

CRITÉRIOS LÓGICOS E OBJETIVOS PARA A DOSIMETRIA DA PENA

LOGICAL AND OBJECTIVE CRITERIA FOR THE DOSIMETRY OF CRIMINAL PUNISHMENT

MARCELO MATTAR DINIZ¹

Procurador de Justiça

Resumo: O presente estudo tem como objetivo apresentar ao leitor uma análise sobre as regras e critérios para a dosimetria das penas, questão tormentosa que sempre gerou muita controvérsia na doutrina e na jurisprudência. Assim, trataremos de modo pormenorizado do consagrado sistema trifásico de Nelson Hungria, com ênfase na análise das circunstâncias judiciais do art. 59/CP e sua influência na pena-base, no concurso de agravantes e atenuantes e o *quantum* recomendável para aumento ou diminuição e no concurso de majorantes e minorantes, buscando trazer critérios objetivos e lógicos para se atingir a reprimenda penal adequada a cada fato criminoso. Trataremos também da pena de multa, com ênfase no brilhante sistema aprovado pelo plenário do excelso STF no julgamento da Ação Penal 470, em 2012, das regras do concurso de crimes e da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, sugerindo, com o devido respeito aos leitores, ideias para a parametrização do sistema, visando reduzir a incerteza que por vezes paira sobre as decisões judiciais.

Palavras-chave: dosimetria; sistema trifásico; critérios objetivos; política criminal.

Abstract: The present study aims to present the reader with an analysis of the rules and criteria for the dosimetry of sentences, a stormy issue that has always generated many controversies in doctrine and jurisprudence. Thus, we will deal in detail with the renowned three-phase system of Nelson Hungria, with emphasis on the analysis of the judicial circumstances of art. 59 CP and its influence on the base penalty, in the aggravating and mitigating contest and the recommended quantum for increase or decrease and in the contest of major and minor, seeking to bring criteria and logic to achieve an appropriate criminal reprimand for each criminal fact. We will also deal with the fine penalty, with emphasis on the brilliant system approved by the plenary of the STF in the judgment of Criminal Action 470 in 2012, the rules of the contest of crimes and the correction of the initial regime of serving the sentence, suggesting, with due respect to the readers, ideas for parameterization of the system, reducing the uncertainty that sometimes hangs over judicial decisions.

Keywords: dosimetry; three-phase system; objective criteria; criminal policy.

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos gerais da dosimetria da pena; 3. Da pena-base; 4. Da pena provisória; 5. Da pena definitiva; 6. Da pena de multa; 7. Do concurso de infrações; 8. Do regime prisional; 9. Considerações finais; 10. Abreviaturas; 11. Referências.

¹Agradecimentos especiais à assessora Natália Gelape dos Santos Ribeiro pela inestimável contribuição na elaboração deste trabalho.

1. Introdução

Questão que sempre se apresentou controversa e caracterizada pela presença de múltiplos critérios de aplicação prática é a dosimetria da pena a ser aplicada ao autor de fato criminoso/contravencional. O sistema adotado pelo Código Penal pátrio, notadamente após a reforma de 1984, remonta ao modelo trifásico de Nelson Hungria, o qual sempre consideramos notavelmente eficiente, permitindo ao operador do direito inegável compreensão do raciocínio do julgador na fixação da pena aplicável ao caso concreto. Todavia, o modelo não é perfeito, não estando pronto e acabado, deixando, por assim dizer, inúmeras brechas interpretativas, muitas vezes com solução vinculada ao arbítrio e ao pensamento individual de cada julgador, o que, por óbvio, retira a clareza do sistema e gera insegurança jurídica. Neste trabalho, buscaremos elencar os principais entendimentos acerca do tema e explicitar, expressamente, nossa opinião sobre o que consideramos mais lógico, claro e objetivo para aplicação das regras de dosimetria da pena. Não se pretende esgotar o assunto nem apresentar argumentos definitivos sobre nenhum critério apresentado, mas apenas demonstrar o que, a nosso ver, traduz as melhores e mais viáveis soluções às questões suscitadas, sempre com o devido respeito à inteligência do leitor e ao pensamento dos doutrinadores e tribunais citados.

O trabalho será enriquecido com jurisprudência atualizada e abalizada, especialmente dos tribunais superiores e do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a quem muito respeitamos e sempre citamos. Assim, várias questões serão lançadas à discussão: quais os critérios para a análise de cada circunstância judicial trazida no art. 59 CP? Qual o melhor sistema para definir o *quantum* da pena-base? Qual deve ser o índice de aumento na pena provisória, quando do concurso de agravantes e atenuantes? Como funcionam as causas de aumento e diminuição de pena (majorantes e minorantes) e qual deve ser o raciocínio no caso de várias circunstâncias incidirem sobre o fato? Qual o melhor critério para o cálculo da pena de multa? Como funciona o concurso de crimes? Qual deve ser o regime inicial de cumprimento de pena a ser fixado pelo juiz para cada caso concreto?

A partir destas reflexões, iremos nos posicionar sobre cada tema, sempre declarando de modo expresso o que consideramos justo e acertado, obviamente sem embargo a entendimentos contrários e sempre respeitando a independência de cada operador do direito.

2. Aspectos gerais da dosimetria da pena

Ao final da instrução probatória, no momento da decisão de mérito, o julgador, ao considerar o réu penalmente responsável pelos fatos narrados na denúncia/queixa, julga procedente o pedido inaugural, de modo devidamente fundamentado, alcançando a parte dispositiva da sentença, em que se depara com a missão de individualizar a pena do condenado, em respeito ao princípio previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Para tanto, é importante enfatizar que nosso Código Penal dispõe no art. 68 que o julgador deve obediência a um sistema trifásico de cálculo da pena, consistindo, primeiramente, na fixação da pena-base, após análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, fixando em seguida a pena provisória (ou intermediária), em que se opera o concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, chegando, por fim, à pena definitiva, com a verificação da incidência de eventuais causas de aumento e diminuição de pena.

A propósito, a obediência ao referido sistema é norma cogente, sob risco de nulidade da sentença penal em caso de descumprimento, conforme já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 194.218/MG).

A adoção do sistema trifásico se deu após a reforma penal de 1984, após um elevado embate entre o modelo bifásico proposto por Roberto Lyra, onde a primeira fase também alcançava as agravantes e atenuantes, restando para a segunda fase as causas de aumento e diminuição de pena, e o modelo trifásico de Nelson Hungria, onde agravantes e atenuantes devem ser analisadas em momento próprio.

O modelo trifásico mostra-se realmente mais qualificado, como pensamos, por se apresentar mais afinado com o regime de individualização da pena e por trazer maior clareza nas decisões, inteirando-se o réu, passo a passo, do raciocínio seguido pelo julgador até atingir a reprimenda final.

Por fim, cabe ressaltar que o ordenamento jurídico-penal brasileiro adotou, para cominação das penas, o *sistema da relativa determinação*, no qual o legislador fixa um *quantum* mínimo e máximo no preceito secundário de cada tipo penal (ou fixa apenas o patamar máximo no tipo, como nos crimes eleitorais, estando o mínimo previsto em norma geral – art. 284 do Código Eleitoral), deixando para o julgador um espaço de trabalho relevante na fixação efetiva das penas, permitindo a necessária individualização, uma vez que cabe ao juiz complementar o trabalho iniciado no processo legislativo. Tal sistema mostra-se superior às opções existentes, de *absoluta determinação*, onde a pena é cominada em patamar fixo, sem nenhum arbítrio do julgador, que está vinculado exclusivamente à letra da lei (lega-

lismo extremo), em uma verdadeira ditadura do texto legal ou de *absoluta indeterminação*, no qual o legislador simplesmente não estipula nenhum parâmetro no tipo incriminador, limitando-se a prever normas genéricas de aplicação da pena na parte geral, deixando a critério do juiz a aplicação da sanção no patamar que entender justo e adequado (livre-arbítrio judicial), o que, por óbvio, gera insegurança jurídica.

Pela importância teórica e prática do assunto, certo é que cada uma das referidas fases do modelo trifásico merece especial análise, o que passaremos a fazer, de modo pormenorizado, iniciando, obviamente, pela primeira fase da dosimetria, sempre no intuito de buscar critérios lógicos e objetivos para fixação da pena, objetivo maior deste breve trabalho.

3. Da pena-base

Em um primeiro momento, deve o julgador fixar, dentre o mínimo e o máximo cominados no preceito secundário de cada tipo penal, a pena-base, a pena inicial, o marco sobre o qual irão incidir as demais fases até o resultado final.

Para tanto, deve atentar para a análise das chamadas circunstâncias judiciais previstas expressamente no art. 59 do CP, que representam as oito vetoriais a serem consideradas na fixação da pena-base. São elas: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social do agente, a personalidade do agente, os motivos determinantes do crime, as circunstâncias do crime, as consequências do crime e o comportamento da vítima. Vejamos cada vetorial e suas especificidades:

A culpabilidade

A expressão culpabilidade possui duas acepções. Na primeira, constitui a terceira elementar do conceito analítico ou estratificado do crime, representando o juízo de reprovação que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente, formando um juízo relativo à necessidade de aplicação da sanção penal. Já na segunda acepção, a culpabilidade diz respeito ao maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do agente, ao nível de censura social que mereça por seu comportamento. É com este sentido que a culpabilidade é empregada no art. 59 do Código Penal.

O colendo STJ, em sua publicação “jurisprudência em teses”, faz bem tal distinção:

a culpabilidade normativa, que engloba a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa e que constitui elementar do tipo penal,

não se confunde com a circunstância judicial da culpabilidade (art. 59 do CP), que diz respeito à demonstração do grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta praticada.

Neste tópico, o julgador analisa se a conduta do agente merece uma pena maior porque seu grau de reprovabilidade excede aquele naturalmente inerente ao tipo penal. Assim, por exemplo, não é possível que o juiz exaspere a pena do autor de um estelionato ao argumento de que sua conduta foi ardilosa, pois o ardil é figura própria do estelionato, uma característica elementar deste crime. Também não é possível a elevação da pena-base no furto ao argumento de que o agente tinha consciência da ilicitude e praticou ato reprovável visando à obtenção do lucro fácil da atividade criminosa, pois esta é justamente a razão de existir do crime de furto. Ambas as hipóteses citadas fazem parte do juízo de reprovação natural do tipo, não havendo motivos para elevar a pena em tais circunstâncias.

A contrario sensu, é possível que juiz aumente a pena porque, para obter vantagem ilícita, o agente se aproveitou da vulnerabilidade de um enfermo, oferecendo-lhe fraudulentamente serviços para agilizar o pedido de aposentadoria no órgão previdenciário. Também é possível elevar a pena quando o agente cometeu novo crime de furto estando em pleno cumprimento de pena por crime anterior, pois sua conduta demonstra que a sanção dantes aplicada não foi suficiente para o efeito preventivo da pena, demonstrando o agente descaso com o sistema de Justiça.

Os antecedentes

Conforme ensina Nucci (2015), os antecedentes se referem a tudo o que existiu ou aconteceu no campo penal ao agente antes da prática do fato criminoso, ou seja, sua vida pregressa em matéria criminal. Antes da reforma do Código Penal no ano de 1984 (Lei nº 7209/84), podia-se afirmar que os antecedentes do réu abrangiam todo o seu passado, desde seus registros criminais e condenações existentes até seu relacionamento na família e no trabalho. Todavia, atualmente se deve separar a conduta social do réu do cenário dos antecedentes, que acabou sendo esvaziado, restringindo sua abrangência à folha de antecedentes criminais do agente.

