui dívida de valor que não é suscetível, sob nenhum fundamento, mercê de garantia constitucional (art. 5º, LXVII), de conversão em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos (STJ, HC 22.736/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 19-12-2003).

O art. 67 do Código Penal preceitua que,

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

Bitencourt dispõe que é natural que os motivos determinantes, que não qualifiquem ou privilegiem o crime, sejam considerados preponderantes em relação às demais circunstâncias legais, inclusive em relação à menoridade. Na verdade, o fato delituoso, concretamente examinado é que deve indicar essa preponderância<sup>79</sup>. Porém, doutrina e jurisprudência consideram a menoridade preponderante.

Entre os três casos de circunstâncias preponderantes temos:

O primeiro deles é o que resulta da reincidência, em que a lei reprova com maior intensidade a conduta do indivíduo que insiste na prática delituosa por considerá-lo infenso às advertências do direito penal. O segundo é a circunstância que resulta dos motivos, tanto os nobres (que abrandam a censura) quanto os abjetos, repulsivos, reprováveis (que a agravam quando não constituírem ou qualificarem o crime).

Na doutrina, para Boschi, as circunstâncias que resultam da personalidade, outrossim, seriam a menoridade (art. 61, I)<sup>80</sup> e a confissão espontânea do agente (art. 65, II, “d”). Aliás, Boschi defende que “a razão jurídica que preside esse entendimento deve ser estendida, a nosso sentir, à atenuante da reparação do dano (art. 65, II, “c”) porque, com essa conduta, o autor do fato demonstra ser indivíduo moralmente sensível e responsável”<sup>81</sup>.

Ademais, prevalece o entendimento de que é inviável a compensação de uma agravante por uma atenuante, salvo se ambas forem igualmente preponderantes, conclusão que não se estende à menoridade<sup>82</sup>.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm posicionamentos diversos quanto ao embate entre a reincidência, e, de outro lado, ou a menoridade ou a confissão espontânea do acusado.

79 BITENCOURT op. cit., p. 197.

80 Habeas Corpus nº 71323-0/SP, STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 19.05.95, p. 13.994.

81 BOSCHI. op. cit., p. 239.

82 Idem.



Quanto à incidência da menoridade e da reincidência, entende o Supremo:

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Roubo simples. Condenação. 3. Pedido de compensação da atenuante da menoridade com a agravante da reincidência. 4. O Juízo de primeiro grau reconheceu a preponderância da menoridade sobre a agravante da reincidência, atenuando a pena em 4 meses. 5. Ausência de ilegalidade na dosimetria da pena. Recurso a que se nega provimento. (STF – RHC: 114434 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 07/05/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-095 DIVULG 20-05-2013 PUBLIC 21-05-2013)

Já o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, II, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A FORMA TENTADA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. (3) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (4) ATENUANTE DA MENORIDADE. PREPONDERÂNCIA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 5. Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da menoridade relativa**, tornando a pena definitiva no quantum de 6 (seis) anos de reclusão, mais 60 (sessenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão. (STJ),

HC 167453/RJ, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 06/06/2013, – SEXTA TURMA)<sup>83</sup>.

De outro norte, o STF, em relação à confissão espontânea e à reincidência, assim preceitua<sup>84</sup>:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ROUBO. 1. INDICAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE. 2. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA EM CONCURSO COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRECEDENTES. 3. DISTINÇÃO DAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO UTILIZADAS COMO MAUS ANTECEDENTES E COMO AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE *bis in idem* AFASTADA. 4. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. [...] 2. A reincidência é circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que

83 Nesse sentido: STJ, HC 159014/SP, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 16/04/2013, – SEXTA TURMA; STJ, HC 40.888/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 21-2-2006; STJ, HC 30.797/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 16-12-2004).

84 Nesse sentido: STF, RHC 96061/MS, Relator(a): Min. TEORIZAVASCKI, Julgamento: 19/03/2013, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJe-060 DIVULG 02-04-2013 PUBLIC 03-04-2013; TRF-1 – ACR: 51815 MG 0051815-68.2010.4.01.3800, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO, Data de Julgamento: 13/12/2011, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.75 de 31/01/2012; TRF2, ACR 201250010007529, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL André Fontes, Data do Julgamento: 15/10/2013, SEGUNDA TURMA, Data da Publicação: e-DJF2R: 30/10/2013; TRF-3 – ACR: 13357 SP 0013357-94.2010.4.03.6105, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, Data de Julgamento: 21/05/2013, SEGUNDA TURMA. Em sentido contrário, STJ – AgRg no REsp: 1374991 DF 2013/0108066-6, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 04/06/2013, SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/06/2013; TRF1, ACR 0025586-20.2004.4.01.3400, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Data do Julgamento: 10/09/2013, QUARTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 de 23/09/2013; TRF-3 – ACR: 7245 SP 0007245-72.2007.4.03.6119, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, Data de Julgamento: 30/07/2013, PRIMEIRA TURMA; e TRF-4, ACR 0001696-94.2007.404.7011, Relator: Revisor, Data de Julgamento: 05/11/2013, SÉTIMA TURMA)

não é o caso da confissão espontânea. Precedentes. 3. A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente [...] (STF – RHC: 115994 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 02/04/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-070 DIVULG 16-04-2013 PUBLIC 17-04-2013)

Todavia, embora reconhecendo-se que o STF tem entendido que não se pode relacionar a personalidade do agente (ou toda uma crônica de vida) com a descrição, por esse mesmo agente, dos fatos delitivos que lhe são debitados, a Suprema Corte excepcionalmente determinou a compensação da confissão espontânea com a reincidência:

**Ementa:** HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSOS DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. PREPONDERÂNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.[...]

3. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que não se pode relacionar a personalidade do agente (ou toda uma crônica de vida) com a descrição, por esse mesmo agente, dos fatos delitivos que lhe são debitados (HC 102.486, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; HC 99.446, da relatoria da ministra Ellen Gracie). Por outra volta, não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal. E como o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à

parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. Quero dizer: tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim orteguianamente aplicada (na linha do “Eu sou eu e minhas circunstâncias”, como sentenciou Ortega Y Gasset). E como estamos a cuidar de dosimetria da pena, mais fortemente se deve falar em personalização. 4. Nessa ampla moldura, a assunção da responsabilidade pelo fato-crime, por aquele que tem a seu favor o direito a não se auto-incriminar, revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, portanto, ser dissociada da noção de personalidade. 5. No caso concreto, a leitura da sentença penal condenatória revela que a confissão do paciente, em conjunto com as provas apuradas sob o contraditório, embasou o juízo condenatório. Mais do que isso: as palavras dos acusados (entre eles o ora paciente) foram usadas pelo magistrado sentenciante para rechaçar a tese defensiva de delito meramente tentado. É dizer: a confissão do paciente contribuiu efetivamente para sua condenação e afastou as chances de reconhecimento da tese alinhavada pela própria defesa técnica (tese de não consumação do crime). O que reforça a necessidade de desembaraçar o usufruto máximo à sanção premial da atenuante. Assumindo para com ele, paciente, uma postura de lealdade (esse vívido conteúdo do princípio que, na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade). 6. Ordem concedida para reconhecer o caráter preponderante da confissão espontânea e determinar ao Juízo Processante que redimensione a pena imposta ao paciente.



(STF – HC: 101909 MG , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 28/02/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012)

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Terceira Seção, no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS (DJe 4/9/2012), pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, posição que passou a ser adotada por ambas as Turmas que a compõem:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. A confissão, por indicar arrependimento, demonstra personalidade mais ajustada, a ponto de a pessoa reconhecer o erro e assumir suas consequências. Então, por demonstrar traço da personalidade do agente, o peso entre a confissão e a reincidência deve ser o mesmo, nos termos do art. 67 do Código Penal. 2. O Superior Tribunal de Justiça, por meio da Terceira Seção, no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, da minha relatoria (DJe 4/9/2012), pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, posição que passou a ser adotada por ambas as Turmas que a compõem. 3. A existência de precedentes do Supremo Tribunal Federal acerca da impossibilidade de haver a mencionada compensação não constitui razão suficiente, só por si, para alterar a compreensão manifestada, uniformemente, por esta Corte. 4. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no REsp:

1374991 DF 2013/0108066-6, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 04/06/2013, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/06/2013)

### 1.3 ATENUANTES

Atenuantes genéricas são circunstâncias legais, de natureza objetiva ou subjetiva, não integrantes da estrutura do tipo penal, mas que a ele se ligam com a finalidade de diminuir a pena.

Encontram-se descritas em rol exemplificativo, pois além da relação detalhada apresentada pelo art. 65 do Código Penal, o art. 66 estabelece que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

São elas<sup>85</sup>:

Desconhecimento da lei (art. 65, II, CP): é a falta de consciência do caráter ilícito da lei. Para Nucci<sup>86</sup>, “evidencia a situação do autor que, podendo ter a consciência do ilícito, desprezou o cuidado necessário para informar-se, embora a hipótese concreta demonstrasse a incidência de norma de rara utilização”.

Motivo de relevante valor social ou moral (art. 65, III, a, CP): entende-se como relevante valor social os interesses não exclusivamente individuais, mas de ordem geral, coletiva. Já relevante valor moral diz respeito ao interesse de ordem pessoal (exemplo: agressão ou morte contra amante do cônjuge).

Não exige forte carga emocional que leve o autor ao cometimento do crime, ao inlenso das causas de diminuição previstas nos arts. 121,

---

85 O Grupo de Trabalho deliberou pela análise das atenuantes previstas no art. 65, II, III, “a”, “b”, “c” (apenas quanto ao cumprimento de ordem superior), “d” e “e” do Código Penal.

86 NUCCI (2013b, p. 107).

§ 1º e 129, § 4º, CP, porque nesses casos o agente atua impelido, ou seja, dominado por relevante valor moral ou social.

Arrependimento (art. 65, III, b, CP): visto como forma mais eficiente de pacificação social, pois representa a reconciliação, ainda que parcial, entre autor e vítima<sup>87</sup>. Demanda espontânea vontade (aspecto subjetivo), ou seja, agir movido pela sinceridade de propósito e com eficiência para evitar ou minorar as consequências do crime (aspecto objetivo), bem como, quando possível, reparar o dano. Para Azevedo<sup>88</sup>:

o texto fala “procurado com eficiência”, e não haver o agente com eficiência minorado referidas consequências. É a intencionalidade, deduzida da adequação dos meios, que conta. Essa inteligência do texto normativo conduz à conclusão de que a reparação dos danos não é requisito absoluto. Basta ao agente haver tentado de modo efetivo a reparação.

A ação há de ser pessoalmente realizada, para se aferir sua espontaneidade.

Cumprimento de ordem de autoridade superior (art. 65, III, c, CP): observada nas relações de direito público, em que impera a hierarquia. Incide quando o autor cumpre a ordem, de manifesta ilegalidade, embora sob a pressão da autoridade superior (TRF1. ACR 0000740-31.2007.4.01.3800 – Rel. Des. I’ TALO FIORAVANTI SABO MENDES, 4ª T, j., Dje 05.11.2012).

Confissão espontânea (art. 65, III, d, CP): deve ser espontânea, ou seja, sinceramente desejada, de acordo com o íntimo do agente. Diferente de voluntária, que quer dizer livremente praticada, sem coação.

---

87 Idem, p. 232.

88 AZEVEDO (1998, p. 104).

Segundo Boschi<sup>89</sup>,

foge ao sentido do texto, portanto, reconhecer a atenuante quando o agente é preso em flagrante e não tem como negar as evidências em torno da autoria ou imputar a responsabilidade pelo fato a terceiro. Inconfundíveis confissão espontânea e confissão voluntária. Não aplicável, ainda, a citada causa genérica de atenuação da pena quando a confissão for realizada em juízo, após exitosa atividade policial repressiva, quando o resultado das diligências já apontava o agente.

No campo jurisprudencial, as Cortes Superiores divergem quanto à compatibilidade da incidência da confissão espontânea com a prisão em flagrante.

O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado pela incompatibilidade:

A atenuante da confissão espontânea é inaplicável às hipóteses em que o agente é preso em flagrante, como no caso sub judice. Precedentes: HC 101861/MS, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJ de 9/5/2011; HC 108148/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 1/7/2011. (HC 102002, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 09-12-2011 PUBLIC 12-12-2011)

Em sentido oposto, o Superior Tribunal de Justiça:

Na esteira da jurisprudência pacífica desta Corte Superior, a atenuante prevista no artigo 65, III, “d”, do Código Penal deve ser

---

89 BOSCHI (2006, p. 278).

aplicada em favor do condenado ainda que a sua confissão somente corrobore a autoria delitiva já evidenciada pela prisão em flagrante delito, como ocorreu na hipótese. (AgRg no REsp 1317708/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 29/10/2013)

Recentemente, o STJ editou a Súmula nº 545 no sentido de que a atenuante incide se a confissão for levada em conta, sem requisitos adicionais.

Também se verifica divergência no que tange à confissão parcial, decidindo o STF pela inaplicabilidade da atenuante e o STJ como suficiente para diminuição da pena:

A atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal (ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime), configuradora da confissão, não se verifica quando se refere a fato diverso, não comprovado durante a instrução criminal, porquanto, ao invés de colaborar com o Judiciário na elucidação dos fatos, dificulta o deslinde do caso. Precedentes: HC 108148/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 1/7/2011; HC 94295/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 31/10/2008. 2. In casu, o paciente admitiu a subtração dos bens, mas não a violência e a grave ameaça, que restaram comprovadas nos autos, sendo certo que tal estratégia, ao invés de colaborar com os interesses da Justiça na busca da verdade processual, visou apenas a confundir o Juízo diante da prisão em flagrante do paciente. (HC 102002, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 09-12-2011 PUBLIC 12-12-2011)

Este Superior Tribunal possui o entendimento no sentido de que, se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no artigo 65, III, “d”, do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação. (HC 282.448/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 10/04/2014)

Carvalho Neto faz importante distinção entre confissão parcial e confissão de fato diverso:

Entretanto, convém distinguir a confissão parcial da confissão de fato diverso, distinção esta que tem sido corretamente feita pelo Supremo Tribunal Federal. Se réu confessa, v.g., a posse de droga, negando que ela se destinasse ao tráfico, como imputado na denúncia, não é o caso de se falar em confissão parcial, mas de confissão de fato diverso do imputado, já que a posse para uso (fato confessado) caracteriza crime diverso da posse para tráfico (fato denunciado)<sup>90</sup>.

Nesse sentido:

I – Pelo que verifica dos documentos que acompanham a inicial, especialmente da sentença condenatória, o único fato confessado pelo paciente foi a posse da droga, a qual teria sido adquirida para consumo próprio. Em nenhum momento, foi admitida a prática do delito de tráfico, crime efetivamente comprovado na ação penal. [...]

III – Ao contrário do que afirma a impetrante, não se trata de confissão parcial, mas de confissão de fato diverso, não comprovado durante a instrução criminal, o que impossibilita a incidência da

---

90 CARVALHO NETO (2013, p. 141).



atenuante genérica de confissão espontânea, prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. Precedente. (HC 108148, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 07/06/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011)

Para Nucci<sup>91</sup> e Mirabete<sup>92</sup>, perde o valor como atenuante caso haja retratação. Para incidência, a confissão deve se manter ao longo de todo o procedimento. Justifica Aguiar Júnior<sup>93</sup> a não incidência da atenuante, porque “a retratação em juízo pode resultar exatamente da falta de espontaneidade da prestada perante a autoridade policial, que seria, por isso, desvaliosa para o julgamento.”