Cabe ressaltar que o julgador pode levar em consideração os antecedentes desfavoráveis e a reincidência desde que não tenham como base fática as mesmas condenações. Nesse contexto, salienta-se o disposto na Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

A respeito:

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO - REPRIMENDA - PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA PENNA-BASE - DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - MAUS ANTECEDENTES - CONSEQUÊNCIAS DO CRIME - PREJUÍZO CONSIDERÁVEL - ANÁLISE CORRETA - ELEVAÇÃO PROPORCIONAL - FRAÇÃO SUGERIA PELOS TRIBUNAIS. - *Ostentando o réu mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base (maus antecedentes) e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal.* - No tocante às consequências do crime, a majoração da pena-base foi suficientemente fundamentada à vista de dados concretos, declinando a sentença elemento que emprestou à conduta especial reprovabilidade, o significativo valor do prejuízo imposto à vítima, superior àquele inerente ao tipo penal. (TJMG - Apelação Criminal 1.0079.19.005340-9/001, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/02/2020, publicação da súmula em 28/02/2020) – grifei.

Sem olvidar que para determinação dos antecedentes servem apenas condenações anteriores, de acordo com a Súmula 444 da mencionada Corte: *“É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”*.

Outro ponto importante é a discussão acerca da caducidade ou não dos antecedentes, em um certo “direito ao esquecimento”. Neste tema, a jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em consonância com o entendimento da 2ª Turma do STF, desconsidera a existência de qualquer período depurador para consideração dessa circunstância como desfavorável ao réu. Destaca-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO, PARA DENEGAR A ORDEM. 1. Com a conclusão do julgamento do RE 593.818, em 17.08.2020, o Pleno desta Suprema Corte, apreciando o tema 150 da repercussão geral, fixou a tese de que *“Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal”*. Suplantado, portanto, o entendimento em sentido oposto, até então adotado por esta Segunda Turma. 2. Agravo regimental provido, para denegar a ordem. (HC 187860 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 08/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-285 DIVULG 02-12-2020 PUBLIC 03-12-2020) – grifei.

Comungamos com tal entendimento, não havendo que se falar em caducidade dos antecedentes, visto que o período depurador, por expressa previsão legal, só se aplica à reincidência. Assim, condenações antigas podem não servir para fins de agravamento da pena na segunda fase, mas se ajustam perfeitamente ao conceito de “maus antecedentes” ou “antecedentes desabonadores”, já tão esvaziado pela jurisprudência, devendo incidir na primeira fase.

Em suma, os antecedentes se referem ao histórico criminal do agente que não foi utilizado para caracterização da reincidência.

A conduta social

O exame dessa circunstância judicial traduz verdadeira “culpabilidade pelos fatos da vida”, de duvidosa aceitação, isto porque devem ser examinados, nessa ocasião, os elementos indicativos de inadaptação ou de bom ou mal relacionamento do agente perante a sociedade em que está integrado, sendo necessária uma análise pormenorizada e circunstanciada da forma como o agente se comporta em seu meio.

Assim como a vetorial da personalidade, remonta ao antigo e antidemocrático direito penal de autor, pelo que há quem sugira sua retirada do sistema. Neste contexto, o projeto do novo Código Penal, em tramitação no Congresso Nacional (PLS 236/2012), limitou as circunstâncias judiciais, em seu artigo 75, a apenas seis, em nova e interessante redação, eliminando justamente a conduta social e a personalidade.

Observe-se:

Art. 75: O juiz, atendendo à culpabilidade, aos motivos e fins, aos meios e modo de execução, às circunstâncias e consequências do crime, bem como a contribuição da vítima para o fato, estabelecerá, conforme seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena de prisão;

IV – a substituição da pena de prisão aplicada por outra espécie de pena, se cabível.

Trata-se, como visto, de circunstância de difícil efeito prático, já que os antigos “estudos de vida pregressa” do agente não mais são levados a efeito pelo sistema de Justiça ou são feitos de modo insuficiente.

De todo modo, infere-se a conduta social do réu na análise de fatores que fazem parte da vida do cidadão comum: família, trabalho, escola, vizinhança, etc. A partir destes campos da vida, permite-se analisar o modo de agir do agente nas suas ocupações, sua cordialidade ou agressividade, egocentrismo ou prestatividade, rispidez ou finura de trato, seu estilo de vida honesto ou reprovável.

A personalidade

De acordo com Bitencourt (2012), a personalidade deve ser entendida como a síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Em sua análise, deve-se verificar sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social e a presença ou não de eventuais desvios de caráter, de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental ou corriqueiro na vida do réu.

Segundo o mencionado autor, os atos infracionais análogos a crimes e contravenções praticados pelo réu durante a menoridade penal servem para subsidiar a análise da personalidade do agente, assim como outras infrações criminais praticadas depois do crime objeto do processo em julgamento. Tais circunstâncias constituem elementos concretos demonstradores da personalidade identificada com o crime, que não podem ser ignorados. Nesse sentido também é a jurisprudência egrégio TJMG:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FALSO TESTEMUNHO. REDUÇÃO DA PENA-BASE. INVIABILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ESTUDO PSICOSSOCIAL DO AGENTE PARA AUFERIR SUA PERSONALIDADE COMO NEGATIVA. OUTROS MEIOS DE PROVA. CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS QUE DEMONSTRA SEU REITERADO ENVOLVIMENTO NA PRÁTICA DE CRIMES. PERSONALIDADE VOLTADA À DELINQUÊNCIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO DELITO DE USO DE ENTORPECENTES. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA CRIMINOSA. PENA MANTIDA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ ANALISADA À EXAUSTÃO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS. - É imperativo o aumento da pena-base do réu quando presente ao menos uma circunstância judicial do art. 59 do CP que lhe foi valorada negativamente, respeitando sempre a razoabilidade e proporcionalidade do caso concreto. A fixação da pena-base no patamar mínimo legal cominado ao tipo somente tem lugar se favoráveis absolutamente todas as circunstâncias judiciais insculpidas no art. 59 do Código Penal. - *Se por outros meios de prova for possível concluir que a personalidade do agente é voltada ao cometimento de crimes, como pela extensa certidão de antecedentes criminais, é possível que essa circunstância judicial*

lhe seja considerada como desfavorável, mesmo sem a presença de estudo psicossocial. - O STF ainda não se pronunciou a respeito da suposta inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, de modo que o referido artigo ainda está em pleno vigor. - Rejeitam-se os embargos de declaração que tem por fim a reapreciação de questões já enfrentadas no aresto que, no entendimento do embargante, não teriam sido analisadas de acordo com a melhor aplicação do direito ou a correta valorização da prova. Ausência dos requisitos constantes do artigo 619 do Código de Processo Penal. - Embargos de declaração rejeitados. (TJMG - Embargos de Declaração - Cr 1.0145.08.495189-9/002, Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges de Andrada, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 24/01/2018, publicação da súmula em 31/01/2018) – grifei.

O colendo STJ, entretanto, tem entendimento de que condenações passadas somente podem ser usadas para fins de antecedentes, não podendo ser utilizados nas vetoriais da personalidade ou da conduta social do agente, visto que tais circunstâncias são muito complexas para se aferir desfavoráveis por simples análise da folha de antecedentes criminais (EAREsp 1311636). Logo, expressões rotineiramente trazidas nas sentenças judiciais como “personalidade criminógena”, “comportamento social reprovável” e “personalidade voltada para o crime” carecem de maiores elementos nos autos, não podendo ser extraídas simplesmente da folha corrida do réu.

Há quem recomende inclusive um estudo psicossocial do agente. Ney Moura Teles (1996) destaca que “a personalidade não é um conceito jurídico, mas do âmbito de outras ciências – da psicologia, psiquiatria, antropologia – e deve ser entendida como um complexo de características individuais próprias, adquiridas, que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito”.

Trata-se, como visto, de outra circunstância de difícil aplicação prática. Greco (2020), inclusive, sustenta que tal circunstância não deve ser levada em consideração pelo julgador, pois se mostra contrária ao chamado *direito penal de fato*, visto considerar as características pessoais do autor e não as circunstâncias fáticas da infração que cometeu.

A personalidade se relaciona, portanto, a aspectos como o comportamento agressivo do agente, sua insensibilidade, sua crueldade, maldade, ambição, desonestidade e perversidade, ou seja, as qualidades morais do agente, realmente de difícil aferição com base em uma simples certidão.

Assim, mais elementos devem ser colhidos: o réu é conhecido no meio policial como autor de crimes? É conhecido na comunidade como usuário de drogas? Envolve-se em episódios de violência doméstica? Não é afeto ao

trabalho, vivendo do lucro fácil da atividade criminosa? Dedica-se ao ócio, sendo rotineiramente visto consumindo bebidas alcoólicas em dias úteis? É indivíduo avalentado e temido na comunidade? Tem fama de andar armado? É violento e agressivo? É facilmente irritável? Como visto, conceitos difíceis de extrair de um simples documento, tornando necessário um trabalho mais elaborado e profissional durante a persecução penal.

Os motivos do crime

Os motivos constituem a fonte propulsora da vontade criminosa. Não há crime sem motivo, ainda que, por vezes, não seja possível identificá-lo ou não nos pareça lógico. Ocorre que o motivo pode ser nobre, o que pode inclusive beneficiar o réu, ou de especial repugnância, o que obviamente irá prejudicá-lo. Assim, para a dosagem da pena é fundamental considerar a natureza e a qualidade dos motivos que levaram o indivíduo à prática do crime.

A título de exemplo, um ocasional crime de furto praticado em situação de desespero para levar alimentos para os filhos famintos não nos parece especialmente reprovável, beirando o estado de necessidade. Já um crime patrimonial cometido para sustentar o hábito das drogas se mostra reprovável e permite a negatificação da vetorial, como pensamos.

As circunstâncias do crime

Nesse tópico, devemos alertar que as “circunstâncias dos crimes” não se confundem com as circunstâncias legais relacionadas no Código Penal em seus artigos 61, 62, 65 e 66, mas defluem do próprio fato delituoso, tal como forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes.

As circunstâncias do crime representam as circunstâncias fáticas do delito, o *modus operandi* da ação criminosa e o comportamento do agente durante a prática ilícita que extrapolem o juízo de censura inerente ao tipo. Afinal, o juízo de censura tangencia todas as circunstâncias judiciais, visto que a culpabilidade representa a medida e o limite de aplicação da pena.

Para fins de ilustração, o assaltante especialmente violento, que ofende e agride as vítimas gratuitamente, que submete a vítima a constrangimentos e humilhações e que pratica atos lesivos desnecessários durante a prática ilícita, merece especial reprovação jurídica, visto que tais comportamentos não são inerentes ao tipo penal e extrapolam o necessário para a simples prática do crime patrimonial.

Várias são as hipóteses passíveis de justificar a consideração desfavorável de tal circunstância judicial: a prática do crime em local de grande aglomeração de pessoas, levando risco desnecessário a terceiros; o elevado número de agentes; o elevado número de armas de grande poder vulnerante; a duração da restrição da liberdade da vítima, dentre inúmeras outras.

Esta vetorial também apresenta especial relevância, visto que se mostra pacífico na doutrina e na jurisprudência que *circunstâncias qualificadoras e causas de aumento de pena podem ser deslocadas para a primeira fase da dosimetria e influir na pena-base*, justamente na vetorial das circunstâncias do crime, como entendemos. Assim, o crime de roubo praticado em concurso de pessoas e com emprego de arma branca permite que uma das majorantes seja utilizada para elevar a pena-base enquanto a outra segue aplicada em local próprio. O crime de homicídio duplamente qualificado permite que uma das qualificadoras seja utilizada na pena-base (ou na segunda fase, como agravante, se houver previsão legal), enquanto a outra qualifica o crime. O julgador, em sua discricionariedade regrada e fundamentada, deve decidir o que se mostra mais razoável no caso concreto e suficiente para reparação e prevenção.

A respeito, o colendo STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. INCREMENTO NA PRIMEIRA FASE COM BASE NO CONCURSO DE AGENTES E UTILIZAÇÃO DA OUTRA CAUSA DE AUMENTO PARA MAJORAR A PENA NA TERCEIRA FASE. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. PRECEDENTES. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE PROPORCIONAL E FUNDAMENTADO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. COMPROVAÇÃO DA SUA UTILIZAÇÃO NA AÇÃO CRIMINOSA POR OUTROS MEIOS DE PROVA.

POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r.

decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Na hipótese, verifica-se que as instâncias ordinárias fixaram a pena-base do paciente acima do mínimo legal, tendo em vista que a majorante do concurso de agentes foi utilizada como circunstância

judicial desfavorável (art. 157, § 2º, inciso II, Código Penal). Tal majoração, entretanto, é legítima, uma vez que a inclusão da majorante sobejante (concurso de agente) como vetorial gravosa na pena-base é prática majoritariamente admitida nesta Corte.

III - Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, “A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático, levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada que impõe ao magistrado apontar os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime” (AgRg no HC n. 188.873/AC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 16/10/2013).

[...]

VI - A toda evidência, o decisum agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 642.042/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 12/03/2021) – grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. CIRCUNSTÂNCIAS. VALORAÇÃO DA QUALIFICADORA REMANESCENTE. PROPORCIONALIDADE DO INCREMENTO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena,

tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso, a pluralidade de tiros que atingiram a vítima, pelas costas, evidencia a maior intensidade do dolo do agente, o que permite o incremento da reprimenda-base.

5. Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o delituoso. In casu, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o modus operandi do delito revela gravidade concreta superior à insita aos crimes de homicídio qualificado, pois o crime foi perpetrado de forma premeditada, o que impossibilitou a defesa da vítima.

6. *Nos moldes da jurisprudência desta Corte, “no delito de homicídio, havendo pluralidade de qualificadoras, uma delas indicará o tipo qualificado, enquanto as demais poderão indicar uma circunstância agravante, desde que prevista no artigo 61 do Código Penal, ou, residualmente, majorar a pena-base, como circunstância judicial” (AgRg no REsp n. 1.644.423/MG, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, Dje 17/3/2017).*

7. *In concreto, a qualificadora dos motivos do crime foi sopesada para tipificar a conduta como homicídio qualificado, remanescendo a qualificadora do art. 121, § 2º, IV, do CP, a qual foi valorada na fixação da pena-base, de forma idônea, a título de circunstâncias do crime.*

8. No que diz respeito ao quantum de aumento da pena-base, cumpre salientar que “o Superior Tribunal de Justiça entende que o julgador não está adstrito a critérios puramente matemáticos, havendo certa discricionariedade na dosimetria da pena, vinculada aos elementos concretos constantes dos autos.

9. No entanto, o quanto de aumento, decorrente da negatificação das circunstâncias, deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena” (REsp 1.599.138/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/4/2018, Dje 11/5/2018) – grifei.

10. Mantida a valoração negativa das duas vetorais, descabe falar em excesso na elevação da pena-base em 3 anos, considerando o intervalo de apenamento do crime de homicídio qualificado, bem como em razão dos maus antecedentes do agente, os quais foram valorados, de igual modo, na primeira fase da dosimetria.

11. Writ não conhecido.

(HC 646.905/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2021, Dje 19/03/2021)

As consequências do crime

As consequências do crime representam o resultado da conduta do agente em relação à vítima, sua família ou sociedade. Quando próprias do tipo, não se prestam à exasperação da pena na primeira fase da dosimetria. Assim, a negatificação da vetorial relaciona-se à extrapolação da consequência natural esperada pela prática ilícita.

A hipótese é bem demarcada nos casos de homicídio, em que a vítima pode deixar viúva ou filhos menores que lhe eram dependentes econômicos, vindo o agente a reduzir a família à miséria. Também se podem considerar circunstâncias danosas do homicídio o trauma psicológico causado pela ação delitiva, como na hipótese em que o agente assassina a esposa na frente dos filhos menores, causando-lhes inarredável trauma, fato este que demanda, obviamente, um tratamento mais severo. No homicídio tentado, os ferimentos sofridos pela vítima que lhe limitam os movimentos e dificultam a vida em sociedade também podem levar à consideração da circunstância como desfavorável.

Na verdade, o trauma psicológico da ação criminosa violenta sempre serve para negatificar a circunstância, o que não se restringe apenas ao crime de homicídio, ocorrendo também, a título de ilustração, na hipótese em que a vítima do roubo ou do estupro passa a ter medo de sair sozinha ou desenvolve transtornos psicológicos como a agorafobia.

Nas lesões corporais, constitui consequência que extrapola o tipo a hipótese em que a vítima retém constrangedoras marcas da agressão pelo corpo, prejudicando seu convívio social.

Nos crimes patrimoniais, o prejuízo causado à vítima tem sido considerado circunstância relevante a justificar a negatificação da vetorial, o que não sucede quando a coisa é recuperada por ato da polícia ou restituída pelo próprio criminoso. Aliás, nos crimes em geral, o prejuízo representa um fator determinante para negatificação desta circunstância, como no dano ao erário causado nos crimes contra a administração pública, que limita o investimento público e prejudica a prestação do serviço à população.

A respeito:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO TENTADO - MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES - PENA-BASE - CONDOTA SOCIAL - PROCESSOS SEM CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO - IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO PARA A ANÁLISE DESFAVORÁVEL DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - SUM. 444 STJ - CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS

VERIFICADAS - PREJUÍZO CONSIDERÁVEL SUPOSTO PELA VÍTIMA - QUANTUM DA TENTATIVA - ITER CRIMINIS PERCORRIDO – MANUTENÇÃO.

- “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (Súmula 444 do STJ)

- *A valoração negativa das consequências do crime é admissível nos casos em que evidenciado considerável prejuízo causado à vítima.*

- O quantum da tentativa deve ser fundamentado de acordo com o iter criminis percorrido, ou seja, com os atos que foram praticados pelo acusado até o momento em que foi interrompido por circunstâncias alheias a sua vontade. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.17.072649-1/001, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/08/2020, publicação da súmula em 21/08/2020) – grifei.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBOS MAJORADOS – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – CONFISSÃO E DELAÇÃO EXTRAJUDICIAIS EM HARMONIA COM AS DEMAIS PROVAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE–REDUÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL–IMPOSSIBILIDADE – CONSEQUÊNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS – PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES – CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA – CRITÉRIO QUALITATIVO E NÃO QUANTITATIVO – ALTERAÇÃO DO PERCENTUAL DE AUMENTO PARA 1/3 (UM TERÇO) - NECESSIDADE – RECURSO PROVIDO EM PARTE – HABEAS CORPUS DE OFÍCIO – CORRÉU NÃO APELANTE – REDUÇÃO DA PENA – NECESSIDADE – ORDEM CONCEDIDA. (...)

- *Deve ser considerada desfavorável ao réu a circunstância judicial das consequências do crime quando o ofendido sofrer prejuízo em razão da ausência de restituição da res apropriada, justificando-se a fixação da pena-base em patamar um pouco superior ao mínimo legal.* (...) (TJMG – Apelação Criminal nº 1.0035.05.054410-1/001, Relator(a): Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 17/10/2013, publicação da súmula em 25/10/2013) - grifei.

O comportamento da vítima

No tocante à circunstância judicial do comportamento da vítima, o tema se mostra bastante desafiador, até porque a doutrina diverge em relação aos critérios de análise dessa vetorial, bem como em relação às suas consequências na pena-base. Enquanto parte dos doutrinadores entende que o comportamento da vítima pode ser apenas interpretado de forma neutra ou favorável ao condenado, outros defendem que essa circunstância também pode gerar consequências negativas ao réu.

Na verdade, não entendemos como uma circunstância judicial possa existir de forma limitada, apenas em benefício do infrator, o que acarre-

taria indevida quebra do sistema. Afinal, as circunstâncias são favoráveis ou desfavoráveis. A expressão “neutra”, a menos que se aceite a contestada compensação entre circunstâncias judiciais positivas e negativas, representa o mesmo que ser favorável, já que não elevará a pena-base.

Obviamente, por vezes o comportamento da vítima pode ser benéfico ao réu, como no caso da vítima provocadora e irritante, que acaba agredida pelo acusado após levá-lo ao descontrole emocional. Há ocasiões em que a vítima verdadeiramente “contribui” para o crime, pelo que o juízo de censura que recai sobre a conduta do réu deve ser reduzido. Na colocação de Mirabete (2005),

“estudos de vitimologia demonstram que as vítimas podem ser ‘colaboradoras’ do ato criminoso, chegando-se a falar em ‘vítimas natas’ (personalidades insuportáveis, criadoras de casos, extremamente antipáticas, pessoas sarcásticas, irritantes, homossexuais e prostitutas, etc.). Maridos verdugos e mulheres megeras são vítimas potenciais de cônjuges e filhos; homossexuais, prostitutas e marginais sofrem maiores riscos de violência diante da psicologia doentia de neuróticos com falso entendimento da justiça própria. Quem vive mostrando sua carteira recheada de dinheiro aumenta as probabilidades do furto e do roubo; o adúltero há de ser morto pelo cônjuge. A jovem de menor pudor pode induzir o agente de estupro ou atentado violento ao pudor pelas suas palavras, roupas e atitudes imprudentes, etc. Tais comportamentos da vítima, embora não justifiquem o crime, diminuem a censurabilidade da conduta do autor do ilícito, implicando abrandamento da pena”.

Embora haja uma carga de ultrapassado preconceito em tais afirmações (afinal, a simples orientação sexual de uma pessoa, fruto da complexidade do ser humano, não pode, por si só, beneficiar o infrator que se sentiu “ofendido” com o comportamento de terceiro, contrário ao seu pensamento individual. Os trajes de uma mulher, dentro de sua liberdade individual, ou mesmo seu comportamento social não podem, por si só, servir de fundamento para o abrandamento da pena do agressor – vide a “Marcha das Vadias”, que protesta justamente contra tal linha de pensamento), é inegável que há situações em que a vítima “provoca” a ação delitiva. A circunstância então se mostra favorável ao infrator, quando não atenua a pena (art. 65, III, “c”, do CP).

Todavia, quando a vítima nada faz para estimular a ação criminosa, notadamente quando busca evitar a prática ilícita, reagindo à ação delitiva, pedindo socorro, entrando em luta corporal com o autor ou tentando fugir de seu algoz, não entendemos por que tal comportamento não possa ser considerado desfavorável ao réu, que praticou o crime apesar da reação

da vítima, que tentou evitá-lo, tendo o agente, mesmo diante das dificuldades impostas pelo sujeito passivo, optado por prosseguir na prática ilícita, merecendo, por conseguinte, maior censura social e consequente exasperação da pena.

Certo é que nem todo delito permite o exame da circunstância judicial em comento, como no caso dos crimes vagos, em que o sujeito passivo imediato é indeterminado e, por essa razão, não se mostra possível a análise da circunstância. O mesmo ocorre no tocante a crimes em que, muito embora haja sujeito passivo determinado, o comportamento da vítima não possui qualquer inferência na sua prática, como no caso da receptação.

Na esfera dos delitos contra o patrimônio, pode-se considerar como atitude da vítima que busca impedir a prática delituosa a adoção de sistema de alarme ou outros métodos de segurança, sendo estes meios indicativos seguros de que pretendeu evitar o crime. Em se tratando de crimes cometidos em âmbito doméstico, temos a situação recorrente do agente que pratica o crime em face da vítima que busca do agressor se esquivar, alterando seu número de telefone, evitando contato pessoal e até mesmo pleiteando judicialmente o seu afastamento. Estes são alguns dentre inúmeros exemplos que podem configurar hipóteses desfavoráveis ao acusado e aptos a acarretar, em consequência, aumento da pena.

A propósito, tais hipóteses são bastante comuns na prática, mas muitas vezes ignoradas quando da prolação da sentença condenatória, em desrespeito às especificidades do feito e à necessidade de individualização da reprimenda.