Na jurisprudência prevalece o entendimento de que, mesmo havendo retratação, caso a sentença condenatória tenha se valido da confissão como elemento de prova, deverá haver o seu reconhecimento como circunstância atenuante<sup>94</sup>.

Quanto à confissão qualificada – quando realizada a admissão de culpa apenas com o intuito de obter o reconhecimento de alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade – diverge a doutrina. Nucci<sup>95</sup> e Mirabete<sup>96</sup> não admitem sua incidência. O primeiro cita o exemplo do agente que admite ter matado a vítima, mas em legítima defesa. Há duas hipóteses: a) realmente agiu em legítima defesa, sendo, portanto, absolvido; b) comprova-se ser falsa sua alegação, sendo ele

91 NUCCI, op. cit., p. 238.

92 MIRABETE (2007, p. 533).

93 AGUIAR JÚNIOR (2013, p. 83).

94 Nesse sentido: STJ – AGRESP 201001843725, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJE DATA:02/04/2014. TRF3 – ACR 00028933320094036109, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/06/2015. TRF3 – RVC 00319940720124030000, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, QUARTA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/01/2015.

95 NUCCI, op. cit., p. 238.

96 MIRABETE, op. cit., p. 533.

condenado, sem qualquer atenuante, pois não narrou a verdade dos fatos, demonstrando insinceridade. Já Boschi<sup>97</sup> admite a incidência da atenuante, sob o argumento de que o objetivo da lei é atenuar a pena de quem confessa o “fato-crime”.

No primeiro sentido, de inadmissão:

A confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas discriminantes ou exculpantes, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. (STJ, HC 224815/TO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013)

Influência de multidão em tumulto não provocado (art. 65, III, e, CP): hipótese em que a pluralidade de agentes denuncia menor periculosidade. Trata-se da multidão delinquente – *folla delinquente*. Entende a doutrina que sob o domínio da multidão em tumulto opera-se a desagregação da personalidade. Processa-se e transmite-se de um indivíduo a outro a sugestão criminosa. Há anulação de seus próprios parâmetros morais e sociais para agir segundo os parâmetros da massa. É requisito essencial que o agente do crime não tenha provocado o tumulto no qual se viu envolvido. Não se aplica àqueles que, aproveitadores da situação de desordem, conduzem a massa.

Atenuante nominada (art. 66, CP): circunstância legal extremamente aberta, permitindo ao juiz imenso arbítrio para analisá-la e aplicá-la. Chamada por alguns de atenuante da clemência, pois o magistrado pode considerar a indulgência para acolhê-la.

---

97 BOSCHI, op. cit., p. 279.



Há posição que defende a adoção da coculpabilidade como fator de constituição da atenuante inominada do art. 66, CP (Zaffaroni e Pierangeli<sup>98</sup>). No entanto, o fato de o Estado não assegurar as condições de igualdade e de oportunidade para o desenvolvimento da personalidade do agente pode ser levado como fator de impulso para a prática de infração qualquer, mas, em última análise, prevalece a vontade do agente, não se podendo contemplar tais circunstâncias como suficientemente relevantes para aplicar a atenuante.

Nesta linha, para Nucci<sup>99</sup>, “há que existir uma causa efetivamente importante, de grande valor, pessoal e específica do agente – e não comum a inúmeras outras pessoas, não delinquentes, como seria a situação de pobreza ou o descaso imposto pelo Estado – para implicar a atenuação da pena.”

A corroborar:

Não há nos autos nenhum substrato fático-probatório que autorize a aplicação da atenuante da coculpabilidade do Estado prevista no art. 66 do CP. Pelo contrário, FRANCISCO, em seu interrogatório judicial, afirmou que estudou até o 1º ano do 2º grau e trabalhava como ajudante de pedreiro antes de ser preso; RAFAEL, por seu turno, afirmou ser agricultor, e que, antes do fato delituoso, trabalhava em um lava-jato. Assim, tem-se que o cometimento do crime não se deu por falta de opção, mas, simplesmente, pela busca do lucro fácil, não se podendo contemplar qualquer prova nos autos como suficientemente relevante para aplicar a atenuante do art. 66 do CP. (TRF5. ACR 0000537-88.2010.4.05.8400 – Rel. Des. FRANCISCO CAVALCANTI, 1ª T, j., Dje 06.09.2012)

---

98 ZAFFARONI; PIERANGELI (2002, p. 836).

99 NUCCI, op. cit., p. 242.

## 1.4 CAUSAS DE DIMINUIÇÃO

São circunstâncias obrigatórias ou facultativas de diminuição da pena, previstas na Parte Geral ou na Parte Especial do Código Penal e também na legislação especial, em quantidade fixa ou variável.

Passa-se à análise das causas de diminuição genéricas, ou seja, previstas na Parte Geral:

Tentativa (art. 14, II e parágrafo único, CP): a punibilidade encontra amparo no perigo de lesão ao bem jurídico. O *iter criminis* é o critério aceito para medição da minorante, nos limites de 1 a 2/3.

Na tentativa, a pena cominada ao correspondente crime consumado terá redução mais significativa se ficar distante da consumação e redução menos significativa, se se aproximar do resultado.

Desse modo, cuidando-se tentativa perfeita (quando o agente esgota todos os atos executórios, mas a consumação do delito não ocorre por circunstâncias alheias a sua vontade), tem-se o transcurso de quase todo o *iter criminis*, gerando diminuição mínima da pena.

Cuidando-se de tentativa imperfeita (quando o agente ainda tem muito a fazer, no tocante a atos executórios, ao ser interrompido), tem-se o transcurso de relativo *iter criminis*, provocando diminuição maior da pena (ACR 0002316-19.2003.4.01.3200 / AM, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL JOSÉ ALEXANDRE FRANCO (CONV.), TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.481 de 20/07/2012).

Arrependimento posterior (art. 16, CP): fundamenta-se na proteção da vítima, amparada quanto aos danos sofridos e no fomento do arrependimento por parte do agente.

Deve ser: a) voluntário: realizado sem coação física ou moral. Não exige espontaneidade; b) pessoal: não pode advir de terceiros, exceto em situações que justifiquem a impossibilidade de ser feita pelo autor (agente preso, por exemplo); c) integral;

d) efetuado até o recebimento da denúncia ou queixa (TRF1, ACR 0003479-62.2008.4.01.3813 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.530 de 07/12/2012).

Possui natureza objetiva e, portanto, comunica-se aos demais coautores e partícipes do crime, na forma do art. 30 do CP (STJ – REsp 1.187.976/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 07.11.2013).

Para Masson<sup>100</sup>,

a redução da pena dentro dos parâmetros legais (um a dois terços) deve ser calculada com base na celeridade e na voluntariedade da reparação do dano ou da restituição da coisa. Quanto mais rápida e mais verdadeira, maior será a diminuição da pena (2/3); quanto mais lenta – desde que até o recebimento da denúncia ou queixa – e menos sincera, menor a diminuição (1/3).

Nesse sentido: TRF1, ACR 0006192-80.2007.4.01.3801 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, QUARTA TURMA, e-DJF1 p.76 de 23/01/2013 e ACR 200540000061842, DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETTE MAGALHÃES, TRF1 – TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA:09/12/2011 PAGINA:557.

A recusa do ofendido em aceitar a reparação do dano ou a restituição da coisa não afasta a incidência da causa de diminuição de pena.

Erro de proibição (art. 21, *caput*, do CP): incide sobre a ilicitude de um comportamento. É a falsa percepção do agente acerca do caráter ilícito do fato por ele praticado, de acordo com um “juízo profano”, isto é, possível de ser alcançado mediante um procedimento de simples esforço de sua consciência.

---

100 MASSON (2014, p. 369).

Segundo Bitencourt<sup>101</sup>, “o agente supõe, por erro, ser lícita a sua conduta, quando, na realidade, ela é ilícita. O objeto do erro não é, pois, nem a lei, nem o fato, mas a ilicitude, isto é, a contrariedade do fato em relação à lei. O agente supõe permitida uma conduta proibida.”

Se escusável, isenta de pena. Se inescusável, a pena é diminuída de 1/6 a 1/3 em face da menor censurabilidade da conduta (TRF3, EIFNU 00021476120004036181, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, SEGUNDA TURMA, DJU DATA:22/02/2008 PÁGINA: 1544 .FONTE\_REPUBLICACAO e TRF3 – ACR 00189003920004036102, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, PRIMEIRA TURMA, DJU DATA:18/04/2008 PÁGINA: 743 .FONTE\_REPUBLICACAO.)

**Estado de necessidade (art. 24, § 2º, CP):** ocorre quando o agente, visando proteger bem jurídico próprio ou de terceiro, sacrifica outro bem jurídico de maior valor e poderia ter agido de forma diversa.

Essa causa de diminuição de pena só se aplica aos casos de estado de necessidade exculpante – o bem sacrificado é de valor superior ao preservado – desde que não configure situação de inexigibilidade de conduta diversa (ACR 200432000064467, DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TRF1 – TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA:25/05/2012 PAGINA:196 e ACR 200540000061842, DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, TRF1 – TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA:09/12/2011 PAGINA: 557.).

**Semi-imputabilidade, imputabilidade diminuída ou restrita (art. 26, parágrafo único, CP):** o dispositivo legal fala em “perturbação da saúde mental” que também é uma doença mental,

---

101 BITENCOURT (2014, p. 513).

embora mais suave<sup>1</sup>. O agente tem diminuída a sua capacidade de entendimento e de autodeterminação, que permanece presente, embora em grau menor. Desta feita, a reproabilidade da conduta é menor, determinando a lei a redução da pena de 1 a 2/3.

O montante de redução, maior ou menor, deve levar em conta o grau de diminuição da capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (STJ – HC 50.210/SP, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. 17.08.2006).

Se o agente estiver mais próximo da imputabilidade, a redução é menor (1/3) e se estiver mais próximo dos limites da inimputabilidade, a diminuição aproxima-se do patamar máximo (2/3).

### **Embriaguez accidental ou fortuita (art. 28, § 2º, CP):**

Para Masson<sup>102</sup>, na embriaguez no caso fortuito, o agente não percebe ser atingido pelo álcool ou substância de efeitos análogos (exemplo: o autor mora ao lado de uma destilaria de aguardente, e aos poucos acaba embriagado pelos vapores da bebida que inala sem perceber), ou desconhece uma condição fisiológica que o torna submisso às consequências de ingestão do álcool (exemplo: o agente faz tratamento com algum tipo de remédio que potencializa os efeitos do álcool).

A embriaguez na força maior, o agente é obrigado a beber (exemplo: o agente é amarrado e injetam em seu sangue elevada quantidade de álcool), ou então, por questões profissionais, necessita permanecer em recinto cercado pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

A embriaguez accidental ou fortuita incompleta é aquela em que ao tempo da conduta retira do agente parte da capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo

---

<sup>102</sup> Idem, p. 491.

com esse entendimento, autorizando a diminuição da pena de 1 a 2/3, equivalendo à semi-imputabilidade.

**Participação de menor importância (art. 29, § 1º, CP):** é a participação de reduzida eficiência causal. Contribui para a produção do resultado, mas de forma menos decisiva.

A participação de menor importância significa que da conduta do partícipe não advém a interferência causal lesiva diretamente ao bem jurídico, mas apenas de caráter adjutório. Não violando o bem jurídico, a resposta jurídica diminui em intensidade<sup>103</sup>.

A redução da pena em maior ou menor grau (1/6 a 1/3) será de acordo com a maior ou menor intensidade volitiva do partícipe: maior censurabilidade, menor redução e menor censurabilidade, maior redução<sup>104</sup> (TRF1 – ACR 2009.38.00.032491-7 – Rel. Des. I'TALO FIORAVANTI SABO MENDES – 4ª T – j. 02.10.2012 – Dje 25.10.2012).

A diminuição da pena (de 1/6 a 1/3) se relaciona à participação, ou seja, ao comportamento adotado pelo agente, e não à sua pessoa. Assim, suas condições pessoais (reincidente, por exemplo) não impedem a redução da pena.

Não se aplica ao autor intelectual, pois se arquitetou o crime, sua participação não foi de menor importância.

## 1.5 DOSIMETRIA DA MULTA

Como define Francesco Carrara<sup>105</sup> “se chama pena pecuniária a diminuição de nossas riquezas, aplicada por lei como castigo de um delito”.

O art. 5º, XLVI, da Constituição Federal estabelece que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras,

<sup>103</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 118.

<sup>104</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 572.

<sup>105</sup> CARRARA apud BITENCOURT, (2011, p. 268).

as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e e) suspensão ou interdição de direitos.

A pena de multa é sanção penal consistente no pagamento de determinada quantia em pecúnia, conforme parâmetros definidos em lei. Pode ser cominada isoladamente, em conjunto com a pena privativa de liberdade, de forma cumulativa ou alternativa, ou, ainda, em substituição à pena privativa de liberdade.

O art. 49 do Código Penal dispõe que a pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário de quantia fixada na sentença condenatória, calculada entre 10 e 360 dias-multa, no valor unitário de 1/30 a 5 vezes o maior salário mínimo vigente na data do fato.

Leis especiais podem estabelecer regras próprias para a dosimetria da pena de multa, tal como ocorre no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e no art. 99 da Lei nº 8.666/1993.

Há posição minoritária na doutrina no sentido da inconstitucionalidade da fixação do valor do dia-multa em salário mínimo, à luz do disposto no art. 7º, IV, da Constituição Federal, que veda sua vinculação para qualquer fim. Contudo, prevalece na doutrina e jurisprudência o entendimento pela constitucionalidade de tal disposição, eis que a proibição constitucional objetiva vedar o uso do salário mínimo como índice econômico, para evitar a indexação da economia. Assim, a utilização do salário mínimo para definição do valor do dia multa não viola a disposição constitucional. Ademais, possibilita o estabelecimento de uma correlação entre o valor da multa e a remuneração do apenado.

O art. 60 do Código Penal determina que a pena de multa deve ser fixada principalmente com base na situação econômica do réu, podendo ser majorada até o triplo, quando mesmo aplicada no máximo revele-se ineficaz.

Portanto, a individualização da pena de multa obedece a um **sistema bifásico** : 1) primeiro define-se o **número de dias-multa**, divergindo a doutrina e jurisprudência se de acordo com as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal ou pelas regras do sistema trifásico previstas no art. 68 do mesmo Estatuto; 2) após estabelece-se o **valor do dia-multa**, com base na situação econômica do réu.

Ou seja, a pena de multa é fixada em duas etapas, na primeira define-se a quantidade de dias-multa (10 a 360) e na segunda o valor de cada dia-multa (1/30 a 5 vezes o valor do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato).