O entendimento dominante, contudo, é que tal circunstância não deve desfavorecer o condenado. Respeitosamente, discordamos.

A propósito, o Tribunal da Cidadania:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TIPIFICAÇÃO DO ART. 313-A. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DOSIMETRIA. PERSONALIDADE E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTERRUÇÃO DO LAPSO TEMPORAL. ÚLTIMO MARCO INTERRUPTIVO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. CONCEDIDO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO.

1. É entendimento pacífico desta Corte que a ausência de enfrentamento da questão objeto da controvérsia pelo Tribunal a quo impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento, nos termos da Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal.

[...]

4. São reiterados os precedentes desta Corte segundo os quais o comportamento da vítima não deve exasperar a pena-base. Ou seja, essa circunstância judicial será considerada neutra (não interferindo na pena), ou será utilizada favoravelmente ao réu (minorando a pena-base exasperada por outra circunstância judicial), jamais para lhe prejudicar.

[...]

7. Recurso especial parcialmente provido para fixar a sanção definitiva da pena em 2 anos de reclusão. Contudo, concedo habeas corpus, de ofício, para, com amparo nos arts. 109, V, e 110, § 1º, ambos do CP, declarar extinta a punibilidade do recorrente, pela prescrição da pretensão punitiva, no Processo n. 0004149-72.2012.4.05.8300.

(REsp 1528244/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021) – grifei.

E o egrégio TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. REDUÇÃO. NECESSIDADE. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA AFERIÇÃO. DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. 1. A circunstância judicial referente ao comportamento da vítima, presente no artigo 59 do Código Penal, somente pode favorecer o réu ou lhe ser indiferente, nunca servindo como fundamento para elevação da pena-base. 2. A ausência de elementos colhidos durante a instrução para mensurar o dano moral suportado pelas vítimas inviabiliza a fixação de quantum justo e razoável, devendo ser a questão objeto de discussão na esfera cível, onde haverá a devida dilação probatória. 3. Dado parcial provimento ao recurso. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.19.058278-3/001, Relator(a): Des. (a) Marcílio Eustáquio Santos, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10/06/2020, publicação da súmula em 17/06/2020) – grifei.

Delineadas as circunstâncias judiciais, questão tormentosa que se apresenta é a influência de cada uma delas na fixação da pena-base.

Particularmente, consideramos ilógica e contraproducente a fixação aleatória do *quantum* da reprimenda na pena-base, como rotineiramente se observa nas lides forenses, em uma verdadeira “loteria judiciária”. Se o juiz é mais rigoroso, fixa pena-base maior. Se não, a pena permanece próxima ao mínimo, em que pese a presença de várias vetoriais negativas.

Fazer a compensação entre circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis também conduz fatalmente à fixação da pena-base em patamar aquém do recomendável, até porque, como visto, há circunstâncias de improvável negatização ou que sempre beneficiarão o condenado.

Também não somos favoráveis à aplicação de entendimentos sem respaldo na legislação, que sugerem “partir do terço médio” da pena e ir aumentando ou reduzindo na presença de circunstâncias favoráveis ou desfavoráveis ou ainda “partir do máximo” e ir reduzindo a pena na presença de circunstâncias favoráveis.

Assim, na tentativa de trazer alguma coerência ao sistema, surgiram dois modelos: um deles propõe a elevação de 1/6 aplicada sobre o patamar mínimo por cada circunstância negativa, visto que este é o patamar usual em causas de aumento. Outro prevê a elevação sobre o mínimo abstrato em 1/8 do intervalo entre os patamares mínimo e máximo cominados no preceito secundário do tipo incriminador, já que oito são as circunstâncias judiciais. Observe-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO. PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Nos termos do entendimento desta Corte, considerando o silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram dois critérios de incremento da pena-base, por cada circunstância judicial valorada negativamente, sendo o primeiro de 1/6 (um sexto) da mínima estipulada e outro de 1/8 (um oitavo) a incidir sobre o intervalo de condenação previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador (AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp 1617439/PR, Rel.

Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020).

[...]

(AgRg no REsp 1900150/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021) – grifei.

Embora sempre tenhamos considerado que se deva partir do mínimo cominado, até porque pena fixada no patamar mínimo não necessita de rigorosa fundamentação, nunca concordamos com o critério de 1/6, por carecer de certa lógica matemática. Afinal, como são oito as circunstâncias judiciais, mostra-se hipoteticamente possível a concomitância de mais de seis vetoriais negativas, embora se trate de hipótese de difícil ocorrência.

Imaginemos: autor de roubo com várias condenações anteriores, péssimo comportamento demonstrado em estudo psicossocial, o qual atesta que nunca se dedicou ao trabalho honesto, temido na comunidade por seu reiterado envolvimento em crimes graves, ataca um casal de idosos em sua residência e os agride violentamente, levando o dinheiro da aposentadoria, que não é recuperado, visando, com sua conduta, adquirir

drogas para comercialização. Poderíamos negatar as vetoriais da culpabilidade, dos antecedentes, das circunstâncias do crime, dos motivos do crime, da personalidade, da conduta social e das consequências do crime, sem falar no comportamento das vítimas, que nada fizeram para estimular a ação do réu, estando no recesso do lar quando foram atacadas. Grosso modo, percebem-se facilmente sete vetoriais negativas).

Se considerarmos a lógica de 1/6 da pena-base para cada circunstância, a pena dobraria em 6/6, atingindo o limite possível na espécie. Iríamos para 7/6? 8/6? A conta não fecha, até porque nunca atingiríamos o máximo abstrato.

Assim, por uma questão de lógica jurídica, sempre comungamos com o entendimento de que *o aumento por cada circunstância judicial desfavorável deve representar um oitavo do intervalo entre o mínimo e o máximo abstratos*, já que oito são as circunstâncias judiciais.

A título de ilustração, no caso do furto qualificado, um oitavo do intervalo corresponde a exatos 09 meses, visto que a pena cominada varia de 02 a 08 anos.

Logo, quando presente apenas uma circunstância desfavorável, a pena-base será fixada em 02 anos e 09 meses; com duas circunstâncias desfavoráveis, a pena-base será fixada em 03 anos e 06 meses; com três vetoriais negativas, em 04 anos e 03 meses e assim sucessivamente.

Tal entendimento é amplamente aceito no STJ:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO DA QUALIFICADORA REMANESCENTE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. PRESENÇA DE DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO A SEREM SOPESADAS. ELEVAÇÃO MAIS EXPRESSIVA DA BÁSICA. PROPORCIONALIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...). 6. *Diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador.* Deveras, tratando-se de patamar meramente norteador, que busca apenas garantir a segurança jurídica e a proporcionalidade do aumento da pena, é facultado ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada, adotar quantum de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior desvalor do agir do réu. (...) (HC 594.024/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 10/08/2020) – grifei.

Somente desta forma a pena aproximar-se-ia do máximo previsto em lei, ou até o atingiria, se fosse possível a presença concomitante de oito circunstâncias desfavoráveis.

De todo modo, o critério exposto não visa retirar a discricionariedade do julgador. Sempre é possível, no caso concreto, valorar determinada circunstância a maior ou a menor, de acordo com as especificidades do delito. Mas não se pode negar que o critério em análise, que propõe o aumento de um oitavo do intervalo por cada circunstância judicial negativa, traz segurança, clareza e proporcionalidade na aplicação da pena.

Este critério, lógico e objetivo, já consagrado em inúmeras decisões do STJ, busca evitar a malsinada “loteria judiciária”, evitando cominações arbitrárias de pena vinculadas somente ao pensamento individual de cada julgador.

Ainda o STJ:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. PROPORCIONALIDADE DO AUMENTO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL QUANTO A UM DOS DELITOS. SÚMULA 545/STJ. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE EM RELAÇÃO AO CRIME CONFESSADO. SÚMULA 443/STJ. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA INCREMENTO SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL PELA INCIDÊNCIA DAS MAJORANTES. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. Deve ser reconhecida a proporcionalidade do aumento operado na primeira fase da dosimetria. Verifica-se que a pena-base de ambos os réus foi estabelecida em 6 anos de reclusão, dada a presença de três circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam, “culpabilidade”, “circunstâncias” e “consequências” do crime. *Decerto, considerando o critério ideal de aumento de 1/8 por vetorial desabonadora, a incidir sobre o intervalo de pena do crime de roubo (72 meses), chega-se ao incremento de 9 meses por vetorial desabonadora. Assim, revela-se favorável aos pacientes a fixação da básica 24 meses acima do piso legal de 4 anos. [...]*

(HC 433.782/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018) - grifei

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. VALORAÇÃO DE TÍTULOS CONDENATÓRIOS ATINGIDOS PELO PRAZO DEPURADOR DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE DO AUMENTO DA PENA-BASE NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. No caso, ao contrário do sustentado pela impetrante, descabe falar em desproporcionalidade no aumento da básica, pois os parâmetros adotados na dosimetria foram, na verdade, bastante favoráveis ao réu. *Com efeito, estabelecido a fração ideal de aumento de 1/8 (um oitavo) por circunstância judicial desabonadora, fazendo-a incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de furto qualificado (6 anos), chegar-se-ia ao acréscimo da reprimenda em 9 meses, ou seja, em patamar superior ao estabelecido pelas instâncias ordinárias, que limitaram a exasperação a 6 meses.*

Ademais, forçoso reconhecer que existência de três títulos condenatórios a serem sopesados na primeira fase do procedimento dosimétrico permitiria que o incremento da pena-base fosse superior ao critério ideal de 9 meses.

5. Writ não conhecido.

(HC 433.281/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018) – grifei.

E o egrégio TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - REDUÇÃO DA PENNA-BASE - NECESSIDADE - REAPRECIAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. Na conformidade do entendimento condensado na Súmula 28 deste Tribunal, não se qualifica como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão tomada pelo Conselho de Sentença que se apoia em uma das versões apresentadas em Plenário de julgamento. Para fixar a pena-base, deve-se considerar as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Sendo elas, em sua maioria, favoráveis ao réu, deve-se fixar a pena-base no próximo ao mínimo legal. *A jurisprudência tem aceitado, como parâmetro para se chegar a uma exasperação proporcional, o aumento na fração de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo entre as margens mínima e máxima da pena, por cada uma das oito circunstâncias do art. 59, CP.* (TJMG - Apelação Criminal 1.0453.08.014018-0/003, Relator(a): Des.(a) Paulo César Dias, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 02/07/2019, publicação da súmula em 12/07/2019)

Repita-se: o critério não é puramente matemático. É apenas um norteador, um parâmetro, uma linha de raciocínio a orientar o julgador, que sempre pode se afastar do *quantum* sugerido, desde que de modo fundamentado, explicando ao operador do direito porque considerou tal situação mais ou menos gravosa, merecedora de maior ou menor censura social.

Respeitosamente e com a devida vênia a entendimentos contrários, consideramos este o melhor sistema.

4. Da pena provisória (ou intermediária)

Na segunda fase da dosimetria, na pena provisória, incidem sobre a pena-base as circunstâncias agravantes e atenuantes, sem que a lei tenha especificado um *quantum* fixo para aumento ou diminuição.

Novamente comungamos com o entendimento de que a ausência de critérios é prejudicial ao sistema e contribui para a perpetuação da “loteria judiciária”. Assim, também se mostra necessária a devida parametrização da segunda fase da dosimetria.

Interessante é que o Código Penal de 1969 (Decreto-Lei nº 1004, de 21/10/1969), revogado em 1978 sem nunca ter entrado em vigor, trazia um critério objetivo para agravantes e atenuantes, em seu artigo 59: “Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime”.

Mas tal texto nunca teve vigência, pelo que, à míngua de previsão legal, o entendimento que entendemos mais satisfatório utiliza como parâmetro o patamar mínimo fixado para causas de aumento ou diminuição (majorantes e minorantes), estipulado em 1/6 (um sexto), salvo motivo razoável e fundamentado que justifique variação diversa. Nesse sentido, os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt:

O Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando ao prudente arbítrio do juiz. *No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto.* 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). (Tratado de direito penal: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1, p. 708) – grifei.

O Tribunal da Cidadania:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE AMEAÇA. REINCIDÊNCIA. AUMENTO ACIMA DE 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO. [...] 2. Apesar de a lei penal não fixar parâmetro específico para o aumento na segunda fase da dosimetria da pena, o magistrado deve se pautar pelo princípio da razoabilidade, não se podendo dar às circunstâncias agravantes maior expressão quantitativa que às próprias causas de aumentos, que

variam de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). *Portanto, via de regra, deve se respeitar o limite de 1/6 (um sexto)* (HC 282.593/RR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 15/08/2014). 3. Hipótese em que pena foi elevada em 100%, na segunda fase, em face de circunstância agravante, sem fundamentação, o que não se admite, devendo, pois, ser reduzida a 1/6, nos termos da jurisprudência desta Corte.4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 373.429/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 13/12/2016) – grifei.

E o egrégio TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - SEQUESTRO - ROUBO E DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS - ART.148, §1º, IV, C/C ART.157, CAPUT, AMBOS DO CP, C/C ART.24-A, DA LEI Nº11.340/2006 DÚVIDA RELEVANTE ACERCA DA EXISTÊNCIA DOS CRIMES - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO - ABSOLVIÇÃO – NECESSIDADE. - Não estando a versão apresentada pela vítima em consonância com as demais provas produzidas nos autos e, havendo diversas contradições nas declarações por ela prestadas, emergindo fundadas dúvidas a respeito da prática dos crimes narrados na denúncia, deve-se invocar o princípio in dubio pro reo para se absolver o acusado.

V.V. APELAÇÃO CRIMINAL - SEQUESTRO, ROUBO SIMPLES E DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - PALAVRA DAS VÍTIMAS - RELEVÂNCIA - COERÊNCIA COM AS DEMAIS PROVAS COLHIDAS NOS AUTOS - REDUÇÃO DAS PENAS-BASES - NECESSIDADE - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS MAJORITARIAMENTE FAVORÁVEIS AO RÉU - PATAMAR DE EXASPERAÇÃO PELA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA - UM SEXTO.

- É de rigor a manutenção da condenação do acusado se a materialidade e a autoria delitiva foram devidamente comprovadas, sobretudo pelos relatos firmes e coerentes das vítimas que, em crimes desta natureza, praticados na clandestinidade, revestem-se de extrema relevância para o deslinde do caso. - Impõe-se a redução das penas-bases se as circunstâncias judiciais são majoritariamente favoráveis ao réu. - *Embora não exista previsão legal a respeito do quantum, a jurisprudência majoritária é no sentido de que o aumento ou diminuição por força do reconhecimento das agravantes e atenuantes não deve ultrapassar o limite de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base.* (TJMG - Apelação Criminal 1.0481.18.005532-1/001, Relator(a): Des.(a) Jaubert Carneiro Jaques, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 04/08/2020, publicação da súmula em 17/08/2020) – grifei.

Assim, salvo fato específico que justifique maior elevação (a multirrein-cidência e a reincidência específica, por exemplo) ou maior redução (a especial relevância dos motivos do crime, por exemplo), deve-se respei-tar o patamar de 1/6.

Outra questão tormentosa é a possibilidade de agravantes e atenuantes elevarem ou reduzirem a pena acima ou abaixo de seu balizamento legal.

Embora haja inúmeros argumentos a favor (todos defensivos, diga-se de passagem, sustentando que atenuantes podem trazer a pena abaixo do mínimo abstrato em face do princípio da individualização da pena, em atenção ao modelo garantista do direito penal consagrado na Constituição Federal, ao fato do art. 65 do CP afirmar textualmente que atenuantes “sempre” atenuam a pena, dentre outros), consideramos acertado o entendimento já consagrado na Súmula 231 do STJ: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

E referendado pelo Grupo de Câmaras Criminais do TJMG, na Súmula 42: “Nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado”. (unanimidade).

Embora a Súmula 231 se refira expressamente a atenuantes, o mesmo raciocínio vale para agravantes, por uma questão de isonomia, como bem exposto na Súmula 42, não podendo também ser ultrapassado o teto previsto na norma face à incidência de tais circunstâncias.

Logo, com a devida vênia a visões e posicionamentos contrários, continuamos sustentando o entendimento já consagrado de que atenuantes e agravantes se limitam ao *quantum* abstrato trazido no tipo. Afinal, agravantes e atenuantes são circunstâncias periféricas que não podem aumentar ou reduzir o juízo de reprovação jurídica que o legislador fixou para a conduta em patamares que extrapolem o permissivo legal.

Assim, os enunciados das súmulas citadas, embora não tenham caráter vinculante, efetivamente espelham a melhor orientação sobre o tema. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. IMPRESTABILIDADE DA ARMA DE FOGO. AFASTAMENTO DO AUMENTO DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INAPLICABILIDADE NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. WRIT NÃO CONHECIDO E, NO MAIS, ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO APENAS EM PARTE. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. “Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que ‘De acordo com a Súmula n. 231 do STJ, descabe a

redução da pena na segunda fase da dosimetria a patamar aquém do mínimo legal em razão da existência de circunstância atenuante, no caso, a menoridade relativa' (HC n. 404.340/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, Dje de 20/3/2018, grifei). Precedentes (AgRg no AREsp 1.261.222/RN, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 4/6/2018). 3. A jurisprudência desta Corte Superior está sedimentada no sentido de que a utilização de arma desmuniada ou sem potencialidade para realização de disparo, utilizada como meio de intimidação, serve unicamente à caracterização da elementar grave ameaça, não se admitindo o seu reconhecimento como a causa de aumento de pena em questão. 4. Writ não conhecido e, no mais, ordem concedida, de ofício, em parte, apenas para reduzir a pena para 5 anos e 4 meses de reclusão.

(HC 445.043/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 06/03/2019).

Por fim, outro ponto relevante a influir na dosagem da pena provisória é a questão da “preponderância” das circunstâncias agravantes e atenuantes, conforme previsto no art. 67 do CP:

Art. 67 - 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.

Esta “preponderância” sempre foi extremamente tormentosa. Há quem defenda que sequer deveria existir:

(...) não existe fundamento científico para a preponderância, em abstrato, de determinadas circunstâncias sobre as demais, sejam elas objetivas ou subjetivas, porque o fato criminoso, concretamente examinado, é que deve indicar essa preponderância. (Mirabete, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal I *apud* Cezar Roberto Bitencourt. Tratado de Direito Penal I. São Paulo. Editora Saraiva. 2017. P. 584).

De todo modo, a lei elenca como “preponderantes” as circunstâncias que derivam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. Todas de caráter pessoal. A reincidência é sempre preponderante, por expressa previsão legal, até porque sugere propensão à vida criminosa.

A menoridade também é considerada preponderante (para alguns, incidindo até mesmo sobre a reincidência), visto que se relaciona à personalidade ainda em formação do indivíduo. O mesmo raciocínio vale para a senilidade, preponderante pela gradual perda das faculdades mentais com a idade avançada, o que afeta o poder decisório do indivíduo.

A confissão também é citada com possível preponderância sobre as demais, por supostamente demonstrar arrependimento e indícios de ressocialização, influenciando na personalidade.

Por fim, os motivos do crime, desde que relevantes e altruístas (atenuantes) ou especialmente reprováveis (agravantes), também são considerados preponderantes. Difícil a aplicação prática, como se percebe.

No concurso de uma circunstância preponderante com outra que não o seja, a solução é simples: aplica-se a preponderante. No concurso de duas circunstâncias preponderantes, tem-se entendido que uma anula a outra, o mesmo valendo quando do concurso de duas circunstâncias não preponderantes.

Mas não é tão simples e as dúvidas são comuns. O Pretório Excelso tem entendimento consolidado de que a reincidência prepondera sobre a confissão:

O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, “a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada” (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual (HC 105.543/MS, j. 29/04/2014).

Sempre comungamos com tal entendimento, pois, se a reincidência indica que a pena dantes aplicada não foi suficiente para afastar o réu da senda do crime, as confissões que atualmente se percebem nas lides forenses nada têm de espontâneas. Quando muito, são voluntárias e raramente demonstram arrependimento.

De fato, após a minirreforma processual de 2008, com o deslocamento do interrogatório para o final da instrução, o que se percebe (na verdade salta aos olhos) é que a confissão no interrogatório é vinculada à qualidade da prova colhida no processo. Se prejudicial ao réu, quando se percebe que a condenação é inevitável, confessa para obter a atenuante. Se duvidosa ou, na visão da defesa, insuficiente, utiliza o direito constitucional ao silêncio ou nega a autoria.

Nada mais existe daquela “espontaneidade” trazida no texto original do CP, inicialmente dirigida a criminosos que confessassem infrações das quais sequer eram suspeitos diretos, facilitando a investigação e a posterior *persecutio criminis in judicio*.

Logo, consideramos que a reincidência prepondera sobre a confissão, até porque possui expressa previsão legal.

O STJ, contudo, tem entendimento diverso, permitindo a compensação, com a ressalva de que, em caso de múltiplas condenações anteriores, a compensação não pode ser total, mas, quando muito, parcial. Afinal, seria um contrassenso uma confissão anular quatro ou cinco condenações anteriores. Assim, uma delas pode perfeitamente compensar a atenuante, enquanto as demais elevam a pena na segunda fase, quando, obviamente, não tiverem sido utilizadas para elevar a pena-base nos antecedentes, o que acarretaria intolerável *bis in idem*.

A respeito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. 1ª FASE. ANÁLISE NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL COM BASE EM ANOTAÇÕES CRIMINAIS. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSÃO. 2ª FASE. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. NÃO CARACTERIZADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MULTIRREINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

IV - Embora reconhecida a atenuante da confissão no presente caso, é inviável a compensação integral com a agravante, considerando que o paciente é efetivamente multirreincidente. Com efeito, em se tratando de agente que ostenta mais de uma sentença configuradora de reincidência (cinco), a compensação deve ser parcial. Assim, demonstrada a multirreincidência, o paciente faz jus à compensação parcial, de forma que nenhuma censura merece o quantum estabelecido pelo v. acórdão impugnado, que se mostra proporcional.

Habeas corpus não conhecido. [...]

(HC 521.082/MG, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 19/11/2019) – grifei.

5. Da pena definitiva

Na terceira fase da dosimetria, tratamos do concurso de causas de aumento e diminuição. Neste ponto também há importantes aspectos a considerar, uma vez que a discricionariedade do julgador não deve ser absoluta na escolha do *quantum* de aumento ou diminuição.

A princípio, a súmula 443 do STJ nos traz um relevante balizamento: “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo cir-

cunstandiado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”.

Obviamente, tal interpretação não pode se restringir somente ao roubo circunstanciado (ou majorado), mas a qualquer situação análoga. Assim, a presença de duas majorantes, como o emprego de arma branca e o concurso de pessoas, por si só, não serve de justificativa para elevação das penas em patamar superior ao mínimo de 1/3 (em uma previsão legal de 1/3 à metade trazida no § 2º do art. 157 CP), devendo o juiz demonstrar, em cada caso concreto, as razões que o levaram a elevar a pena provisória, sobre a qual incide a pena final, em patamar superior ao mínimo, reflexo de um maior juízo de reprovação jurídica sobre o fato.

Especificamente quanto ao roubo, várias são as hipóteses passíveis de justificar o acréscimo superior ao mínimo: o elevado número de agentes, a presença de várias armas brancas com real poder intimidante, a restrição da liberdade da vítima por tempo considerável, causando-lhe profundo temor, dentre outras, cabendo sempre lembrar que a mesma circunstância não pode ser considerada em duplicidade. A título de exemplo, se o juiz considerou o número de agentes para elevar a pena-base na vetorial das circunstâncias do crime, não pode novamente considerar tal fato na terceira fase.