Assim, o valor mínimo da pena de multa será de um terço do salário mínimo e o máximo de 1.800 salários mínimos, salvo se tal quantia for ineficaz no caso concreto, quando poderá ser aumentada até o triplo, totalizando 5.400 salários mínimos, nos termos do art. 60, § 1º, do Código Penal. Devem ser desprezadas as frações, nos termos do art. 11 do Código Penal.

O Código Penal não previu expressamente qual o critério a ser utilizado para a definição do número de dias-multa, limitando-se a estabelecer os patamares mínimo de 10 e máximo de 360. Há divergência na doutrina e jurisprudência acerca do tema, havendo quem defenda a aplicação do critério trifásico previsto no art. 68 do Código Penal<sup>106</sup>, bem como quem sustente a utilização das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal<sup>107</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, nº RESP 97.055/DF, afirmou que a quantidade de dias-multa deve ser estabelecida considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal:

106 GRECO (2014, p. 548). NUCCI(2014, p. 401-402). SCHMITT (2014, p. 290-291). JANSEN (2006, p. 143-146). SANTOS (2010, p. 500-501).

107 PRADO (2010, p. 593). JESUS (2011, p. 638-639). Jesus, contudo, entende que aplicam-se à pena de multa as causas de diminuição e aumento de pena previstas na parte geral e especial do Código Penal.





PENAL. PENA DE MULTA. CALCULO.

1. DE ACORDO COM SISTEMA DO DIA-MULTA ADOPTADO PELA NOVA PARTE GERAL DO CODIGO PENAL, A PENA DE MULTA DEVE SER CALCULADA EM DUAS FASES DISTINTAS. NA PRIMEIRA FASE E FIXADO O NUMERO DE DIAS-MULTA, ENTRE O MINIMO DE 10 E O MAXIMO DE 360, CONSIDERANDO-SE AS CIRCUNSTANCIAS DO ART. 59 DO DIPLOMA PENAL. NA SEGUNDA, DETERMINA-SE O VALOR DE CADA DIA-MULTA LEVANDO-SE EM CONTA A SITUAÇÃO ECONOMICA DO CONDENADO.

2. RECURSO PROVIDO.

(Resp 97055/DF, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/1997, DJ 22/09/1997, p. 46515)

Tal entendimento foi posteriormente reiterado nos seguintes julgamentos: RESP 671.195, RESP 897.876/RS, HC 49.607/SP, HC 49.463/RJ, HC 132.351/DF, HC 234.428/MS, HC 144.299/PR, HC 164.216/PR, HC 169.210/RJ, 191.734/PE e HC194.326/RS.

Contudo, nas decisões proferidas no AgRg no REsp 1171417/DF, no HC 35580/PR, no AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1113688 e no HC 187498/GO, a Corte Superior entendeu pela aplicação do sistema trifásico para a fixação da quantidade de dias-multa.

Outrossim, em seus julgados, o Superior Tribunal de Justiça entende que a pena de multa deve ser fixada de forma proporcional à pena privativa de liberdade imposta<sup>108</sup>. Tem-se, pois, que a pena de multa, em razão da proporcionalidade, deverá refletir a pena corpórea estipulada por meio do sistema trifásico.

---

108 Resp 332.620/BA, HC 149.807/SP, REsp 879.441/SC, HC 144.299/PR, HC 56.150/RS, HC 49.607/SP, HC 49.463/RS, HC 45.179/MS, HC 35.862/SP e HC 102.741/RS.

Há várias decisões dos Tribunais Regionais Federais<sup>109</sup> pela aplicação do sistema trifásico para a fixação da quantidade de dias-multa. A título de exemplo, transcreve-se o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO MAJORADO. ART. 171, §3º, DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. PENAS SUBSTITUTIVAS À PRISÃO. PENA PECUNIÁRIA E PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNITÁRIOS. HIPOSSUFICIÊNCIA E INVALIDEZ. I – Não cabe absolver apenado que alega não possuir condições financeiras para arcar com a pena de multa e de prestação pecuniária e não possuir condições de saúde para prestar serviços comunitários quando se encontrar devidamente comprovado nos autos o crime de estelionato praticado em detrimento da Autarquia Previdenciária (art. 171, §3º, do CP), objetivando a concessão de benefício de auxílio-doença mediante apresentação de documento falso referente a vínculo empregatício inexistente. [...] IV – Ao contrário da prestação pecuniária, a pena de multa deve ser fixada em valor condizente com a situação financeira do réu, devendo ser paga em favor do fundo penitenciário e não às vítimas do dano produzido. Para sua dosimetria, deverá o magistrado sentenciante percorrer duas etapas distintas (critério bifásico), estabelecendo a quantidade de dias-multa e, em seguida, calculando o valor unitário do dia-multa. Por sua vez, a quantidade de dias-multa se submete ao critério trifásico do art. 68 do CP, o que resulta na necessidade de a quantidade de dias-multa ser coerente

109 TRF1 200838010011876, 200441000046591, 200738010040023, 200538020037399 e 200333000193174. TRF2 200750010007492 e 9202033943. TRF3 00033677820074036107, 00015144220054036127, 00019138520114036119, 00019955820074036119, 00019412320104036108, 00031266320104036119 e 00058399620094036005. TRF5 200784000096954.

e proporcional à pena privativa da liberdade aplicada. Já o valor do dia-multa nada tem a ver com o sistema trifásico, repousando na situação financeira do agente à época do fato (art. 49, §1º c/c art. 60 do CP). V – Apelação criminal parcialmente provida. Sentença de primeiro grau parcialmente reformada apenas para estabelecer em definitivo a pena de multa em 13 (treze) dias-multa com fixação de seu valor unitário em R\$18,17 (dezoito reais e dezessete centavos). (TRF2, apelação criminal 201051070002670, Rel. Juiz Federal Convocado MARCELO PEREIRA DA SILVA, Segunda Turma Especializada, julgado em 04/12/2012, E-DJF2R 19/11/2012)

Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação penal 470, estabeleceu a quantidade de dias-multa de acordo com o sistema trifásico previsto no art. 68 do Código Penal, como se verifica do seguinte trecho do julgamento dos embargos de declaração AP 470 EDj-sétimos:

**Ementa: AÇÃO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. METODOLOGIA DE VOTAÇÃO. SUPRESSÃO DE TRECHOS DE DEBATES. ALEGADA OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA. MATÉRIA REITERADAMENTE DECIDIDA. ALEGAÇÕES DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NA ANÁLISE DA PROVA PRODUZIDA PELA DEFESA. INOCORRÊNCIA. REEXAME DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. DÚVIDA SOBRE A DATA DA CONSUMAÇÃO DO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA. INEXISTÊNCIA. APLICABILIDADE DA LEI 10.763/2003 E INCIDÊNCIA DA SÚMULA 711. REANÁLISE DA DOSIMETRIA.**

DESCABIMENTO. DESPROPORCIONALIDADE DAS PENAS. AUSÊNCIA. CONFISSÃO. IRRELEVÂNCIA DAS INFORMAÇÕES. CONTINUIDADE DELITIVA. CRITÉRIO PARA ELEVAÇÃO DA PENA FIXADO PELO PLENÁRIO. VALIDADE. DESPROPORCIONALIDADE DA PENA DE MULTA. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS. [...]

Não há qualquer contradição na dosimetria da pena de multa aplicada ao embargante, tampouco omissão na análise da sua capacidade econômica. Não foi aplicado, unicamente, o critério financeiro para estipular a penalidade, como está claro no acórdão embargado, que se apoiou em todos os elementos do art. 59 do Código Penal, seguindo o método trifásico estabelecido no art. 68 do mesmo Código. Ausentes os vícios apontados pelo embargante. Embargos de declaração rejeitados.

(AP 470 EDj-sétimos, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 09-10-2013 PUBLIC 10-10-2013)

Realmente, constituindo a multa uma sanção penal, afigura-se mais adequada a utilização do sistema trifásico previsto no art. 68 do Código Penal, aplicável a todas as espécies de pena, com a análise das circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes e causas de diminuição e aumento.

Sobre o tema, afirma Nucci<sup>110</sup> que o uso do critério trifásico previsto no art. 68 do Código Penal para a concretização do número de dias-multa assegura o direito à ampla defesa, pois possibilita que o réu conheça todos os passos e fundamentos usados pelo magistrado na dosimetria da multa.

110 NUCCI (2014, p. 401-402).

Schmitt<sup>111</sup> destaca que, como a multa é uma espécie de pena, deve ser dosada pelo mesmo critério utilizado para a pena privativa de liberdade. Assim, a quantidade de dias-multa deve ser determinada em observância ao critério trifásico previsto no art. 68 do Código Penal, pois devem ser respeitadas as regras previstas para a dosimetria da pena, não fazendo o referido dispositivo legal distinção entre a pena privativa de liberdade e a de multa. Logo, o número de dias-multa será determinado pela análise das circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes e causas de diminuição e aumento de pena.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Jansen<sup>112</sup>, que ressalta que o art. 68 do Código Penal, que trata do sistema trifásico, abrange todas as espécies de pena, inclusive a pecuniária.

Boschi<sup>113</sup> sustenta que as circunstâncias agravantes e atenuantes e as causas de aumento e diminuição devem ser consideradas na individualização da multa, em respeito à garantia da individualização da pena, que proíbe igualdade de tratamento nas situações diferentes. Ressalta, ainda, que o critério da necessidade e suficiência da pena estabelecido no art. 59 do Código Penal rege a individualização judicial de todas as penas, também se aplicando, por consequência, à pena de multa.

Assim, para definir o número de dias-multa, dentro dos limites legais de 10 a 360, deve ser aplicado o sistema trifásico do art. 68 do Código Penal, considerando-se as circunstâncias judiciais, as circunstâncias agravantes e atenuantes e as causas de diminuição e aumento de pena.

Schmitt<sup>114</sup> destaca que também se aplica à dosimetria da pena de multa o entendimento consagrado na Súmula 231 do STJ (“A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da

---

111 SCHMITT (2014, p. 290-291).

112 JANSEN (2006, p. 143-146).

113 BOSCHI (2014, p. 298-302).

114 SCHMITT, op. cit., p. 292.

pena abaixo do mínimo legal”), de que os limites mínimo e máximo estabelecidos em abstrato pelo legislador para as penas privativas de liberdade só podem ser ultrapassados na terceira fase da dosimetria, quando da aplicação das causas de diminuição e aumento.

A fixação do número de dias-multa pelo critério previsto no art. 68 do Código Penal determina a necessidade das penas privativas de liberdade e de multa serem coerentes e proporcionais entre si. Como ambas as penas são definidas por meio do sistema trifásico, o resultado delas não pode ser diferente.

Assim, quando a pena de multa for imposta cumulativamente com a pena privativa de liberdade, a fixação do número de dias-multa deve acompanhar os montantes de acréscimo ou diminuição da pena corporal. Nesse sentido, no julgamento do HC 56150, o Superior Tribunal de Justiça expressamente ressaltou que, se a pena-base da reprimenda corporal foi imposta no mínimo legal, a pena de multa não poderá ser superior ao menor patamar previsto no Código Penal.

Desse modo, se a pena privativa de liberdade foi cominada acima do mínimo legal, necessariamente o número de dias-multa também deverá ser fixado em patamar superior ao mínimo, em idêntico percentual, pois as circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes e causas de diminuição e aumento são as mesmas.

Logo, a exigência de proporcionalidade entre a pena privativa de liberdade e a pena de multa impõe que os acréscimos e diminuições efetuados na dosimetria ocorram no mesmo percentual.

Dessa forma, como ambas as sanções são calculadas de acordo com o critério trifásico, devendo ser proporcionais, é possível utilizar a pena corporal fixada para determinar a adequada pena pecuniária, não sendo necessário efetuar uma dosimetria própria para a multa.



Schmitt<sup>115</sup> ressalta que a pena de multa é o espelho da pena privativa de liberdade, de forma que, havendo acréscimo ou diminuição na reprimenda corpórea, a quantidade de dias-multa deverá ser alterada no mesmo patamar. Para assegurar a existência da proporção, defende que a pena privativa de liberdade definida pela aplicação do sistema trifásico seja utilizada para a fixação da pena de multa. Assim, propõe a aplicação da regra matemática proporcional de três, de forma a que a pena de multa espelhe a pena privativa de liberdade, nos seguintes moldes:

Pena Privativa de Liberdade	Pena de Multa
pena aplicada – pena mínima	número de dias-multa – mínimo de dias-multa
pena máxima – pena mínima	máximo de dias-multa – mínimo de dias-multa

Por exemplo, utilizando-se o crime de moeda falsa, tipificado no art. 289, *caput*, do Código Penal, com pena em abstrato de três a doze anos e multa, considerando a aplicação de pena privativa de liberdade de quatro anos, surgiria a seguinte proporção:

Pena Privativa de Liberdade	Pena de Multa
4 anos – 3 anos = 1 ano	número de dias-multa – 10
12 anos – 3 anos = 9 anos	360 – 10 = 350

O cálculo seria o seguinte:  $1 \times 350 = 9 \times (\text{número de dias-multa} - 10)$ ;  $350/9 = (\text{número de dias-multa} - 10)$ ;  $38^{116} = (\text{número de dias-multa} - 10)$ ; número de dias-multa = 48.

<sup>115</sup> SCHMITT, op. cit., p. 294-304.

<sup>116</sup> Desprezadas as frações, nos termos do art. 11 do Código Penal.

Caso na hipótese concreta a pena privativa de liberdade tenha sido estabelecida acima ou abaixo do limite legal, Schmitt propõe as seguintes proporções:

Pena Privativa de Liberdade abaixo do mínimo	Pena de Multa
pena mínima	mínimo de dias-multa
pena aplicada	número de dias-multa
Pena Privativa de Liberdade acima do máximo	Pena de Multa
pena máxima	máximo de dias-multa
pena aplicada	número de dias-multa

As fórmulas descritas visam a garantir a equivalência entre a pena privativa de liberdade e a quantidade de dias-multa, pois ambas são determinadas pela aplicação do sistema trifásico do art. 68 do Código Penal, devendo uma ser reflexo da outra. Para tanto, é utilizada a proporção matemática pela aplicação da regra de três, definindo-se a quantidade de dias-multa com base na sanção corporal imposta.

Após determinado o número de dias-multa, deverá ser fixado o seu valor unitário, de acordo com a situação econômica do réu, nos termos do art. 60, *caput*, do Código Penal, não podendo ser inferior a 1/30 do maior salário mínimo vigente à época do fato delituoso, nem superior a 5 vezes esse salário.

O § 1º, do art. 60, do Código Penal, autoriza o aumento do valor do dia-multa até o triplo, quando, embora fixado no patamar máximo de cinco vezes o salário mínimo vigente na data do fato, revele-se ineficaz no caso concreto, em virtude de situação econômica favorável do réu.

A previsão legal de que o juiz deve atender, na fixação da pena de multa, principalmente, à situação econômica do réu, indica ser fundamental que a sanção pecuniária tenha repercussão considerável no patrimônio do



condenado. Assim, se o réu ostenta boa condição econômica, impõe-se a fixação do valor do dia-multa acima do mínimo legal. Apenas quando a renda do apenado não ultrapassar um salário mínimo mensal deverá o valor do dia-multa ser estipulado no mínimo. Dessa forma, assegura-se a aplicação dos princípios da igualdade e da individualização da pena, determinando-se o valor do dia-multa de acordo com a condição financeira de cada réu no caso concreto.