Interessante questão se apresenta no parágrafo único do artigo 68 do CP e tem sido objeto de muita divergência:

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

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Como visto, o juiz pode, na presença de várias causas de aumento ou diminuição, aplicar somente uma delas, a que mais aumente ou a que mais diminua. **Ênfase no “pode”, tratando-se obviamente de uma possibilidade, um permissivo legal e não uma obrigação, um dever, uma norma cogente.** Logo, de modo devidamente fundamentado, o juiz pode aplicar todas as causas de aumento ou diminuição existentes, desde que, obviamente, explique suas razões de decidir.

Em um exemplo prático, alteração legislativa recente (Lei 13654/2018) retirou, no crime de roubo, o emprego de arma de fogo do § 2º, inciso I,

do artigo 157 do CP, deslocando-o para o § 2º-A e alterando o *quantum* do aumento de 1/3 à metade para uma elevação fixa de 2/3.

Art. 157. (...)

§ 2º-A. A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços):

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo.

Hipótese comum nas lides forenses é o concurso entre duas diferentes causas de aumento no roubo, previstas em momentos distintos do tipo incriminador: o concurso de pessoas e o emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, inciso II, e § 2º-A, inciso I, do CP). Neste exemplo, pode o juiz, a depender do caso concreto, tanto aplicar a causa que mais aumente (§ 2º-A), elevando a pena provisória em 2/3, quanto aplicar, de modo escalonado, ambas as majorantes. Desde que fundamente, por óbvio. Demonstra-se:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE PESSOAS. RESTRIÇÃO À LIBERDADE. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO CUMULATIVA DAS CAUSAS DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. *No crime de roubo circunstanciado, a aplicação cumulativa das causas de aumento de pena relativas ao concurso de pessoas, à restrição à liberdade e ao emprego de arma de fogo é possível quando fundamentada a necessidade do emprego cumulativo da reprimenda, atendendo-se os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.*

2. Mantém-se integralmente a decisão agravada cujos fundamentos estão em conformidade com o entendimento do STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1876138/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 05/03/2021) – grifei.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO.

CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS DUAS CAUSAS DE AUMENTO. INDICAÇÃO DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

I - É pacífico no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que «A teor do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, é possível, de forma concretamente

fundamentada, aplicar cumulativamente as causas de aumento de pena previstas na parte especial, não estando obrigado o julgador somente a fazer incidir a causa que aumente mais a pena, excluindo as demais. Precedentes.” (AgRg no AREsp n. 1.632.669/SE, Sexta Turma, Rel. Min.

Sebastião Reis Júnior, DJe de 09/09/2020). Precedentes.

II - In casu, forçoso reconhecer que as causas de aumento foram aplicadas com a devida fundamentação pelo juízo sentenciante, com remissão às peculiaridades do caso em comento, quais sejam, número de agentes e a forma de violência empregada no crime, pois o *modus operandi* do delito, como narrado, não se confunde com a mera descrição típica das majorantes reconhecidas, refletindo especial gravidade.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1886978/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020) – grifei.

Por fim, embora o art. 68 do CP sugira que causas de diminuição devem incidir antes das causas de aumento, pela ordem de previsão dos institutos, tal premissa não faz a menor diferença prática, pois o resultado matemático será sempre o mesmo, não importa se a minorante foi aplicada em primeiro ou segundo lugar.

6. Da pena de multa

O sistema de dias-multa surgiu em nosso país pela primeira vez no Código Criminal do Império de 1830, que, em seu artigo 55, previa:

Art. 55. A pena de multa obrigará os réus ao pagamento de uma quantia pecuniária, que será regulada pelo que os condenados puderem haver em cada dia pelos seus bens, empregos ou indústria, quando a lei especificamente não a designar de outro modo.

O Código Penal atual, em sua redação original, não previa tal sistema, determinando a fixação da reprimenda em valor pecuniário: “Art. 35. A pena de multa consiste no pagamento, em selo penitenciário, da quantia fixada na sentença”.

Como consequência, mostrava-se tormentosa a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, como previa o art. 38 daquele *códex*, visto que se convertia dinheiro em tempo de prisão.

Art. 38. A multa converte-se em detenção, quando o condenado reincidente deixa de pagá-la ou o condenado solvente frustra a sua cobrança.

Modo de conversão

Parágrafo único. A conversão da multa em detenção é feita à razão de dez mil réis por dia, até o máximo de um ano, não podendo, porém, ser ultrapassado o mínimo da pena privativa de liberdade, cumulativa ou alternativamente cominada ao crime.

Assim, a reforma penal de 1984 (Lei nº 7209/84) trouxe solução simples e inteligente para a questão, adotando expressamente o sistema de dias-multa, deixando a conversão vinculada a uma mera alteração de índices: a cada dia-multa corresponderia um dia de prisão.

Art. 49. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Ocorre que em 1996, com o advento da Lei nº 9268/1996, a pena de multa tornou-se dívida de valor e sua cobrança passou a sujeitar-se às regras da Lei de Execução Fiscal, não mais sendo possível a conversão em prisão. O sistema de dias-multa, com a devida vênia, perdeu sua utilidade.

De todo modo, sempre foi tormentosa a questão da fixação da quantidade de dias-multa (o valor de cada dia-multa nunca foi problema, pois é subordinado à capacidade econômica do réu, com limites definidos em lei). Surgiram as mais variadas correntes, das quais destacamos as três principais.

A primeira sustenta que o único critério a ser utilizado é a condição econômica do réu.

A segunda sustenta que a pena de multa não deve levar em conta as três fases da dosimetria, relacionando-se apenas à primeira, afastando da pena pecuniária as agravantes, atenuantes, causas de aumento e causas de diminuição de pena.

A terceira, a qual julgamos mais lógica e acertada, sustenta que o modelo de fixação da pena de multa é bifásico: em um primeiro momento se estipula a quantidade de dias-multa, segundo o já consagrado sistema trifásico (pena-base, pena provisória e pena definitiva). Em um segundo momento, fixa-se o valor de cada dia-multa, em atenção à condição econômica do réu, variando de 1/30 do salário-mínimo vigente até 5 (cinco) vezes este indexador. Assim, em valores atuais, em que o salário-mínimo corresponde a R\$ 1.100,00 (um mil e cem reais), cada dia-multa pode variar de R\$ 36,66 (trinta e seis reais e sessenta e seis centavos) até R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais), atingindo todas as vertentes econômicas da sociedade.

Logo, para a estipulação da pena de multa, primeiro o julgador determina a quantidade de dias-multa e depois o valor de cada um deles.

A ausência de regras claras quanto à determinação da quantidade, contudo, sempre levou a decisões totalmente desencontradas e desarrazoadas, isto porque não há proporcionalidade, na maioria dos casos, entre a quantidade de pena de prisão e a quantidade de dias-multa prevista em lei, a qual, como regra geral, varia de 10 a 360 dias-multa.

As penas de multa tendiam a se aproximar do mínimo legal, restando absolutamente inócuas.

Todavia, o excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento de um dos mais importantes processos de nossa história recente, a Ação Penal 470, conhecida como o “processo do mensalão”, o ilustre Ministro Ricardo Lewandowski apresentou brilhante voto aos seus pares, criando, pela primeira vez, verdadeira proporcionalidade entre as penas de prisão e multa, fazendo uma regra de três entre os valores mínimos e máximos de cada reprimenda.

O voto é autoexplicativo:

AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

V O T O

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR):

DOSIMETRIA

PENA PECUNIÁRIA

[...]

No sistema atual, após a modificação promovida pela Lei 9.268/1996, o Código Penal brasileiro passou a considerar a multa somente como dívida de valor, suprimindo a hipótese de conversão em pena privativa de liberdade em caso de sua não satisfação.

Temos, a partir de então, uma pena pecuniária de natureza híbrida. Ou seja, de natureza penal e fiscal ao mesmo tempo. De toda sorte, não há uma metodologia que encaminhe o julgador a um critério puramente objetivo quanto à sua fixação.

Por outro lado, penso que o juiz deve levar em consideração alguns princípios constitucionais fundamentais, tais como o da razoabilidade, proporcionalidade, o do não confisco e o princípio da individualização da pena.

Outra garantia da qual não podemos nos afastar é a prevista no art. 5º XLV, que dispõe que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento

de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Vale lembrar, também, no que toca à pena de multa, que essa não se confunde com o confisco penal, nem com a perda do produto ou instrumento do crime. São coisas distintas.

É com esse espírito que proponho à Corte a adoção de um critério mais objetivo e que se aproxime, a meu sentir, dos ditames constitucionais.

Com efeito, há três correntes doutrinárias quanto à aplicação da pena de multa. A primeira, capitaneada por Fernando Capez, defende que o único critério a ser utilizado pelo magistrado na fixação da quantidade dos dias-multa deve ser a situação econômica do réu. Uma segunda corrente, na qual se insere Damásio de Jesus, propugna que, embora o critério para fixação do quantum seja a culpabilidade do agente, deve ser afastado do cálculo a incidência de agravantes ou atenuantes, bem como de causas de aumento e diminuição de pena. A terceira corrente, a qual perfilho e utilizei na dosimetria da pena de multa que fixei inicialmente, entende que a aplicação da pena de multa não pode se afastar do critério trifásico idealizado por Nelson Hungria para aplicação das penas em geral.

Essa afirmação tem embasamento na própria redação do art. 59 do Código Penal, in verbis:

“Art. 59 - *O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:*

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível” (grifei).

Note-se pela própria redação do mencionado dispositivo que na primeira fase da dosimetria o magistrado estabelecerá as penas aplicáveis entre as cominadas. O art. 59, portanto, não está dirigido apenas às penas privativas de liberdades, mas a todas as penas abstratamente cominadas ao delito. Desse modo, inclui-se, quando prevista, a pena de multa.

O que proponho nesse momento é tão somente um pequeno ajustamento na fixação da pena-base de multa, sem me afastar, portanto, do critério trifásico anteriormente utilizado.

Assim, tomemos como exemplo o delito de corrupção passiva, cuja pena cominada é reclusão de 2 a 12 anos e multa.

Na primeira fase da aplicação da pena, em relação à pena privativa de liberdade, o julgador pode percorrer 10 (dez) anos, entre o máximo e o mínimo da pena abstratamente cominada. Já em relação a pena de multa, conforme dispõe o art. 49 do Código Penal, ela será fixada entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, ou seja, o intervalo que pode ser percorrido pelo magistrado, qualquer que seja o crime, será sempre de 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa.

A minha proposição é que levemos em consideração na fixação da pena de multa a mesma proporção que “caminhamos” na pena privativa de liberdade.

Assim, se para o crime de corrupção passiva, tendo em conta as circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59, o julgador fixa a pena-base 1 (um) ano acima do mínimo legal, isto significa que ele caminhou 1/10 do que poderia, pois a pena prevista para o crime do art. 317 é de 2 a 12 anos de reclusão.

A pena de multa, portanto, deverá também “caminhar” 1/10 dos 350 possíveis, fixando-a em 45 dias-multa (10 do mínimo e mais 35 que equivale a 1/10 dos 350 que poderiam ser acrescidos).

Nas demais fases, o magistrado deverá aplicar a mesma proporcionalidade em relação à pena privativa de liberdade. Dessa forma, se, por exemplo, aumentar a pena em 1/6, tendo em consideração alguma circunstância agravante, aumenta também em 1/6 a pena de multa. De maneira semelhante, se na terceira fase aplicar qualquer causa de aumento ou diminuição, o percentual utilizado será igual em ambas as penas.