Nesses moldes, mesmo que o número de dias-multa seja fixado no patamar mínimo de dez, o valor do dia-multa poderá ser estabelecido no máximo, se a situação econômica do réu assim exigir. O contrário também pode ocorrer, ou seja, ainda que fixada a quantidade de dias-multa acima do mínimo legal, o valor unitário do dia-multa imposto pode ser de 1/30 do salário mínimo, diante da precária situação financeira do apenado.

Vicente Greco Filho<sup>117</sup> ressalta que o dia-multa vincula o valor da pena a um período salarial ou de trabalho do apenado, de modo que a sanção corresponda não apenas a uma quantidade de dinheiro, mas também a uma parcela do esforço pessoal do réu.

Schmitt<sup>118</sup> sustenta que a razão do dia-multa é punir o agente com o pagamento de valor que corresponda a um dia de seu trabalho, motivo pelo qual o legislador estabeleceu sua referência baseada no salário mínimo, menor rendimento oficial do país. Assim, se o apenado recebia apenas um salário mínimo por mês, o valor do dia-multa deve ser fixado no patamar mínimo de 1/30. Se recebia 90 salários mínimos por mês, o que equivaleria a 3 salários mínimos por dia de trabalho, o valor do dia-multa deveria ser fixado em 3 salários mínimos. Portanto, o valor máximo de 5 vezes o salário mínimo deveria ser imposto nas hipóteses em que o apenado ganhasse tal quantia por um dia de trabalho. Se recebesse valor ainda maior pelo dia de trabalho, incidiria o

---

117 FILHO, op. cit., p. 403.

118 SCHMITT, op. cit., p. 307.

disposto no art. 60, § 1º do Código Penal, podendo o juiz aumentar o patamar máximo em até três vezes.

Numa visão mais ampla, Bitencourt<sup>119</sup> entende que o valor unitário do dia-multa deve corresponder aos rendimentos auferidos em um dia pelo apenado, considerando-se sua situação econômica e patrimonial. Nessa aferição é computado não só o salário, mas também toda e qualquer renda, inclusive bens e capitais, apurada na data do fato.

De fato, a expressão “situação econômica do réu”, utilizada pelo art. 60 do Código Penal, não se restringe ao salário do condenado, possuindo significado mais extenso, abrangendo os rendimentos, patrimônio, nível de vida pessoal e familiar<sup>120</sup>.

Assim, é necessário que no processo sejam reunidos elementos sobre tais aspectos, sendo certo que, no interrogatório, o juiz deve indagar ao réu sobre sua residência, meios de vida ou profissão, oportunidade sociais, lugar onde exerce sua atividade e vida pregressa, nos termos do art. 187 do Código de Processo Penal. Tais informações também podem ser fornecidas pelas testemunhas ouvidas em juízo.

Insta ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça entende que a situação econômica do réu não pode ser aferida a partir de elementos abstratos, devendo ser extraída de dados concretos constantes dos autos. Nesse sentido é o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTELIONATO (ART. 171, § 3º, DO CP).

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. CRIME PRIVILEGIADO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM FATOS ESTRANHOS AO PROCESSO. INEXISTÊNCIA.

119 BITENCOURT (2014, p. 561-562).

120 BOSCHI, op. cit., p. 301. BALTAZAR JÚNIOR, op. cit., p. 205.

PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. AFERIÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA INDIVIDUALIZADA DA PENA. UTILIZAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO SEMELHANTE PARA OS CORRÉUS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. CULPABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. NEGATIVAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. *bis in idem*. CAUSA DE AUMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. PENA DE MULTA. VALOR UNITÁRIO. PRESUNÇÃO. ATIVIDADE PROFISSIONAL. DESCABIMENTO.[...]

13. A estipulação do valor do dia-multa deve ter por fundamento elementos concretos referentes à condição econômica do acusado, não se podendo fixá-lo apenas com base na presunção de seu poder aquisitivo, em razão da profissão por ele exercida.

14. Diante da ausência de menção a elementos concretos para justificar a exasperação do valor do dia-multa, deve ser ele reduzido ao mínimo legal.

15. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte, apenas para reduzir o valor do dia-multa ao mínimo legal, de 1/30 do salário mínimo vigente na data dos fatos.

(REsp 1169001/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013)

Logo, é importante que sejam reunidos na ação penal elementos concretos referentes à situação financeira do acusado, visando à adequada fixação do valor do dia-multa.

Como já apontado, o valor do dia multa pode variar entre 1/30 do salário mínimo (atualmente R\$ 24,13<sup>121</sup>) e 5 vezes esse salário (atualmente R\$ 3.620), podendo ser aumentado até o triplo (atualmente R\$ 10.860,00), conforme previsto no art. 60, § 1º, do Código Penal.

121 Considerado o salário-mínimo em 2014, no valor de R\$ 724,00.

Assim, a escala penal do valor unitário do dia multa é muito ampla, de 0,03 a 5 vezes o salário mínimo, podendo excepcionalmente atingir 15 salários mínimos.

Vale dizer, apenas nas hipóteses em que o réu for efetivamente pobre, recebendo até um salário mínimo mensal, será possível a fixação do valor do dia-multa em 1/30 do salário mínimo. Em todos os demais casos necessariamente deverá ser ultrapassado esse patamar mínimo, de forma a realmente atender à situação econômica do réu.

Portanto, o valor unitário do dia-multa deve ser estipulado tendo como base o rendimento médio auferido pelo réu em um dia, considerando seu salário, bens e investimentos. Assim, respeita-se o princípio da individualização da pena, de forma que a multa aplicada a réus distintos tenha o mesmo caráter punitivo, em consonância com a situação econômica de cada um, não se revelando irrisória nem excessiva.

Cabe ressaltar que Schmitt entende que deve ser considerada a situação financeira do agente à época do delito<sup>122</sup>, eis que o art. 49, § 1º, do Código Penal estabelece que o valor do dia-multa é fixado de acordo com o maior salário-mínimo vigente à época do fato delituoso, de forma que a condição financeira do apenado também deveria ser aferida em tal momento.

Damásio e Baltazar Júnior sustentam a análise da condição econômica do réu no momento da sentença<sup>123</sup>, pois a multa constitui sanção que deve ser suportada pelo apenado conforme seus rendimentos. Assim, para que a multa tenha repercussão no patrimônio no apenado, deve ser examinada sua situação financeira quando da condenação. Se for considerada a capacidade econômica à época do fato, a multa pode se tornar insignificante, caso o apenado tenha prosperado desde

---

122 SCHMITT, op. cit., p. 305.

123 BALTAZAR JÚNIOR (2007, p. 205-206).

então, ou excessiva, na hipótese de seu empobrecimento, perdendo seu caráter de sanção.

Insta ressaltar que, na hipótese de concurso de crimes, o art. 72 do Código Penal determina que as penas de multa serão aplicadas distinta e integralmente, ou seja, a pena de multa de cada delito será calculada individualmente e depois será realizado o somatório.

Schmitt<sup>124</sup> entende que em todas as modalidades de concursos de crimes será aplicada a regra do concurso material para o cálculo da quantidade de dias-multa, somando-se as penas de multa dosadas de forma isolada para cada crime.

Boschi<sup>125</sup> destaca que tal previsão determina que as penas de multa sejam sempre somadas, conforme a regra do concurso material prevista no art. 69 do Código Penal. Entende tratar-se de solução contraditória e inaceitável, eis que a pena de multa no concurso de crimes deveria observar as mesmas regras previstas no Código Penal para as hipóteses de concurso material, formal e crime continuado, com o cúmulo ou a exasperação, como ocorre com as penas privativas de liberdade.

Nucci<sup>126</sup> entende que o art. 72 do Código Penal não se aplica ao crime continuado, pois o legislador, valendo-se da teoria da ficção, criou um verdadeiro crime único, não havendo concurso de crimes, mas um só delito em continuação, motivo pelo qual a pena de multa também será única com o acréscimo legal.

Neste sentido, é o entendimento da jurisprudência<sup>127</sup>, como se extrai dos julgados do Superior Tribunal de Justiça a seguir reproduzidos:

---

124 SCHMITT, op. cit., p. 285.

125 BOSCHI, op. cit., p. 303.

126 NUCCI, op. cit., p. 509.

127 STJ HC 120522 e REsp 905.854-SP. TRF3 00016016920014036181 e 00026122919994036109. TRF2 200151015397004, 200750010007492 e 201050010023800. TRF1 200536000140952. TRF 200881020005629 e 20078202003813004. TRF4 199971000281426.

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO E ROUBO. CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO DE FATOR PARA MINORAR A MAJORAÇÃO. CRIMES DE ESPÉCIES DIFERENTES. MULTA APLICAÇÃO DO ART. 72 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Extorsão e roubo. Continuidade delitiva reconhecida pelo Tribunal de origem, com aplicação do acréscimo de 1/2 (um meio).[...]

3. O art. 72 do Código Penal restringe-se aos casos dos concursos material e formal, não se encontrando no âmbito de abrangência da continuidade delitiva.

4. Dosimetria da pena refeita.

5. Ordem concedida, a fim de redimensionar a pena do sentenciado em 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, e 11 (onze) dias-multa.

(HC 221.782/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 11/04/2012)

RECURSO ESPECIAL. DUPLO ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PERCENTUAL DE AUMENTO PELA CONTINUIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CP. 1/6 DE ACRÉSCIMO. DOIS CRIMES. CRITÉRIO ACEITO PELA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. INEXISTÊNCIA DE INCORREÇÃO. PENA DE MULTA. CRIME CONTINUADO.

INAPLICABILIDADE DO ART. 72 DO CP.

Segundo reiterado entendimento desta Corte, afigura-se correto aplicar-se o percentual de aumento para o crime continuado tendo por critério o número de crimes, sendo

absolutamente aceito considerar o acréscimo mínimo de 1/6 para o caso de haver duas condutas criminosas.

A aplicação da hipótese do art. 72 do Código Penal restringe-se aos casos dos concursos material e formal, não lhe estando no âmbito de abrangência da continuidade delitiva.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 909.327/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 03/11/2010)

Tratando-se a multa de sanção penal de natureza pecuniária, é importante a manutenção de seu valor, para que, no momento da sua execução, continue representando para o réu uma penalidade. Para evitar a neutralização da pena de multa imposta pelo transcurso do tempo, o art. 49, § 2º, do Código Penal, estabelece que o valor da multa será atualizado pelos índices de correção monetária no momento da execução.

A correção monetária incide a partir da data do fato, com base no disposto no art. 49, § 1º, do Código Penal, conforme doutrina e jurisprudência amplamente predominantes. O Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão, exarando o seguinte entendimento:

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA DA PENA DE MULTA. MARCO INICIAL. DATA DO FATO. EMBARGOS ACOLHIDOS.

I. A correção monetária da pena de multa deve ter, como marco inicial, o tempo do fato, por interpretação analógica do art. 49, § 1º, do CP.

II. Embargos acolhidos.

(EREsp 91.003/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/1999, DJ 21/02/2000, p. 84)

A atualização monetária assegura que a multa mantenha o seu caráter de sanção penal, não se transformando em valor irrisório, que nada significaria a título de pena.

## **1.6 CÁLCULO DA PENA**

### **1.6.1 CÁLCULO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS**

O art. 5º, XLVI, da Constituição Federal prevê o direito fundamental à individualização da pena, a ser regulado por lei. Pelo mesmo dispositivo, a lei deve adotar, entre outras, as penas de privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

O processo de individualização da pena se compõe de até três fases, a legislativa, a judiciária (em um processo de conhecimento) e a executória ou administrativa.<sup>128</sup>

Na primeira, a lei deve fixar, para cada tipo, os parâmetros, uma moldura, com o máximo e o mínimo de pena aplicáveis. Vedam-se as penas fixas<sup>129</sup> e penas sem um limite legalmente fixado. O Código Penal, ademais, prevê na sua parte geral o procedimento de aplicação das penas. A lei também deve estabelecer as balizas da execução penal.

Na segunda etapa da individualização, o juiz, à vista do caso concreto, fixa a espécie, a quantidade e o regime inicial de cumprimento da pena. No Brasil, essa etapa de individualização da pena se dá, na dicção do art. 68 do Código Penal, em três fases. Inobstante, o art. 44 do Código, após a entrada em vigor da redação conferida

---

<sup>128</sup> LUISI (2003, p. 52).

<sup>129</sup> DIAS (2005, p. 187-188).





pela Lei nº 9.714/1998, prevê verdadeiramente nova fase a análise do cabimento de penas restritivas de direitos, na qual volta a relevar a culpabilidade do agente (art. 44, III).

Nessa segunda etapa, mostram-se relevantes regras jurídicas escritas e não escritas, elementos normativos e descritivos, atos cognitivos e puras valorações. A peculiaridade dessa modalidade de aplicação do direito reside na necessidade de tradução de todos esses critérios em uma pena determinada, inclusive no seu quanto.<sup>130</sup>

A última etapa se passa quando da execução da pena, na individualização executória, a cargo do Judiciário e regida pela legalidade.

Já se viram os fatores a se considerar na primeira fase da aplicação judicial da pena, regida pelo art. 59 do Código Penal. Agora, a questão passa a ser como esses fatores influem concretamente na pena prevista em abstrato no tipo penal. Os temas a serem tratados são de onde se deve partir dentro dos limites máximo e mínimo de cada crime e quanto cada circunstância judicial deve influir na pena. O Código não traz resposta expressa a essas questões, de modo que se devem buscar subsídios na doutrina e na jurisprudência.

No tocante ao primeiro tema, cuida-se de saber de onde o juiz deve partir para a aplicação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Por exemplo, o crime do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/1990 prevê penas de multa e de dois a cinco anos de reclusão. Nessa hipótese, o juiz deve partir da pena mínima de dois anos, da máxima, do termo médio (três anos e seis meses, resultado da divisão por dois da soma dos limites mínimo e máximo da pena) ou de algum outro ponto?

A doutrina e jurisprudência amplamente majoritárias entendem que se deve partir da pena mínima. Essa pena-base se aumenta se houver circunstâncias judiciais desfavoráveis. Argumenta-se, sobre-

---

130 Idem p. 194-195.

tudo, que partir de outro ponto implicaria adotar pena tarifada<sup>131</sup> e que essa solução deriva do *in dubio pro reo*.

Todavia, a adoção do termo médio permite a melhor individualização da pena. Não há motivo para se entender que partir do termo médio levaria a aceitar pena tarifada e não assim com a pena mínima.<sup>132</sup> Há de se adotar algum ponto de partida.

Ademais, o *in dubio pro reo* é princípio processual de aplicação em matéria probatória, até porque decorrente da chamada presunção de inocência.<sup>133</sup> Assim, nada influi na questão do ponto de partida da pena-base.

Partir do termo médio também permite que todas as circunstâncias favoráveis ao réu sejam avaliadas. Com efeito, em se partindo da pena mínima, ocorre de as circunstâncias favoráveis serem desconsideradas pela impossibilidade de redução da pena para aquém do mínimo previsto.<sup>134</sup> Por exemplo, se 3 das 8 circunstâncias são favoráveis e 5 são neutras, a pena desse réu será a mínima, igual à do réu que tem 6 circunstâncias favoráveis e 2 neutras ou mesmo 8 favoráveis, o que viola a individualização da pena.

Na doutrina clássica de Roberto Lyra, essa solução já era defendida:

Em regra, o Juiz, operando entre o mínimo e o máximo da cominação, com a única exceção do art. 47, faz a opção em caso de penas alternativas (p. ex.: art. 130 – detenção ou multa), e fixa a quantidade da pena por que optou ou da que foi estabelecida, isolada (art. 121) ou cumulativamente (artigo 130, §1º. – reclusão e multa).

131 FERREIRA (1995, p. 64-65).

132 CARVALHO NETO (2008, p. 92-93).

133 “O princípio vale – como é evidente – somente para a fase de produção, isto é, somente para as dúvidas em relação aos fatos e não para as dúvidas sobre opiniões jurídicas.” (HASSEMER 2005, p. 231. *itálicos no original*).

134 CARVALHO NETO (2008, p. 93).

Para êste fim, atenderá, de modo geral, aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime (art. 42) e, de modo especial, às circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 44 a 48.

Formada a sua convicção pela livre apreciação da prova (art. 157 do Código de Processo) o juiz, dominando o conjunto da realidade, sem cisões nem etapas, fixará a pena.

É claro que êle partiu de um termo médio. Se somente reconhece circunstâncias agravantes (arts. 44 e 45) e outros índices positivos de periculosidade, êstes em função dos artigos 42 e 43, demandará o máximo, sem que esteja obrigado a êle; se somente reconhece circunstâncias atenuantes (art. 48) e outros índices negativos de periculosidade, êstes ainda em função dos arts. 42 e 43, demandará o mínimo, sem que esteja obrigado a êle. Se concorrem circunstâncias atenuantes e agravantes e outros índices positivos e negativos de periculosidade, tendo partido de um termo médio, como vimos, em tôrno dêste operará se os motivos do crime, a personalidade e os antecedentes do agente (art. 49) não o conduzirem às proximidades do máximo ou do mínimo.<sup>135</sup>

A lição se refere aos artigos do Código antes da reforma de 1984, mas permanece totalmente aplicável.

Também são oportunas as críticas de Guilherme de Souza Nucci contra a política da pena mínima, procedimento pelo qual se ignoram “os riquíssimos elementos e critérios fornecidos pela lei penal para a escolha, entre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, da pena ideal e concreta destinada a cada réu.”<sup>136</sup>

135 LYRA (1958, p. 188-189, grifos no original).

136 NUCCI (2013, p. 286).

No mesmo sentido, vêm as ponderações de Luiz Antônio Guimarães Marrey, reproduzidas por Guilherme de Souza Nucci, em que demonstra sua contrariedade ao método de “padronização da pena”, contrário à individualização:

[...] A lei procura, claramente, separar o joio do trigo, recomendando o aumento de pena de forma proporcional aos efeitos da conduta, tanto mais quando sempre manda ter em conta, na primeira fase do cálculo, as ‘consequências’ do crime (CP, art. 59). Logicamente, a maior extensão dos danos deve repercutir na dimensão das penas, forçando a elevação do castigo. *A despeito disso, há anos generalizou-se no foro o hábito de impor os castigos nos limites mínimos, com abstração das circunstâncias particulares a cada delito. Entretanto, pena-base não é sinônimo de pena mínima.* [...] Com a indiscriminada imposição das penas mínimas, vem se tratando de modo igual situações completamente distintas, de sorte a que, na prática, não se notem diferenças sensíveis na punição, que é a mesma ou quase a mesma, tenha sido o roubo cometido sob um impulso momentâneo, figurando como objeto bem de escasso valor, com subjugação de uma única vítima, sem requintes de perversidade, ou decorra, ao contrário, de um premeditado projeto, lentamente acautelado, com intimidação de diversas pessoas, para obtenção de lucro fácil, destinado a sustentar o ócio de profissionais da malandragem. Essa tendência encerra, em verdade, dupla injustiça. A mais evidente é com a própria sociedade, pois, devendo a sentença refletir no castigo o senso de justiça das pessoas de bem, não atende a tão elevado propósito essa praxe de relegar a plano subalterno os critérios legais de fixação da pena, preordenados a torná-la ‘necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime’ (Código Penal, art. 59, *caput*). (Protocolado 15.553/00, art. 28 do CPP, Inq. 222/97, Comarca de Guarulhos, 01.03.2000).<sup>137</sup>

137 NUCCI (2013, p. 286, grifos no original).



A questão da pena mínima também já foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal nº 470. Colhe-se do voto do relator:

[...] O penalista Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, analisa, com bastante propriedade, o equívoco que conduz à imposição da pena-base no mínimo legal, tipo de decisão que, por não demandar qualquer cuidado na fundamentação, acaba se tornando useira e conduzindo à impunidade. Eis o que afirma Nucci: ‘Política da pena mínima: tem sido hábito de vários juízes brasileiros, de qualquer grau de jurisdição, optar, quase sempre, pela aplicação da pena mínima aos acusados em julgamento. Desprezam-se, em verdade, os riquíssimos elementos e critérios dados pela lei penal para escolher, dentre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, a pena ideal e concreta para cada réu. [...]’. É defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no art. 59, caput, para a fixação da pena-base. Apenas se todas forem favoráveis, tem cabimento a aplicação da pena no mínimo. Não sendo, deve ela situar-se acima da previsão mínima feita pelo legislador. [...]’. Com efeito, a primeira fase da dosimetria permite a fixação da pena em qualquer patamar entre o mínimo e o máximo legalmente cominados para a prática do delito. Teoricamente, o legislador autoriza a punição do crime dentro desses limites, quando ausentes causas de diminuição ou de aumento. Entendo que, tal como a pena máxima só deve ser fixada, nessa primeira fase da dosimetria, nos casos de maior lesividade que se possa conceber com a prática criminosa em julgamento, a aplicação da pena no mínimo legal também deve ser reservada para aqueles casos em que esteja caracterizada uma conduta mi-



nimamente suficiente para consumir o tipo penal, em que todas as circunstâncias judiciais sejam favoráveis, em situação que afaste a aplicação do princípio da insignificância mas também impeça punição mais severa do que a mínima prevista em abstrato. Noutras palavras: são os casos limítrofes da prática criminosa, quando o agente adentra a seara penal em conduta de reprovabilidade tal que configure, sem maior intensidade, os elementos da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade [...].

Portanto, mostra-se mais correta a adoção do termo médio como ponto de partida para o cálculo da pena.

O segundo tema a se tratar é o peso de cada circunstância na fixação da pena-base. Aqui, a questão é saber se há circunstâncias com peso maior que outras e como elas influem na pena-base.

Não há consenso doutrinário a respeito. Há quem entenda prevalecer a culpabilidade entre as circunstâncias do art. 59 do Código Penal. A sete outras circunstâncias se destinariam “a ajudar o juiz na aferição e na compreensão de todos os aspectos inerentes à imputabilidade, à potencial consciência da ilicitude e à exigibilidade de conduta diversa, em suma, de todos os aspectos inerentes à culpabilidade”.<sup>138</sup>

Contudo, a menção a todas as circunstâncias no mesmo artigo e sem hierarquia entre elas revela ser mais correto o entendimento segundo o qual elas devem ter o mesmo peso.

Qual peso, então, devem ter, ou seja, em que medida influem na fixação da pena-base?

Inicialmente, deve-se afastar a tese pela qual as circunstâncias aumentam ou diminuem a pena em montante fixo, independentemente do crime. Por exemplo, sempre aumentariam ou diminuiriam a pena em três meses. A depender do máximo e do mínimo previsto, a adoção

---

138 BOSCHI (2006, p. 225).



desse critério pode levar a que os extremos da moldura legal nunca sejam alcançados ou sejam superados (o que é vedado, nessa fase, pelo princípio da legalidade).

Com efeito, em um crime como o de homicídio simples, de pena de reclusão de seis a vinte anos, o máximo de aumento possível, de vinte e quatro meses, sendo desfavoráveis todas as circunstâncias, levaria à pena de quinze anos, em se partindo do termo médio (treze anos), ou de oito anos, em se partindo do mínimo; por outro lado, levaria à pena de onze anos, se se partisse do termo médio e fossem todas favoráveis as circunstâncias judiciais.

Em crimes de pena máxima ou mínima mais reduzidas, exemplificativamente de três meses a um ano, o critério levaria a aumentos desproporcionais. De fato, bastaria que três das circunstâncias fossem desfavoráveis para que se alcançasse a pena máxima, mesmo se partindo do mínimo legal.<sup>139</sup>

Assim, a conclusão mais acertada é a de que as circunstâncias que sejam influentes devem ter o *quantum* calculado proporcionalmente às penas de cada tipo de crime. Nessa esteira, a lição da melhor doutrina:

[...] o valor de cada circunstância a ser analisada deve corresponder à divisão entre a escala da pena e o número de circunstâncias a analisar. Exemplificando mais uma vez com a hipótese de furto simples, em que a escala da pena, como vimos, é de três anos, sendo passíveis de análise todas as oito circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, o *quantum* de cada circunstância judicial equivalerá a quatro meses e quinze dias, que corresponde à divisão de três anos (trinta e seis meses) por oito.<sup>140</sup>

139 CARVALHO NETO (2008, p. 104).

140 CARVALHO NETO (2008, p. 106).

A menção às circunstâncias “passíveis de análise” não é sem razão, porque uma, ou algumas delas, pode ser desinfluyente, isto é, neutra, no caso concreto.

Ademais, as circunstâncias judiciais, até pela abstração com que são previstas, são passíveis de graduação: podem ser mais ou menos favoráveis, mais ou menos desfavoráveis ou desinfluentes. Então, essa gradação máxima, resultante da divisão da escala penal pelo número de circunstâncias influentes, pode ou não ser atingida:

E se a circunstância não for *absolutamente* desfavorável ao réu, ou seja, se ela se encontram situação intermediária? Obviamente, o Juiz elevará a pena em *quantum* inferior a quatro meses e quinze dias, aproximando-se tanto mais deste limite quanto mais desfavorável ao réu for a circunstância.<sup>141</sup>

Uma conclusão de tudo quanto se disse é a de que, ao contrário de certo setor doutrinário, inexistente óbice ao aumento da pena até o máximo legal inclusive. Por óbvio, tanto o máximo como o mínimo, limites que são, aplicam-se a situações extremas, como consta do voto, acima transcrito, do relator da ação penal nº 470.

Importante lembrar que a aplicação da pena mínima não prescinde de fundamentação, devendo ser demonstradas as razões concretas para sua aplicação. Vem nesse sentido a lição doutrinária:

Também segundo uma consagrada tendência jurisprudencial, a nulidade não é reconhecida quando se tratar de pena no mínimo legal, ou então, diante de um vício de motivação, o tribunal simplesmente reduz a sanção àquele mínimo, sem decretar a invalidade da sentença.

---

141 Idem, p. 106 (grifos no original).



No entanto, esta última orientação, certamente sustentável à luz do princípio do prejuízo, que informa todo o sistema de nulidades (art. 563 do CPP), deixa de levar em conta um dado importante já ressaltado pela doutrina, qual seja a necessidade de se justificar igualmente a aplicação da pena no mínimo, pois a acusação também tem o direito de conhecer as razões pelas quais a sanção não foi exasperada, inclusive para poder eventualmente impugnar a sentença nesse ponto. Assim, ainda que a defesa não seja prejudicada, é inegável o prejuízo para a acusação. Ademais, essa linha de entendimento acaba por favorecer uma certa inércia dos juízes em relação ao dever de fundamentar esse ponto importante da acusação, preferindo-se, em geral, a imposição da pena menor, nem sempre mais adequada aos propósitos consagrados pelo legislador.<sup>142</sup>

## **1.6.2 CÁLCULO DA PENA-PROVISÓRIA – CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES**

Estabelece o Código Penal em seu art. 68 que, após a determinação da pena-base, já visualizada no tópico anterior, deve-se analisar a incidência de circunstâncias agravantes e atenuantes, fixando-se a denominada pena provisória, para, somente então passar-se à fixação da pena definitiva, na terceira e derradeira fase de cálculo da pena.

Inicialmente há que se considerar a presença de agravantes gerais, presentes na parte geral no Código Penal, em seus arts. 61 e 62, bem como a presença de circunstâncias agravantes em leis especiais.

Da mesma forma que para as agravantes, as atenuantes gerais são aquelas previstas nos arts. 65 e 66 do Código Penal, havendo ainda previsão de outras circunstâncias atenuantes em leis especiais.

Assim, tanto as atenuantes como as agravantes previstas na parte geral do Código Penal são aplicáveis a todos os fatos tipificados como

---

<sup>142</sup> GOMES FILHO (2013, p. 180-181).

crime, incidindo estas tanto para os fatos previstos como crime na parte especial do Código Penal quanto para os tipos criminais previstos em leis especiais.

Todavia, aquelas circunstâncias agravantes previstas em leis especiais, serão aplicadas aos crimes tipificados nestas leis especiais. Aquelas circunstâncias atenuantes previstas em lei especial a princípio também se aplicarão, de regra, somente aos crimes previstos na lei especial, mas não de forma absoluta, uma vez que a enumeração das atenuantes, na parte geral, não são taxativas por força do disposto no art. 66, podendo, essas circunstâncias atenuantes, se preenchidas as condições desse dispositivo, serem aplicadas também a outros tipos penais.

Assim, em nosso sistema as circunstâncias atenuantes previstas na parte geral do Código Penal são indicativas, mas não taxativas, permitindo-se a abertura, nos termos do disposto no art. 66 do Código Penal, para considerar, quando da fixação da pena, a existência de circunstância atenuante inominada, descrita legalmente como aquela circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Embora este dispositivo permita a utilização de circunstância favorável e relevante não elencada em dispositivo legal, esta não poderá se constituir em circunstância fática já porventura utilizada em benefício do acusado na primeira fase de dosimetria da pena, isto é, circunstância apreciada utilizada no momento de definição da pena-base por força do art. 59 do Código Penal.

O reconhecimento de circunstâncias atenuantes, independentemente de sua relevância, não permitem que nesta fase de dosimetria seja a pena provisória fixada aquém do mínimo legal fixado de pena para o delito, matéria inclusive objeto da súmula nº 231 do STJ (“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”).



Como contraponto lógico, também há que se entender, mesmo sem a fixação de súmula sobre o tema, que o reconhecimento de circunstância agravante também não pode elevar a pena provisória a patamar superior ao máximo fixado para o crime.

### **A) CRITÉRIO DE CÁLCULO**

Ao contrário das causas de aumento e de diminuição da pena em que há critérios determinados a serem observados (os quais serão aplicados na terceira e derradeira fase de cálculo da pena), para fixação do quanto de aumento ou diminuição de pena em razão das circunstâncias agravantes e atenuantes deixou o Código Penal a sua determinação para valoração a ser efetivada pelo julgador.

Essa definição pelo julgador, contudo, deve estar de acordo com os elementos presentes no processo, devendo ocorrer fundamentação adequada para a compreensão dos elementos que levaram à determinação do quantum de elevação ou de diminuição.