Por fim, na fixação do valor do dia-multa, o juiz deverá atentar sobretudo à situação econômica do réu, de modo que o quanto final atenda aos seus propósitos.

Com arrimo nesse critério, exemplifico como ficaria a pena de multa do réu *MARCOS VALÉRIO*, tomando por base a pena privativa de liberdade que prevaleceu no julgamento colegiado.

1) Corrupção ativa - Câmara dos Deputados.

A pena abstratamente considerada foi reclusão de 1 a 8 anos, uma vez que a consumação ocorreu antes da Lei 10.763/2003.

A pena-base foi fixada em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

O relator, portanto, acresceu 2 anos e 6 meses ao mínimo legal de 1 (um) ano, ou seja, 2,5 dos 7 possíveis. Assim, a pena-base da pena de multa seria 135 dias-multa, aplicada uma regra de três simples.

Na segunda fase, foi acrescido 1/6 tendo em consideração a agravante do art. 62, I, do CP. A pena privativa de liberdade foi elevada para 4 anos e 1 mês, o que eleva a pena de multa para *157 dias-multa*, tornada definitiva ausentes quaisquer outras causas que pudessem influenciar no quantum.

Observo que essa proposta está próxima da pena fixada pelo relator que foi de 180 dias-multa.

(STF - AP 470 Minas Gerais - fls. 59.628/59.634 - numeração do acórdão: fls. 8.013/8.019 - 06/12/2012 - Plenário) - grifos no original.

O raciocínio do ilustre Ministro, seguido pela maioria de seus pares, mostra-se irrepreensível, trazendo pela primeira vez verdadeira proporcionalidade entre penas de naturezas distintas.

A pena de multa deve ter como parâmetro as mesmas circunstâncias judiciais consideradas para a fixação da pena privativa de liberdade, sob pena de serem violados princípios constitucionais fundamentais, tanto explícitos, como a individualização da pena, quanto implícitos, como a proporcionalidade.

Assim, se a pena de prisão se aproxima do máximo abstrato, a pena de multa também deve respeitar tal proporção. Se a pena de prisão se encontra próxima ao mínimo, a pena de multa também deve estar em idêntico patamar. Simples raciocínio lógico a afastar a malfadada política da pena mínima e as penas de multa inócuas e irrelevantes rotineiramente vistas nas lides forenses.

No “mensalão”, o excelso STF, de forma irrepreensível, aplicou uma regra de três, na qual os fatores são compostos da diferença entre as penas privativa de liberdade máxima e mínima e a quantidade de dias-multa.

Na verdade, nunca houve real proporcionalidade entre as penas de prisão e multa até a decisão do STF na AP 470. O que ocorria era que os intervalos eram por demais díspares, não sendo possível, sem um raciocínio matemático, atingir-se real equivalência. No critério até então adotado, partindo-se da pena mínima de 10 dias-multa, nunca, absolutamente nunca seria possível chegar a patamar remotamente próximo ao máximo abstrato de 360. No critério defendido no julgamento da AP 470, se a pena de prisão superar o máximo abstrato, a pena de multa também irá superá-lo; se a pena de prisão permanecer no mínimo, a pena de multa também permanecerá.

No tráfico de drogas, a título de ilustração, o legislador já cominou penas proporcionais de multa e prisão: 05 a 15 anos de prisão e 500 a 1500 dias-multa. Ali não é necessário qualquer cálculo, pois as penas já são proporcionais.

Para maior clareza, vejamos mais um exemplo prático, em um caso hipotético de condenação por roubo simples praticado por indivíduo reincidente e com antecedentes desabonadores, culpabilidade intensa e circunstâncias do crime desfavoráveis (três vetoriais negativas) em que a

pena-base foi fixada em 06 anos e 03 meses de reclusão (três oitavos do intervalo sobre o mínimo) e a pena provisória foi elevada em um sexto pela reincidência, sem causas de aumento ou diminuição, tornada definitiva em *07 anos, 03 meses e 15 dias de reclusão*:

Pena-base: 06 anos e 03 meses de reclusão, ou 2,25 *anos* acima do mínimo.

Diferença entre o mínimo e o máximo cominados: 06 anos

Diferença entre o mínimo e o máximo para a pena de multa: 350 *dias-multa*.

Logo:

2,25 está para 6 assim como X está para 350, sendo X a quantidade de dias-multa que se quer estipular.

Assim:

$$6X = 2,25.350$$

$$6X = 787,50$$

$$X = 787,50/6$$

$$X = 131,25$$

A este *quantum* deve ser somado o mínimo de 10 dias-multa, perfazendo o total de 141 dias-multa (já arredondando), representando a pena-base.

Com a elevação em um sexto pela reincidência e sem outras alterações, a pena de multa restará definitiva em *164 dias-multa*.

Constata-se real proporcionalidade. A pena de prisão foi estipulada no terço médio, superior a 07 anos de reclusão, em um permissivo legal de 04 a 10 anos. A pena de multa também foi fixada no terço médio, em 164 dias-multa, em um permissivo de 10 a 360 dias-multa.

Como dito, este é o único critério até hoje criado que representa real proporcionalidade entre pena privativa de liberdade e pena de multa. Sustentamos, respeitosamente, seu acerto e aplicação a todos os casos em que haja cominação de pena pecuniária com previsões díspares de penas de multa e prisão, como ocorre na maioria dos tipos penais.

7. Do concurso de infrações

Em caso de concurso de infrações, as regras são claras e objetivas, mas sempre há questões que geram dúvidas e demandam maiores discus-

sões. A princípio, dois são os sistemas aplicáveis na hipótese: o sistema do cúmulo material (previsto no concurso material – art. 69 do CP e no concurso formal impróprio – art. 70, 2ª parte do CP) e o sistema da exasperação (previsto no concurso formal próprio – art. 70, 1ª parte do CP e no crime continuado simples e específico – art. 71, *caput* e seu parágrafo único, do CP).

A boa técnica recomenda que o juízo sentenciante estipule a pena em separado para cada uma das infrações, passando por todas as fases da dosimetria, inclusive no que concerne à pena de multa, quando houver. Todavia, quando idênticas as circunstâncias a serem analisadas pelo julgador, os tribunais têm considerado aceitável a análise conjunta, com a fixação de apenas uma reprimenda penal, já que idênticas para todos os crimes. Particularmente, consideramos que os tribunais, embora percebam a deficiência em tal arranjo, não reconhecem a nulidade da sentença por simples ausência de prejuízo às partes, mas tal análise conjunta não prima pela boa aplicação da técnica jurídica. Assim, seguimos sustentando que as penas devem ser fixadas para cada crime, isoladamente, o que se justifica inclusive para fins prescricionais, na forma do art. 119 do CP, pois os prazos se contam para cada crime, individualmente.

De todo modo:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIMES DE ROUBO - NULIDADE - AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO DA PENA ISOLADAMENTE PARA CADA DELITO - INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO - PRELIMINAR REJEITADA. OFENSA AO

PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO - OCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO NA DENÚNCIA DE DOIS DOS QUATRO CRIMES DE ROUBO - PRELIMINAR ACOLHIDA PARA DECOTAR DA CONDENAÇÃO DOIS CRIMES DE ROUBO. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO - INVIABILIDADE - OFENSA À PATRIMÔNIOS DISTINTOS - CONCURSO FORMAL CARACTERIZADO - FRAÇÃO DE AUMENTO DECORRENTE DO RECONHECIMENTO DE MAJORANTES - REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO SOMENTE PELO NÚMERO DE CAUSAS DE AUMENTO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1- *Embora não constitua a melhor técnica a realização de uma única análise do critério trifásico para todos os delitos praticados em concurso formal, não há que se falar em nulidade se não restou qualquer prejuízo à defesa, ainda mais quando se tem em mente que eventuais falhas na aplicação da pena são passíveis de correção nesta instância.*

2- Se a inicial acusatória narra a ofensa, pela conduta dos réus, de apenas 02 (dois) patrimônios e não de 04 (quatro), somente pode ser reconhecida a prática de 02 (dois) crimes de roubo, sob pena de

ofensa ao princípio da correlação. 3- A Súmula 442 do STJ dispõe que "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

4- Os agentes que, mediante uma única ação, subtraem pertences de duas pessoas, dirigindo ameaças a ambas, praticam 02 (dois) delitos de roubo em concurso formal, nos termos do art. 70 do CP, sendo irrelevante o fato de fazerem parte da mesma família.

(TJMG - AP 1.0209.14.002529-4/001- 5ª Câmara Criminal – Relator: Des.(a) Júlio César Lorens - Data do Julgamento: 15/09/2015 - Data da Publicação: 23/09/2015) – grifei.

Na regra do cúmulo material é feito um somatório simples, o que torna a operação pouco complexa. Todavia, questão tormentosa é quando ocorre a aplicação de diferentes penas privativas de liberdade: reclusão, detenção ou prisão simples, forma ainda existente nas contravenções, mas com sua aplicação mitigada pelas medidas despenalizadoras da lei do Juizado Especial Criminal.

A execução penal se torna tormentosa com a fixação da pena, a título de exemplo, em 05 anos e 04 meses de reclusão e 11 meses de detenção, por vezes com diferentes regimes prisionais. Por tal motivo, recentemente se tem admitido a soma simples de penas de naturezas distintas, já que todas são de mesma espécie: privativas de liberdade. Assim, o exemplo anterior se resolveria com um somatório único e o mesmo regime prisional inicial: *06 anos e 03 meses de prisão em regime inicial semiaberto*, mantendo o exemplo anterior. A execução penal se torna evidentemente mais clara e objetiva, facilitando o acompanhamento desta fase final do processo. Ademais, o projeto do novo Código Penal em discussão no Congresso Nacional (PLS 236/2012, em seu artigo 45) já elimina a dicotomia reclusão/detenção, transformando o instituto, de modo mais lógico, em prisão.

A respeito:

HABEAS CORPUS. REGIME PRISIONAL. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. ART. 111 DA LEP. RÉU APENADO COM PENA DE RECLUSÃO E DE DETENÇÃO. SOMATÓRIO DE AMBAS AS REPRIMENDAS PARA FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Concorrendo penas de reclusão e detenção, ambas devem ser somadas para efeito de fixação da pena, porquanto constituem reprimendas de mesma espécie, penas privativas de liberdade. Inteligência do art. 111 da Lei 7.210/84.

2. Constatado que o paciente foi condenado à pena total superior a 4 anos, cabe a fixação do regime inicial semiaberto (art. 33, § 2º, b, do Código Penal).

3. Ordem denegada.

(HC 79.380/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 22/09/2008) Ainda, a propósito, o julgado do Pretório Excelso:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA ÀS REGRAS DE UNIFICAÇÃO DAS PENAS DE DETENÇÃO E RECLUSÃO:

INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. O art. 111 da Lei de Execução Penal estabelece que, em condenação por mais de um crime, para a determinação do regime de cumprimento considera-se o resultado da soma ou unificação das penas, independentemente de serem de detenção ou reclusão.

2. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que a soma ou unificação das penas em execução definem o regime prisional de seu cumprimento, podendo o resultado implicar a regressão. Precedentes.

3. Recurso ao qual se nega provimento. (RHC 118.626, Rel. Ministro CÂRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013, 02/12/2013).

Ademais, no mesmo sentido: REsp 1.544.390/MT, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 02/06/2017; HC 372.996/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 11/04/2017; REsp 1564910/MT, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 06/04/2016; REsp 1.468.202/MS, Relator Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 09/10/2014.

Na espécie, a somatória das penas privativas de liberdade impostas ao recorrido ultrapassa 8 anos de reclusão, razão pela qual deve ser estabelecido o regime inicial fechado para desconto da sanção.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para fixar o regime inicial fechado para cumprimento das reprimendas impostas ao recorrido.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de agosto de 2017.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO Relator (grifei).