Nesse sentido as decisões judiciais:

5. Verifica-se que o quantum de aumento na fixação da pena-base (01 ano) revela-se proporcional e fundamentado, em se considerando a existência de dois antecedentes negativos e a pena abstratamente prevista para o delito em questão, que é a de reclusão de 02 (dois) a 06 (seis) anos.

6. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão da configuração de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais. (HC 281662/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 03/04/2014)

O quantum de acréscimo e de redução pelas circunstâncias agravantes e atenuantes deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena.

(HC 220392/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014)

10. Mesmo sendo discricionário ao juiz a fixação do quantum a ser atribuído à causa de aumento de pena, obedecidos aos parâmetros legais pré-determinados, não se exime o juiz da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis e distintos dos elementos da própria causa, que dêem suporte à sua valoração negativa.

(HC 275072/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

Portanto, a valoração das circunstâncias agravantes e atenuantes, respeitados os limites mínimos e máximos de pena, fica a cargo do Julgador, que deverá fundamentar as razões de sua valoração.

Há sustentação na doutrina de limitação do aumento ou diminuição a 1/6 da pena-base aplicada, utilizando-se como parâmetro para tal afirmação o limite mínimo de causa especial de aumento<sup>143</sup>. Essa argumentação vem estribada em decisões do STF (HC 69392/SP, HC 69666/PR e HC 73.484-7/SP).

Todavia, da leitura da íntegra destes acórdãos, verifica-se que esse critério fracionário não resulta de intenso debate sobre o quantitativo de aumento por incidência de circunstância agravante, ou ainda de tomada de posição específica sobre para estabelecimento dessa fração de 1/6 como quantitativo de aumento. As referidas decisões limitam-se a manter os acórdãos recorridos, entendendo inaplicável a sua reforma

143 KUEHNE (2000, p. 187); BOSCHI (2013, p. 240).



por estarem devidamente fundamentadas à dosimetria aplicada sendo o quantitativo razoável:

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE DE QUE RESULTOU INCAPACIDADE PARA AS OCUPAÇÕES HABITUAIS, POR MAIS DE TRINTA DIAS. CÓDIGO PENAL, ART. 129, PAR.1, I. PERSONALIDADE DO RÉU: ELEMENTO VOLTADO A PRÁTICA DELITIVA, E REINCIDENCIA. PENA DE TRES ANOS E SEIS MESES DE RECLUSÃO, SENDO PENA-BASE ESTABELECIDADA EM TRES ANOS, UM POUQUO ACIMA DO MINIMO. CÓDIGO PENAL, ARTS. 59, 61, I, E 68. ACRÉSCIMO DE SEIS MESES PELA REINCIDENCIA. FIXAÇÃO DA PENA QUE NÃO VIOLA DISPOSITIVOS LEGAIS. MOTIVAÇÃO DA PENA-BASE. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

HC 69666, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 15/09/1992, DJ 19-03-1993 PP-04279 EMENT VOL-01696-01 PP-00131

Já para José Paulo Baltazar Jr., ao lado deste critério de fração de 1/6 poderia ser adotado como parâmetro o critério definido no Código Penal de 1969, à minguada de outro critério legalmente estabelecido:

O *quantum* do aumento não é determinado pela lei. O CP de 1969 previa que se desse na ordem de um quinto a um terço da pena-base, o que pode ser adotado como parâmetro<sup>144</sup>.

Considerando que o Código Penal entendeu por não indicar tarifação específica, faixas ou frações de quantitativos para incidência das agravantes e atenuantes, optando por deixar os limites

---

144 BALTAZAR JÚNIOR (2007, p. 165).

valorativos ao critério judicial, pensar em limitar a aplicação de fração única no patamar de 1/6, sem apreciação da intensidade e relevância, no caso concreto, das agravantes e atenuantes parece violar não somente a disposição legal específica, mas também os critérios de isonomia e proporcionalidade.

Entender que se deva, por exemplo, fazer incidir 1/6 em face da reincidência, não importando se ocorra uma só condenação anterior que leve à constatação de reincidência, ou, ainda, se presentes inúmeras condenações anteriores que levam à reincidência, seria colocar situações distintas em pé de igualdade, não individualizando adequadamente a pena.

## **B) APLICAÇÃO ÚNICA**

A incidência do quantitativo de aumento ou de diminuição ocorre em aplicação única, nesta segunda fase, levando à necessidade de maior fundamentação judicial quando presentes cumulativamente circunstâncias agravantes e atenuantes, buscando permitir a exata compreensão e aferição dos critérios judiciais utilizados no caso concreto, inclusive no que se refere ao reconhecimento de preponderância e compensação de circunstâncias (atenuantes e agravantes).

## **C) PREPONDERÂNCIA**

O Código Penal definiu a preponderância como critério a ser empregado na apreciação de situações em que haja concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 67).

Para tanto, o Código Penal indicou como preponderantes aquelas circunstâncias que se referem aos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

São comumente aceitas como circunstâncias relativas aos motivos aquelas agravantes indicadas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do art. 61, bem

como a circunstância prevista no art. 62, IV, e ainda, como atenuante, a prevista no art. 65, III, alínea 'a'.

A menoridade vem sendo indicada como circunstância preponderante na condição de personalidade do agente.

A determinação da preponderância toma relevo uma vez que, nesta fase, a aplicação do aumento ou diminuição realizar-se em incidência única. Assim, deve o julgador, fundamentadamente, determinar as circunstâncias agravantes e atenuantes presentes no fato, bem como indicar aquelas que sejam preponderantes nos termos legais, para somente então definir a fração única de aumento ou diminuição, fração essa que incidirá sobre a pena-base antes fixada.

#### D) DUPLA REINCIDÊNCIA

Havendo duas ou mais condenações definitivas pretéritas, a boa técnica recomenda que se utilize uma das situações de reincidência quando da fixação da pena-base na condição de antecedente (art. 59 do Código Penal), e as demais<sup>145</sup> na fixação da pena provisória por meio da sua consideração como circunstância agravante preponderante – reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal):

4. Se o réu ostenta mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal. O que não se admite, sob pena de *bis in idem*, é a valoração de um mesmo fato em momentos diversos da aplicação da pena, circunstância esta não evidenciada na hipótese. Precedentes.

---

<sup>145</sup> É possível agravar a pena proporcionalmente à reincidência plúrima, não havendo problema nesse aumento se houver mais de uma condenação.

(HC 281662/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 03/04/2014)

Refira-se que não há distinção, para se determinar a reincidência, quanto à natureza do crime anterior, inclusive se doloso ou culposo, ou natureza da pena efetivamente aplicada, ou se aplicada pena substitutiva. A reincidência somente não se opera se o crime anterior se constitua em delito militar ou político.

### **1.6.3 CÁLCULO DA PENA DEFINITIVA – CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E DE AUMENTO**

Na aplicação das causas de diminuição e de aumento, poderá haver uma multiplicidade de operações, uma vez que o cálculo se dará por operações sucessivas.

Assim, a primeira modificação incidirá sobre o *quantum* de pena provisória, obtendo-se um novo quantitativo de pena, diminuída ou aumentada, aplicando-se da mesma forma as demais causas de diminuição ou causa de aumento, sucessivamente, até fazer incidir todas as causas de aumento ou diminuição presentes para o caso específico (excetuando-se a situação previsão do parágrafo único do art. 68).

Nessa fase de fixação da sanção criminal, a pena final obtida pode resultar em valor inferior ao mínimo legal estabelecido para o crime, ou ainda, em quantitativo superior ao máximo legal também estabelecido.

Não se permite nesta fase, contudo, a aplicação do critério de compensação (admitido quando da análise de incidência das circunstâncias agravantes e atenuantes), devendo incidir nessa fase, sucessivamente, todas as causas de aumento ou diminuição previstas na parte geral do Código Penal e aquelas previstas na parte especial ou em leis especiais, nos termos do parágrafo único do art. 68, conforme a seguir descrito.

A norma do parágrafo único do art. 68 indica a possibilidade de o juiz, quando considerar as causas de aumento ou diminuição previstas





na parte especial ou em leis especiais, limitar-se a utilizar uma só causa de aumento e uma só causa de diminuição, devendo prevalecer respectivamente a causa que mais aumente e aquela que mais diminua.

Assim, havendo causa de aumento na parte especial e causa de diminuição na parte especial, serão ambas aplicadas cumulativamente; havendo mais de uma causa de aumento e/ou mais de uma causa de diminuição, deverá o juiz definir a causa de aumento e/ou a causa de diminuição que deve respectivamente prevalecer.

Constatando-se duas causas de aumento previstas na parte especial, uma solução que se abre é a utilização de uma delas como agravante, se prevista como circunstância agravante, e a outra como causa especial de aumento, fazendo com que estas incidam nas distintas fases de fixação da pena.

### A) CONCURSO DE CRIMES

A aplicação das regras pertinentes ao crime continuado e ao concurso formal ocorrerá após a definição da pena definitiva, operando-se o cálculo destes acréscimos por último.

Consoante decisão do Superior Tribunal de Justiça, não ocorre “*bis in idem* na dupla majoração da pena, pelo crime continuado e pelo concurso formal”:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIMES DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONDENAÇÃO DA PACIENTE CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. INTERROGATÓRIO. AUSÊNCIA DE ELABORAÇÃO DE PERGUNTAS DA DEFESA DA PACIENTE À CORRÊ. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES.

ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE ACENTUADA. VULTOSO PREJUÍZO AO ERÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. CRIME CONTINUADO E CONCURSO FORMAL. *bis in idem*. INOCORRÊNCIA. QUATRO INFRAÇÕES. PERCENTUAL DE AUMENTO. ILEGALIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. [...]

6. Não há *bis in idem* na dupla majoração da pena, pelo crime continuado e pelo concurso formal. Na espécie, em uma única ação, a Paciente elidiu contribuições sociais previdenciárias e tributos que eram devidos por sua empresa mediante omissão de receitas e apresentação de falsa declaração de inatividade, entre 1999 e 2003. 7. Considerando que foram praticadas 04 condutas delitivas mostra-se adequado o acréscimo pela continuidade na fração de 1/4 (um quarto). É firme a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que o aumento operado em face da continuidade deve levar em conta o número de infrações cometidas. 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para redimensionar o aumento pela continuidade delitiva, restando a Paciente condenada à pena de 03 anos, 03 meses e 11 dias, mantido o regime semiaberto imposto pelas instâncias ordinárias, e determinar que o Juízo das Execuções competente analise a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

(HC 238.262/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 28/03/2014)

## **B) QUALIFICADORAS**

As qualificadoras não se confundem com as causas de aumento, uma vez que aquelas alteram as penas, mínima e máxima, cominadas ao delito, sendo a definição de sua presença realizada antes da fixação da pena-base.

Dessa forma, constatada a presença de mais de uma circunstância que possa qualificar o delito, deve o julgador utilizar como qualificadora aquela circunstância não prevista como agravante, deixando para utilizar a circunstância qualificadora também prevista como agravante na segunda fase de dosimetria da pena, quando da definição da pena provisória.

Havendo mais de uma qualificadora sem que elas estejam previstas também como circunstância agravante, o julgador deve utilizar uma delas para qualificar o delito, devendo empregar a subsequente, à míngua de sua previsão como agravante, como circunstância judicial do art. 59, empregando-a naquela circunstância em que melhor se conforme.

Nesse sentido é o posicionamento do STJ:

7. A Quinta Turma desta Corte já se manifestou no sentido de que, diante do reconhecimento de mais de uma qualificadora, somente uma enseja o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes, na hipótese de previsão legal, ou, de forma residual, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal.

(HC 220526/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

Utilizando-se esse critério, evita-se a duplicidade de utilização da mesma circunstância, efetivamente existente, em fases distintas do cálculo da pena, não majorando a pena pela valoração da mesma

circunstância em momentos distintos (evitando-se o *bis in idem*), mas tampouco deixa-se de utilizar todas as circunstâncias legalmente previstas de forma a que se tenha efetiva e proporcional individualização da pena.



# CAPÍTULO 2

## **DOSIMETRIA DOS CRIMES EM ESPÉCIE**

Passa-se agora à análise de questões pertinentes aos crimes mais recorrentes na atuação do Ministério Público Federal.

### **2.1 DOSIMETRIA DA PENA NO CRIME DE ESTELIONATO**

Na dosimetria da pena relativa a tal crime, devem ser considerados, entre outros, os seguintes fatores na análise das circunstâncias judiciais: os meios empregados para a fraude, o período de percepção da vantagem indevida, o valor da vantagem indevida e do prejuízo alheio.

A jurisprudência pátria entende que o elevado valor do prejuízo, o longo período de manutenção em erro e o recebimento da vantagem indevida por largo lapso temporal constituem circunstâncias e consequências do crime que determinam o incremento da pena-base. Nesse sentido, transcrevem-se os seguintes julgados do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO 1. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. 2. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 3. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PREJUÍZO DE GRANDE MONTA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 4. REGIMENTAL IMPROVIDO.[...].



**3. Admite-se a consideração do montante do prejuízo para se valorar negativamente a circunstância judicial atinente às consequências do crime de estelionato, desde que se verifique a ocorrência de especial reprovabilidade, como na hipótese concreta.**

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 184.906/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 04/06/2014)

PENAL. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA EVIDENTE. 3. CRIME CONTINUADO. AUMENTO NO PATAMAR DE 2/3 (DOIS TERÇOS). CENTENAS DE CRIMES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 4. REGIME SEMIABERTO. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]

2. A extensão dos prejuízos causados às vítimas é fundamento idôneo a justificar o aumento da pena-base, pois o dano verificado na espécie – R\$ 2.122.157,59 (dois milhões, cento e vinte e dois mil, cento e cinquenta e sete reais e cinquenta e nove centavos) – não é inerente ao tipo do art. 171 do Código Penal. Desse modo, a elevada lesão patrimonial justifica o maior rigor na fixação da pena na primeira etapa da dosimetria e coaduna-se com o princípio constitucional que determina a individualização da reprimenda. Precedentes.[...]

5. Habeas corpus não conhecido.

(STJ HC 184.816/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/07/2013) – grifos acrescidos

O Tribunal Regional da 1ª Região, no julgamento da apelação criminal nº 200536000130893, entendeu que: “[...] Quanto às consequências do crime, o prejuízo suportado pelo INSS justifica o aumento da pena-base para além do mínimo legal. [...]”<sup>1</sup>.

No mesmo sentido, o Tribunal Regional da 2ª Região na apelação criminal nº 200451070005361, afirmou que:

[...] A manutenção da Autarquia Previdenciária em erro por longo período e o desvio de quantia expressiva dos cofres públicos autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, nos termos do artigo 59 do Código Penal, uma vez que as circunstâncias e as consequências do crime revelam uma maior potencialidade lesiva. [...]”<sup>2</sup>.

Igual entendimento foi adotado pelo Tribunal Regional da 2ª Região na apelação criminal nº 200851018147406:

[...] Mesmo que as circunstâncias judiciais tenham sido, em sua maioria, favoráveis ao réu, fato é que a fixação da pena-base acima do mínimo legal encontra suporte nas consequências do delito, consubstanciado no lapso temporal

---

1 ACR 200536000130893, DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, TRF1 – QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA: 25/07/2014 PAGINA: 1253.