Na regra da exasperação, a lógica é a mesma. O juiz deve fixar a pena para cada um dos crimes isoladamente. Se idênticas, aplica-se apenas uma delas, exasperada. Se diversas, aplica-se a maior, também exas-

perada. O *quantum* da exasperação, por sua vez, é objetivo e vinculado ao número de infrações. Os critérios consolidados na jurisprudência e na doutrina, de amplo conhecimento e aplicabilidade, são os seguintes:

(...) o *quantum* de aumento no concurso formal e no crime continuado deve ter como base o número de infrações penais praticadas, ou seja, a quantidade de resultados obtidos pelo agente (...).

A par disso, muito embora não se torne uma regra absoluta, os Tribunais Superiores têm adotado os seguintes critérios:

a) Concurso formal (aumento de 1/6 a 1/2):

- 2 (dois) crimes = aumento de 1/6 (um sexto);
- 3 (três) crimes = aumento de 1/5 (um quinto);
- 4 (quatro) crimes = aumento de 1/4 (um quarto);
- 5 (cinco) crimes = aumento de 1/3 (um terço);
- 6 (seis) ou mais crimes = aumento de 1/2 (metade).

b) Crime continuado (aumento de 1/6 a 2/3):

- 2 (dois) crimes = aumento de 1/6 (um sexto);
- 3 (três) crimes = aumento de 1/5 (um quinto);
- 4 (quatro) crimes = aumento de 1/4 (um quarto);
- 5 (cinco) crimes = aumento de 1/3 (um terço);
- 6 (seis) ou mais crimes = aumento de 1/2 (metade);
- 7 (sete) ou mais crimes = aumento de 2/3 (dois terços)".

(SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 190 e 191)

Por fim, se houver concomitância entre o concurso formal e a continuidade delitiva, deve ser aplicado apenas o aumento referente ao crime continuado, considerando-se a maior pena e o número total de crimes para determinação da porcentagem de acréscimo:

(...) Contudo, este Superior Tribunal de Justiça entende que, ocorrendo na hipótese o concurso formal e a continuidade delitiva, deve o primeiro ser afastado, sendo aplicada na terceira fase da dosimetria apenas o disposto no art. 71 do Código Penal, pela quantidade total de delitos, sob pena de *bis in idem*. (HC 441.763/SP, j. 07/06/2018)

A pena de multa possui tratamento diferenciado. A regra é sempre o somatório das penas, não se aplicando o sistema da exasperação, como consta expressamente no art. 72 do CP: “No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente”.

Todavia, o STJ tem entendido que, devido ao crime continuado ser considerado fictamente um crime único, a pena de multa também deve ser única, postura com a qual particularmente não concordamos. De todo modo:

A jurisprudência desta Corte assentou compreensão no sentido de que o art. 72 do Código Penal é restrito às hipóteses de concursos formal ou material, não sendo aplicável aos casos em que há reconhecimento da continuidade delitiva. Desse modo, a pena pecuniária deve ser aplicada conforme o regramento estabelecido para o crime continuado, e não cumulativamente, como procedeu a Corte de origem. (AgRg no AREsp 484.057/SP, j. 27/02/2018)

Assim, entende o Tribunal da Cidadania que na pena de multa a regra da exasperação segue aplicável ao crime continuado, limitando-se o sistema do cúmulo material às demais hipóteses.

8. Do regime prisional

No sistema progressivo, no qual se pretende a gradual reinserção do criminoso na sociedade, três são os regimes previstos: fechado, semiaberto e aberto, na forma do art. 33 do CP:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Os regimes fechado e semiaberto devem ser trazidos na sentença como regimes iniciais, pois admitem progressão. O regime aberto, quando estipulado, não necessita do termo “inicial”, já que não há progressão possível, visto ser o mais brando.

Para os fins deste trabalho, não importam as regras de cada regime, nem os mecanismos de progressão ou regressão. Como estamos discutindo a dosimetria da pena, importa-nos apenas a estipulação do regime neste momento, se inicialmente fechado, inicialmente semiaberto ou aberto. A questão, como entendemos, é pouco tormentosa.

O primeiro critério é objetivo e matemático: pena superior a 08 anos deve ser cumprida inicialmente em regime fechado; pena fixada entre 04 e 08 anos admite o regime inicial semiaberto para o não reincidente; pena inferior a 04 anos admite o regime aberto para o não reincidente.

Assim, não há regime semiaberto ou aberto para penas maiores que 08 anos. Não há regime aberto para penas superiores a 04 anos e inferiores a 08 anos.

O § 3º do art. 33 do CP, contudo, nos traz importante balizamento: a fixação do regime prisional deve levar em conta as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Assim, réu não reincidente com todas as circunstâncias judiciais favoráveis deve seguir as regras acima, vinculadas somente ao *quantum* da pena e dar início ao cumprimento da reprimenda nos termos das alíneas “a”, “b” e “c” do § 2º do art. 33 do CP.

Para reincidentes e/ou réus com circunstâncias judiciais desfavoráveis, a realidade é outra.

Ab initio, é perfeitamente possível a fixação do regime inicial fechado para penas menores que 04 anos envolvendo reincidentes com circunstâncias desfavoráveis, visto que regime mais brando pode não se mostrar suficiente para reparação e prevenção.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. VALOR DA COISA SUPERIOR A 10% (DEZ POR CENTO) DO SALÁRIO-MÍNIMO. RELEVANTE LESÃO AO BEM JURÍDICO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉU REINCIDENTE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO CABÍVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

8. *Os fundamentos utilizados no decreto condenatório constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de réu reincidente, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, deve a reprimenda ser cumprida em regime fechado.*

9. Em interpretação *contrario sensu* da Súmula 269 desta Corte, mostra-se descabida a alegação de desproporcionalidade na imposição do meio prisional mais severo, pois, *nada obstante ser a pena total do réu inferior a 4 anos de reclusão, as circunstâncias judiciais negativas e a sua reincidência indicam a necessidade de imposição do regime fechado.*

10. Não cabe substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porque o paciente é reincidente em crime doloso contra o patrimônio, nos termos do art. 44, II, c/c art. § 3º, ambos do Código Penal.

11. Habeas corpus não conhecido.

(HC 436.593/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018) – grifei.

E o egrégio TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - DELITO DE FURTO QUALIFICADO TENTADO - NEGATIVA DE AUTORIA - PALAVRA SEGURA DO OFENDIDO - BEM LOCALIZADO EM PODER DO AGENTE - CONDENAÇÃO MANTIDA - REGIME PRISIONAL - CONDENADO REINCIDENTE E QUE OSTENTA CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS - CÂRCERE FECHADO – POSSIBILIDADE.

1. A palavra segura do ofendido, que indicou o acusado como aquele que tentou subtrair som automotivo de sua propriedade, e a apreensão do bem subtraído em poder do agente, são circunstâncias que autorizam a ratificação da condenação criminal, pelo delito de furto.

2. *Em se tratando de réu reincidente, e que ostenta circunstâncias judiciais negativas, a título de antecedentes e personalidade, deve cumprir a pena, desde o início, no regime prisional fechado.*

3. Recurso a que se nega provimento. (TJMG - Apelação Criminal 1.0699.16.005751-8/001, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 25/04/2019, publicação da súmula em 03/05/2019) – grifei.

Todavia, a reincidência, por si só, não obriga a imposição do regime fechado como marco inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade. De acordo com o caso concreto, mostra-se aceitável regime mais brando em penas menores que 04 anos para réus reincidentes, notadamente quando as circunstâncias judiciais lhes forem favoráveis, nos termos da Súmula 269 do STJ: “É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

Se desfavoráveis as circunstâncias, como visto, o regime fechado mostra-se realmente mais recomendável.

Já reincidentes condenados a pena superior a 04 anos devem iniciar o cumprimento em regime fechado, como pensamos, ainda que as circunstâncias judiciais lhes sejam favoráveis.

A respeito, o STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCIDENTE CONDENADO A PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE.

1. “É cabível o regime fechado ao condenado reincidente, cuja pena seja superior a 4 anos de reclusão, nos termos do art. 33 do Código Penal, ainda que reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis” (HC 314.296/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, Desembargador convocado do TJSP, SEXTA TURMA, julgado em 14/4/2015, DJe 24/4/2015).

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1712438/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 26/03/2018)

Em se tratando de réus primários com circunstâncias judiciais desfavoráveis, a questão vai se resolver no caso concreto, mostrando-se perfeitamente possível o regime aberto para penas inferiores a 04 anos e o semiaberto para penas superiores a 04 e inferiores a 08 anos, dentro da discricionariedade regrada do julgador, mostrando-se também viável a imposição de regime mais gravoso, desde que de modo fundamentado.

Algumas questões sumuladas pelos tribunais superiores, entretanto, devem ser levadas em conta, como nas súmulas do STJ:

Súmula 440

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Súmula 493

É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto.

Bem como do STF:

Súmula 718

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Quanto aos crimes hediondos, o plenário do excelso Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência dominante no sentido da inconstitucionalidade da fixação de regime inicial fechado obrigatório para cumprimento de pena com base exclusivamente no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos). A decisão ocorreu no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1052700, de relatoria do Ministro Edson Fachin, que teve repercussão geral reconhecida e mérito julgado pelo Plenário Virtual.

Estas regras gerais, como entendemos, resolvem praticamente todas as questões.

9. Considerações finais

Não se pretendeu, de modo algum, esgotar o tema. Existem inúmeras questões relevantes que aqui não foram tratadas, até pela natural limitação de envergadura de um artigo jurídico. Mas o objetivo do presente trabalho, como dito e repetido, sempre foi trazer balizamentos lógicos e critérios objetivos para fixação das penas, muitas vezes estipuladas sem nenhum critério perceptível, com aumentos e reduções extraídas unicamente do pensamento individual de cada julgador, situação que, obviamente, não contribui para a eficácia do sistema e gera insegurança jurídica. Esperamos ter nos aproximado do objetivo traçado e contribuído, dentro dos limites do presente trabalho, para o melhor entendimento do tema.

10. Abreviaturas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

11. Referências

- NUCCI, Guilherme de Sousa. Manual de Direito Penal. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 432/434.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 375/376.
- BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.
- BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.
- BRASIL, Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.
- GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 14ª edição. Niterói, RJ: Impetus, 2020, p. 161/167.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Código Penal Interpretado. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.
- Manual de Direito Penal – Parte Geral. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2005, p. 295.
- TELES, Ney Moura. Direito Penal – Parte Geral. São Paulo: Editora de Direitos, 1996, v. 1.
- <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53958/a-analise-das-circunstancias-judiciais-do-artigo-59-do-codigo-penal-e-a-fixacao-da-pena-base-luz-da-atual-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica>
- <https://jus.com.br/artigos/6232/criterios-para-a-valoracao-das-circunstancias-judiciais-art-59-do-cp-na-dosimetria-da-pena>
- https://pt.wikipedia.org/wiki/Marcha_das_Vadias (movimento citado na análise do comportamento da vítima, quando do estudo da pena-base)
- <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404> (PLS 236/2012)
- <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/> (Jurisprudência em teses)

MARCELO MATTAR DINIZ

O autor é Procurador de Justiça Criminal em Minas Gerais, com atuação na área dos crimes contra o patrimônio e dignidade sexual, além de processos de execução penal. Como Promotor de Justiça, exerceu as funções de coordenador à frente do Caocrim (Centro de Apoio Operacional Criminal), foi conselheiro do Programa Estadual de Proteção às Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (PROVITA), foi membro do Comitê Interinstitucional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, foi gestor estadual da meta ENASP (Estratégia Nacional de Segurança Pública) do CNMP, foi membro do Conselho Penitenciário do Estado e do Conselho Municipal de Políticas sobre Drogas de Belo Horizonte. Possui mestrado em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro, especialização em Direito Público e especialização em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho. É bacharel em Direito pela UFMG. É professor universitário das disciplinas Direito Penal e Direito Processual Penal.