2 ACR 200451070005361, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 10/01/2014.



durante o qual o réu beneficiou-se indevidamente de benefício previdenciário e do valor auferido e desviado dos cofres públicos. [...]³.

Da mesma forma, o Tribunal Regional da 3ª Região aumentou a pena do delito de estelionato sob o argumento de que: “[...] as consequências do crime foram funestas para a combalida Previdência Social, instituto que ampara toda a sociedade, cujo prejuízo foi de grande monta (R\$ 35.086,79). [...]”⁴. O Tribunal proferiu decisão no mesmo sentido no processo nº 00019823820054036181⁵.

Constata-se que este é o posicionamento consolidado dos Tribunais Regionais Federais, como se verifica nos julgados ACR 200851170015990⁶, ACR 00005029320034036181⁷, ACR 200883000169250⁸, ACR 200751018124682⁹, ACR

3 ACR 200851018147406, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 19/12/2012.

4 ACR 00009714220034036181, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA – 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/11/2013. FONTE\_REPUBLICACAO.

5 “As consequências do crime foram funestas para a combalida Previdência Social, instituto que ampara toda a sociedade” (ACR 00019823820054036181, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 14/05/2013).

6 “[...] A pena-base foi fixada em patamar acima do mínimo legal, tendo sido plenamente justificada na consequência altamente danosa do delito, qual seja, a percepção de vultosa vantagem econômica R\$ 171.552,62 durante longo período, mostrando-se plenamente adequada ao caso concreto”. [...] (ACR 200851170015990, Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data:02/03/2012 – Página: 11.)

7 “[...] Em que pese tal entendimento, tendo em vista o elevado valor do débito previdenciário, apurado em R\$ 25.994,93 (vinte e cinco mil e novecentos e noventa e quatro reais e noventa e três centavos), considera-se como desfavorável a circunstância de consequência do crime prevista no art. 59 do Código Penal, merecendo a pena-base ter posicionamento acima do mínimo legal também condizente com os fins da pena, a prevenção e reparação do crime, a censurabilidade e intensidade do dolo perpetrados na conduta que se prolongou por três anos em desfalque à combalida Previdência Social. [...]” (ACR 00005029320034036181, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 14/02/2013. FONTE\_REPUBLICACAO

8 “[...] A reprovabilidade e a motivação da conduta praticada revelam-se inerentes à tipicidade penal, sendo valorada negativamente a circunstância relativa às consequências no cometimento do crime, considerando o prejuízo causado ao INSS, em valor superior a cento e trinta mil reais, durante o período da fraude. [...]” (ACR 200883000169250, Desembargador Federal José Eduardo de Melo Vilar Filho, TRF5 – Segunda Turma, DJE – Data: 25/03/2013 – Página: 334.)

9 “[...] Mesmo que as circunstâncias judiciais tenham sido, em sua maioria, favoráveis ao réu, a fixação da pena-base acima do mínimo legal encontra suporte se as consequências e as

00042445820054036181<sup>10</sup>, ACR 00068043820044036106<sup>11</sup>, ACR 00072457220074036119<sup>12</sup>.

Contudo, os Tribunais entendem que para o valor do prejuízo ser considerado como circunstância judicial negativa, deve ser ultrapassada a reprovabilidade normal do tipo, pois o prejuízo constitui elemento ínsito ao crime de estelionato. Nesse diapasão, decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgRg no AREsp 184.906/DF (acima transcrito) e do AgRg no Resp 1219899/RJ:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. MANUTENÇÃO

---

circunstâncias do delito forem desfavoráveis, consubstanciadas no lapso temporal durante o qual o réu beneficiou-se indevidamente de benefício previdenciário e do valor auferido e desviado dos cofres públicos”. (ACR 200751018124682, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 13/12/2012.).

- 10 “[...] as consequências do crime são razoavelmente graves, uma vez que os valores pagos indevidamente totalizam, em 03/04, R\$ 93.564,44, os quais, ao que tudo indica, não foram ressarcidos ao INSS” (ACR 00042445820054036181, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 – PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2012 .FONTE\_ REPUBLICACAO.)
- 11 “[...] Examinada a pena imposta, tenho que razão assiste ao Ministério Público Federal em relação à necessidade de aumento da pena-base, sobretudo, em razão das consequências do delito de estelionato praticado: a gravidade maior do dano causado pelo crime, o prejuízo de grande monta sofrido pela vítima no valor de R\$129.138,88 (cento e vinte e nove mil, cento e trinta e oito reais e oitenta e centavos), relevando-se o fato de que o réu nada fez para ressarcir os valores ilícitamente auferidos, como destacou o MM. Juiz”. (ACR 00068043820044036106, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA – 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2013 .FONTE\_ REPUBLICACAO.)
- 12 “[...] O alto grau de reprovabilidade da conduta ante a desenvoltura profissional utilizada nas fraudes previdenciárias, bem assim a personalidade do acusado sem travas morais – aqui se está a considerar os antecedentes desabonadores desprovidos de condenação definitiva- e as consequências deletérias do crime, haja vista o prejuízo causado aos cofres públicos, na cifra de R\$ 64.882,69 (sessenta e quatro mil, oitocentos e oitenta e dois reais e sessenta e nove centavos) justificam a elevação da pena-base para 02 (dois) anos de reclusão”. (ACR 00072457220074036119, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSE LUNARDELLI, TRF3 – PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/08/2013 .FONTE\_ REPUBLICACAO.)

DA VALORAÇÃO NEGATIVA. VIOLAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. Admite-se, excepcionalmente, a consideração do montante do prejuízo para se valorar negativamente a circunstância judicial atinente às consequências do crime de estelionato previdenciário, desde que se verifique a ocorrência de especial reprovabilidade na hipótese concreta. Precedente.

2. Segundo a Corte de origem, o prejuízo causado pela conduta da recorrente supera R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), razão pela qual se admite o incremento na pena-base considerando-se as consequências do delito.[...]

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1219899/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 06/03/2014)

O Tribunal Regional da 2ª Região, no julgamento da apelação criminal nº 200950010064642<sup>13</sup>, ressaltou que o prejuízo aos cofres públicos só pode ser utilizado para aumentar a pena-base quando exceder a reprovabilidade inerente ao delito.

Nessa mesma linha, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu que:

[...] O prejuízo sofrido pela empresa pública não avulta montante exacerbado, de forma a ensejar a fixação de pena acima do patamar mínimo legal. Comparação analógica ao critério utilizado para a

13 “[...]A conduta social e as consequências do crime não devem ser consideradas desfavoráveis à acusada, uma vez que inexistem nos autos elementos que permitam avaliar a conduta social do agente e o prejuízo gerado aos cofres públicos constitui elemento inerente ao crime de estelionato, não tendo sido ultrapassada, no caso dos autos, a reprovabilidade normal do tipo a justificar nova valoração no momento da fixação da pena. 3 – Recurso de apelação parcialmente provido, para reduzir a pena-base imposta à acusada.” (ACR 200950010064642, Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 29/06/2012 – Página: 92.)

aplicação do princípio da insignificância para determinados crimes em que figura como vítima a Fazenda Pública (art. 1º, II, da Portaria Ministerial nº 75/2012 do Ministério da Fazenda) [...]¹⁴.

Por sua vez, o Tribunal Regional da 4ª Região tem acórdão adotando o valor de R\$ 100 mil como parâmetro para aferição do prejuízo como consequência negativa do crime¹⁵.

O Superior Tribunal de Justiça entende que a ausência de reparação do dano deve ser valorada de forma negativa:

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA JÁ JULGADA POR ESTA TURMA. DOSIMETRIA DA PENA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO QUE JUSTIFICAM O AUMENTO DA PENA-BASE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSE PONTO, DENEGADA.

[...]

2. Há fundamentação válida para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, pois foram consideradas, concretamente, consequências que extrapolam o tipo previsto no art. 173, § 3.º, do Código Penal, pois, além do prejuízo causado pelo recebimento ilegal de auxílio-doença entre 05/04/95 a 05/05/97, não agiu o Paciente no sentido de ressarcir a Previdência.

14 ACR 00040214320084036103, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 – SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 13/12/2012 .FONTE\_ REPUBLICACAO.

15 “[...]4. Esse Colegiado tem como critério, para permitir a valoração negativa das consequências do crime a presença de um prejuízo ao Erário maior do que R\$100.000,00 (cem mil reais), a exemplo das ACRs 2002.71.07.013022-0 (Rel. Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, DJU 22-11-2006), 2007.72.08.002723-5 (Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, DE 30-4-2010) e 2006.70.00.031205-1/PR (de minha relatoria, DE 18-3-2011). No caso, o dano suportado pela União foi abaixo desse patamar, devendo ser afastada a desfavorabilidade dessa circunstância. [...]” (TRF4, ACR 5023341-84.2011.404.7000, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Victor Luiz dos Santos Laus, juntado aos autos em 08/01/2014)

3. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nesse ponto, denegada. (HC: 222790, LAURITA VAZ, STJ – QUINTA TURMA, DJ DATA: 17.09.2013)

CRIMINAL. HC. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO. DIVERGÊNCIA DO QUANTUM DA REPRIMENDA EM RELAÇÃO CO-RÉU. DIVERSIDADE DE SITUAÇÕES PENAIAS. ASPECTOS QUE NÃO SÃO INERENTES AO TIPO PENAL. ORDEM DENEGADA. A pena imposta ao paciente foi fundamentadamente fixada, com base na devida análise das circunstâncias judiciais pertinentes e em obediência aos critérios de lei Magistrado singular proceder à ressalva dos motivos que levaram ao indigitado quantum da pena-base aplicada ao paciente, considerando, diferentemente do co-réu, a personalidade voltada para a prática criminosa, a não-reparação do dano, bem como o fato de ser funcionário da Instituição pública lesada – que não são inerentes ao tipo penal. [...] Ordem denegada. (HC 200301056053, GILSON DIPP, STJ – QUINTA TURMA, DJ DATA:29/09/2003 PG:00302 .DTPB )

O Tribunal Regional da 3ª Região também adotou tal orientação na apelação criminal nº 00068043820044036106<sup>16</sup>.

16 “[...]Examinada a pena imposta, tenho que razão assiste ao Ministério Público Federal em relação à necessidade de aumento da pena-base, sobretudo, em razão das consequências do delito de estelionato praticado: a gravidade maior do dano causado pelo crime, o prejuízo de grande monta sofrido pela vítima no valor de R\$129.138,88 (cento e vinte e nove mil, cento e trinta e oito reais e oitenta e centavos), relevando-se o fato de que o réu nada fez para ressarcir os valores ilícitamente auferidos, como destacou o MM. Juiz. Ainda assim, entendeu o D. Julgador que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal são favoráveis ao réu e, por ocasião do exame das consequências do crime, consignou remanescer o prejuízo dos saques efetuados, já que os réus não providenciaram a devolução da quantia indevidamente sacada ao tempo dos fatos. 16.A pena mínima não atende aos fins de prevenção e reparação do crime, razão pela qual, merece ser estabelecida a pena acima do mínimo legal”. (ACR 00068043820044036106, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA – 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2013 .FONTE\_REPUBLICACAO.)

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu que o prejuízo a programas sociais ou ao Sistema Único de Saúde determina a elevação da pena-base, em razão da culpabilidade e das consequências do crime:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. ART. 171, § 3º, C/C O ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO PENAL DEMONSTRADOS. CRIME TENTADO. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

[...]

3. A pena-base foi fixada, com acerto, em patamar superior ao mínimo legal (dois anos de reclusão e setenta e cinco dias-multa – fl. 542), havendo o MM. Juízo Federal sentenciante apontado que “O modo de operação denota uma maior culpabilidade, bem acima da média verificada nessa espécie de delito, já que a ré agiu aproveitando a sua habilitação em programa destinado a promover o acesso da população a medicamentos com custo reduzido, o que indica uma maior reprovação social [...]” (fl. 542).

[...]

5. Sentença mantida. Apelação desprovida.

(ACR, DESEMBARGADOR FEDERAL ÍTALO FIORAVANTI SABO MENDES, TRF1 – QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA: 28/05/2014 PAGINA: 218.)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO QUALIFICADO. SUS. CP, ART. 171, § 3º, C/C ART. 71. MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. AUTORIA E DOLO. DEMONSTRAÇÃO EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO APELANTE. DOSIMETRIA. PERTINÊNCIA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO E CAUSA DE



AUMENTO PREVISTA NO § 3º. *bis in idem*. NÃO CONFIGURAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANO. CPP, ART. 387, IV. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS SEVERA. AFASTAMENTO DE OFÍCIO. SEGUNDO APELANTE. PROVA DA PARTICIPAÇÃO NO CRIME. AUSÊNCIA. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO. CPP, ART. 386, V.

[...]

5. Quanto às consequências do crime, entendeu o magistrado que são desfavoráveis ao acusado pois a fraude contribuiu para o recrudescimento da precariedade dos estabelecimentos públicos destinados à promoção de valor de envergadura constitucional, no caso, a saúde. Como bem observado no opinativo ministerial, “Tal circunstância do crime, analisada pelo prisma do art. 59 do Código Penal, não guarda relação com a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do Código Penal, que se refere à pessoa jurídica lesada pela conduta”, no caso, entidade de direito público. Alegação de *bis in idem* rejeitada.

[...]

(ACR 0005340-39.2005.4.01.3700 / MA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, QUARTA TURMA, e-DJF1 p.314 de 19/04/2013)

O Tribunal Regional da 2ª Região expressamente ressaltou que a aplicação da causa de aumento do § 3º do art. 171 do Código Penal não obsta o aumento de pena em razão do período e valor do prejuízo:

APELAÇÃO PENAL. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. ARTIGO 171, §3º, CP. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FRAUDE NOS VÍNCULOS EMPREGATÍCIOS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA

PENA NA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. *bis in idem*. INEXISTÊNCIA.

I – A causa de aumento de pena prevista no artigo 171, §3º, do CP, leva em consideração a pessoa da vítima, ou seja, a entidade de direito público contra a qual é cometido o crime de “estelionato previdenciário”, não se constituindo *bis in idem* a majoração da pena-base com o fundamento no lapso temporal no qual o réu beneficiou-se indevidamente de benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição, bem como no vultoso valor auferido e desviado durante esse período.

II – Apelação desprovida.

(ACR 200651170048895, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 19/12/2012.)

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não pode ser considerado para elevar a pena-base o fato do delito ter sido perpetrado contra entidade de direito público, por constituir *bis in idem* com a causa de aumento do § 3º, do art. 171, do CP. Contudo, efetuou a majoração da pena em razão do intuito de obtenção de voto:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO PRATICADO EM DETRIMENTO DE ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE.DECISÃO QUE REFORMOU, EM PARTE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, PARA DESCONSIDERAR AS AÇÕES PENAIIS EM CURSO, NA VALORAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO, EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. REVISÃO DA



DOSIMETRIA DA PENA, EM HABEAS CORPUS. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, CIRCUNSTÂNCIAS, CONSEQUÊNCIAS E MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA, APENAS EM RELAÇÃO AOS MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

II. Hipótese em que, ao paciente, condenado como incurso no art. 171, § 3º, do Código Penal, foi fixada pena-base acima do mínimo legal, em virtude da valoração negativa da culpabilidade, antecedentes, conduta social, circunstâncias, consequências e motivos do crime.

III. A decisão agravada afastou apenas as ações penais em curso, na valoração dos antecedentes criminais, redimensionando a pena-base.

IV. Contudo, as circunstâncias judiciais da culpabilidade, conduta social e consequências do delito também devem ser excluídas, por ausência de fundamentação idônea.

V. A simples alegação de o réu apresentar culpabilidade em grau máximo, dissociada de elementos concretos, não autoriza a elevação da pena-base acima do mínimo legal.

VI. A obtenção de vantagem ilícita, em detrimento de entidade de direito público é ínsita ao tipo penal, previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, pelo que a sua consideração, para majorar a pena-base, constitui evidente bis in idem. As consequências do delito – prejuízo aos cofres públicos – são normais à espécie.

VII. Porém, as circunstâncias judiciais relativas aos motivos do crime – garantir o voto de eleitor – e as circunstâncias do crime – aproveitar-se do fato de ser um homem público, para obter vantagem ilícita para outrem – constituem fundamentos aptos a

eleva a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido comprovado que o paciente, com o intuito de obter voto de eleitor, intermediou, junto ao INSS, o recebimento de aposentadoria, utilizando-se de documentos falsos, peculiaridade que deve ser levada em consideração, na individualização da pena.

VIII. Agravo parcialmente provido, para, redimensionando a pena-base, estabelecer a sanção definitiva do paciente em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão – a ser cumprida em regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, além do pagamento de 53 (cinquenta e três) dias-multa, mantida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, devendo a prestação de serviços à comunidade ser cumprida pelo mesmo período da condenação.

(STJ AgRg no HC 173.792/RR, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 08/04/2013)

O Superior Tribunal de Justiça, no Ag 1408061/RN, além do elevado prejuízo à vítima, considerou a audácia do agente, a premeditação do delito e a arquitetura das fases do crime para elevar a pena-base acima do mínimo legal:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO CONCRETAMENTE FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

1. A audácia do agente, a premeditação do delito e a arquitetura de todo o iter criminis, bem como o elevado prejuízo à vítima,



não constituem características do próprio tipo penal, justificando a elevação da pena-base acima do mínimo legal.

2. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis permite que as instâncias ordinárias indefiram a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por considerarem não ser a medida socialmente recomendável.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ AgRg no Ag 1408061/RN, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/07/2013)

No julgamento do HC 79474, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a engenhosidade empregada na fraude confere maior reprovabilidade à conduta, bem como que as consequências que atingem terceiros, além da vítima patrimonial, autorizam o aumento da pena-base. Vale transcrever o seguinte trecho do voto da Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura:

Em relação ao suposto dolo intenso, arquitetando-se o plano em prejuízo da vítima, nota-se que o magistrado de primeiro grau indicou que o comportamento do paciente teria sido marcado por reprovabilidade acentuada. Cuidou-se de um estelionato perpetrado por meio de *modus operandi* dotado de considerável sofisticação. Na hipótese, engendrou-se a *mise-en-scène* servindo-se de vários aspectos logísticos, como o emprego de documento falso e a utilização de conta bancária de terceira pessoa que, enganada, não sabia da empreitada criminosa.

Por fim, resta analisar as consequências do delito. De fato, não foram elas apenas as ordinárias, com o advento do prejuízo para a vítima, a empresa financeira. Outras pessoas acabaram por ser tragadas para

o palco delitivo. Saliente-se que os vendedores do carro tiveram o respectivo documento retido pelos acusados. Por outro lado, foram utilizados indevidamente os nomes da pessoa cujo documento de identidade havia sido subtraído e da titular da conta, na qual se operou o depósito e posterior saque do objeto do estelionato.

Constata-se, assim, que a fixação da pena-base do estelionato em dois anos encontra-se devidamente fundamentada, não merecendo reparos. (HC: 79474, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ – SEXTA TURMA, DJ DATA: 26.08.2008)

O Tribunal Regional da 3ª Região também considera que a desenvoltura profissional utilizada nas fraudes pelo criminoso denota alto grau de reprovabilidade da conduta, permitindo o aumento da pena-base<sup>17</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça possui decisão em que reconheceu que a organização da atividade criminosa denota maior culpabilidade e que a prática reiterada de golpes indica conduta social negativa:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL E PENAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. ESTELIONATO. DOSIMETRIA DA PENA. OFENSA AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. ART. 44,

17 “[...] O alto grau de reprovabilidade da conduta ante a desenvoltura profissional utilizada nas fraudes previdenciárias, bem assim a personalidade do acusado sem travas morais – aqui se está a considerar os antecedentes desabonadores desprovidos de condenação definitiva – e as consequências deletérias do crime, haja vista o prejuízo causado aos cofres públicos, na cifra de R\$ 64.882,69 (sessenta e quatro mil, oitocentos e oitenta e dois reais e sessenta e nove centavos) justifica a elevação da pena-base para 02 (dois) anos de reclusão”. (ACR 00072457220074036119, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSE LUNARDELLI, TRF3 – PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/08/2013 .FONTE\_REPUBLICACAO.)

INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.[...]

3. O nível de organização da atividade criminosa, conforme acentuado pelas instâncias ordinárias, demonstra um grau elevado de culpabilidade, justificando o aumento da pena-base.

4. Da mesma forma, comprovou-se que a interação dos Acusados com a sociedade pautava-se pela aplicação de golpes, atividade que exerciam com habitualidade, atingindo, inclusive, pessoas de seu círculo íntimo de convivência. Assim, correta a valoração negativa da conduta social.[...]

8. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 379.603/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013)

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu que a pena pode ser fixada acima do mínimo legal quando o agente proporcionou a obtenção de vários benefícios previdenciários fraudulentos a pessoas que trabalhavam na mesma empresa, denotando personalidade voltada para a prática de crimes contra a Previdência Social<sup>18</sup>.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região possui acórdãos reconhecendo que o elevado grau de instrução e a profissão exercida devem ser sopesados negativamente na culpabilidade do agente:

PENAL – CRIME DE ESTELIONATO. PRESCRIÇÃO. MOMENTO INOPORTUNO. AUTORIA E MATERIALIDADE

<sup>18</sup> “[...] Na primeira fase, a pena restou fixada pelo Juiz sentenciante acima do mínimo legal, em 02 (dois) anos de reclusão, ao fundamento de que o réu demonstrou, em parte de sua vida, ter personalidade voltada para a prática de crimes contra a Previdência Social, em favor de terceiros que trabalhavam na mesma empresa, tendo inúmeras ações penais por fatos semelhantes, fator ponderado ao exame das circunstâncias subjetivas previstas no art. 59 do Código Penal”. (ACR 00014152820024036111, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/12/2012 .FONTE\_REPUBLICACAO.)

COMPROVADAS. DOLO CONFIGURADO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NÃO COMPROVADA. CRIME PERMANENTE. CULPABILIDADE E CONSEQUENCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS AO RÉU. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, INC. I, DO CP. PARCIAL PROVIMENTO DAS APELAÇÕES PARA REFORMAR A SENTENÇA NO TOCANTE À DOSIMETRIA DA PENA .

V- a culpabilidade do acusado também merece uma maior reprovação, eis que de forma consciente e voluntária manteve a União em erro por período razoável, ao deixar de comunicar o óbito de sua genitora, com o fito de receber a pensão a esta pertencente, quando reunia ele todas as possibilidades de atuar corretamente, segundo as leis, considerando seu grau superior de instrução como advogado. [...]

X – Recursos de apelação parcialmente providos.

(ACR 200951018053260, Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO, TRF2 – PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 08/05/2013.)

PENAL. ESTELIONATO. SAQUE. PROCURAÇÃO FRAUDULENTA. TENTATIVA. EMENDATIO LIBELLI. NULIDADE. CRIME IMPOSSÍVEL. DOSIMETRIA. [...]

3. Avaliando os aspectos abordados na dosimetria, considero apenas que o magistrado se valeu de elementos intrínsecos ao tipo de estelionato (egoísmo e ambição para sacar quantia relevante) para a valoração negativa dos motivos e circunstâncias do crime na fixação da pena base. As demais circunstâncias observadas pelo magistrado justificam o aumento – embora em menor grau – da pena-base, mormente considerando que, ainda que não haja elementos que delineiem a certeza de que foi o acusado o autor da

assinatura aposta na procuração, ele seria o principal beneficiário da fraude e que se trata de pessoa cuja profissão permite uma maior compreensão do caráter ilícito da conduta levada a efeito.[...]

5. Apelação da defesa parcialmente provida e apelação ministerial desprovida.

(ACR 200651050009990, Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 17/09/2012 – Página: 51.)

No mesmo sentido decidiu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

PENAL E PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. ART. 171, PARÁGRAFO 3º DO CP. SEGURO-DESEMPREGO. DEFESO DA LAGOSTA. DECLARAÇÃO FALSA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 21 DO CP PARA O RÉU-APELANTE. APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO. ALTERAÇÃO NA DOSIMETRIA DA PENA DO RÉU NÃO APELANTE: CULPABILIDADE ELEVADA E CONTINUIDADE DELITIVA. FIXAÇÃO DO VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS. IMPOSSIBILIDADE. [...]

2. Reconhecimento da elevada culpabilidade do acusado Manoel Matias de Souza em virtude de sua formação universitária no curso de Pedagogia e por exercer atividade de professor na rede pública municipal.

(ACR 200884000088135, Desembargador Federal Edílson Nobre, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 21/06/2012 – Página: 726.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO CONTRA ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO (ART. 171, PARÁGRAFO 3º, DO CP), EM CONTINUIDADE DELITIVA. REDUÇÃO DA

PENA-BASE. NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. NÚMERO DE DIAS-MULTA. PROPORÇÃO COM A PENA DE RECLUSÃO. [...]

2. Na primeira fase da dosimetria, merece desvalor apenas a circunstância relativa à culpabilidade, reformando-se a sentença na parte em que considerou desfavoráveis ao apelante os antecedentes, a personalidade e as consequências do crime. 3. Na qualidade de contador, o apelante, com o fito de proceder a falsificações em CTPS's, utilizou-se do status que gozava decorrente da sua atividade profissional para arregimentar pessoas ao seu escritório, além de ter utilizado documentos de empresas nas quais já havia trabalhado para realizar as fraudes. Ademais, assumiu a posição de mentor intelectual da empreitada criminoso. Sobre suas condutas, pois, incide reprovação social de grau bastante elevado.

4. Em que pese a existência de uma ação penal em curso, este fato não pode ser utilizada para agravar a pena-base, em respeito à Súmula nº 444 do STJ. No que se refere à personalidade do agente, a instrução criminal não foi capaz de demonstrar a boa ou má índole do recorrente. Quanto às consequências do crime, tem-se que o prejuízo patrimonial causado ao Fundo de Amparo do Trabalhador não foi exacerbado ao ponto de merecer uma valoração acima do normal (R\$ 14.005,25).

5. Na segunda fase da dosimetria, não há como deixar de incidir a agravante do art. 62, II, do CP, por ter o recorrente induzido pessoas à execução material do crime. Deve incidir, todavia, a atenuante da confissão (art. 65, III, “d”, do CP), ainda que esta tenha sido parcial, em razão de ter contribuído para o decreto condenatório.

6. “Inexiste previsão legal para a isenção da pena de multa, em razão da situação econômica do réu, devendo esta servir, tão somente, de parâmetro para a fixação de seu valor” (REsp 200600804603, Felix





Fischer, STJ – Quinta Turma, DJ 18/12/2006), exatamente como ocorreu no caso concreto.

7. Apelação parcialmente provida, para, mantida a condenação, reduzir as penas impostas ao apelante para 5 anos de reclusão, inicialmente em regime semiaberto, mais o pagamento de 264 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

(ACR 200383000199061, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 – Primeira Turma, DJE – Data: 25/07/2013 – Página: 206.)

Verifica-se que, no segundo acórdão anteriormente reproduzido, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região entendeu que o valor do prejuízo causado ao FAT não foi exacerbado a ponto de ensejar o aumento da pena-base em razão das consequências do delito. Por outro lado, aplicou a agravante prevista no art. 62, II, do CP, pois o contador induziu outras pessoas à execução material do crime.

Com relação ao lucro como motivo do crime, o TRF da 1ª Região destacou que:

[...] Sendo o motivo lucro fácil ínsito ao tipo penal, o magistrado não pode considerá-lo como circunstância judicial negativa para exasperar a pena-base. [...]”<sup>19</sup>. O mesmo entendimento foi exarado no julgamento da apelação criminal 37426720074013801: “[...]No estelionato, que é crime contra o patrimônio, o “lucro fácil” é ínsito ao tipo penal.[...]”<sup>20</sup>.

Nessa mesma linha decidiu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

19 ACR 72722320094013700, DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, TRF1 – QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:16/01/2013 PAGINA:423.

20 ACR 37426720074013801, DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, TRF1 – QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:01/07/2014 PAGINA:210.

[...] O lucro fácil, tomado isoladamente em uma das muitas ações perpetradas pelo acusado e ainda pendente de solução em demandas criminais diversas, ainda que demonstrado vultoso, é de ser considerado elementar do estelionato, pelo que não deve ser considerado como qualificadora negativa sob pena de incidir em *bis in idem*. [...] <sup>21</sup>

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região entendeu que deve ser valorada negativamente a culpabilidade do agente que se utiliza da ignorância e ingenuidade das pessoas para a prática do crime de estelionato <sup>22</sup>.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu que o uso de documento falso como meio fraudulento deve ser sopesado como circunstância negativa para o aumento da pena-base:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO QUALIFICADO. ART. 171, § 3º, C/C ART. 29, DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA.

21 ACR 200984010005530, Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 17/01/2013 – Página 208.

22 “[...]7-Revisão da dosimetria da pena em virtude da valoração de algumas das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. 8-Sentença que valorizou os motivos e as consequências do crime como sendo as circunstâncias previstas na própria elementar do tipo penal (lucro fácil e prejuízo aos cofres públicos). Afastado o desvalor atribuído às referidas circunstâncias judiciais. Precedente do STJ (STJ, REsp 1133950/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 31/05/2013). 9-Mantidas, como desfavoráveis ao acusado, as circunstâncias judiciais da culpabilidade (“o acusado agiu com culpabilidade intensa, uma vez que se utilizou de ignorância e ingenuidade de pessoas inocentes, obtendo em seu proveito valores concernentes a restituições de Imposto de Renda indevidas” – sic da sentença recorrida); personalidade (“observe em seu interrogatório que o mesmo demonstra ser dissimulado e propenso ao cometimento de delitos de tal natureza, pois não soube justificar a motivação das diversas condutas delitivas perpetradas – sic da sentença recorrida – fls.210; circunstâncias (o acusado se valeu de sua atuação profissional em órgão público para viabilizar o preenchimento e envio de DIRF’s com informações falsas, o que foi fundamental na concretização do ilícito). [...]” ACR 200984010010299, Desembargador Federal Bruno Teixeira, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 17/10/2013 – Página: 406.