

DOSIMETRIA DA PENA SISTEMA TRIFÁSICO

Espécies de Pena: (art. 32, CP)

- * privativas liberdade
- * restritivas de direitos
- * de multa

Penas Privativas de Liberdade:

ESPÉCIE	REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO
Reclusão (art. 33, CP)	Fechado, semiaberto e aberto
Detenção (art. 33, CP)	Semiaberto e aberto OBS: fechado, somente em caso de regressão
Prisão simples (Dec-lei 3.688 – art. 5º, I)	Semiaberto e aberto. (Dec-lei 3.688 – art. 6º)

Calculo da Pena - SISTEMA TRIFÁSICO

Exp. Motivos reforma de 1984
(...)

51. Decorridos quarenta anos da entrada em vigor do Código Penal, remanescem as divergências suscitadas sobre as etapas da aplicação da pena. O Projeto opta claramente pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no art. 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento. Tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria. Discriminado, por exemplo, em primeira instância, o quantum da majoração decorrente de uma agravante, o recurso poderá ferir com precisão essa parte da sentença, permitindo às instâncias superiores a correção de equívocos hoje sepultados no processo mental do juiz. Alcança-se, pelo critério, a plenitude de garantia constitucional da ampla defesa.

Sistema trifásico para dosimetria da pena. (art. 68 do CP)

“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” (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Pena Base (PB) – Pena Provisória ou Intermediária (PP) – Pena Definitiva (PD).

PENA BASE

Análise das oito circunstâncias judiciais do art. 59 do CP:

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

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.

CULPABILIDADE – grau de reprovabilidade da conduta.

Exp. Motivos reforma de 1984

(...)

50. As diretrizes para fixação da pena estão relacionadas no art. 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo elenco de penas. [Preferiu o Projeto a expressão “culpabilidade” em lugar de “intensidade do dolo ou grau de culpa”, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena.](#) (...)

STJ:

(...)

4. A culpabilidade, para fins do art. 59 do Código Penal, deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censura do comportamento do réu. Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito, mas, sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos do delito. 5. No caso concreto, as instâncias ordinárias sopesaram negativamente a culpabilidade pelo fato de ter o paciente cometido o crime enquanto cumpria pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade pela prática de idêntico delito anterior, nos termos da certidão de execução penal e da sentença condenatória. Trata-se, indubitavelmente, de circunstância que indica maior reprovabilidade da conduta, porquanto atesta a total imunidade de réu ao caráter preventivo individual negativo da pena, bem como a violação do compromisso assumido por ocasião do gozo do regime aberto, o que denota sua falta de senso de responsabilidade e a inalteração de sua postura. Precedentes. (...) (HC 395.522/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017)

(...)

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. Na primeira fase da dosimetria, a culpabilidade deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censurabilidade 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. 4. Na hipótese, ainda que o abuso de confiança configure a qualificadora do art. 155, § 4º, II, do CP e que a idade da vítima já tenda sido valorada na segunda fase da dosimetria a título de agravante, a culpabilidade da agente revela-se superior à ínsita ao crime de furto, pois os delitos foram praticados contra pessoa analfabeta, aposentada e pobre, de quem foi furtado o valor que dispunha como reserva financeira destinada a prover infortúnios, sem que a ré tenha demonstrado qualquer arrependimento ou censura. (...) (HC 401.139/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017)

STF:

Habeas corpus. 2. Dosimetria da pena. A consciência da ilicitude é pressuposto da culpabilidade, na forma do art. 21 do Código Penal. Não pode ser usada para exasperar a pena-base. (...) (HC 122940, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 20-04-2017 PUBLIC 24-04-2017)

(...) 1. A culpabilidade, além de pressuposto de imposição da pena, é tomada como fator diretamente relacionado ao grau de intensidade da resposta penal: quanto mais culpável o agente, quanto mais censurável for sua conduta, maior deverá ser a quantidade da sanção penal. 2. O Superior Tribunal de Justiça motivou adequadamente a valoração negativa da culpabilidade e da conduta social dos agentes, demonstrando, com base em elementos concretos, o maior grau de censurabilidade de suas condutas. (...) (RHC 122870, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 25/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 23-11-2016 PUBLIC 24-11-2016)

ANTECEDENTES

- SÚMULA 444 (STJ) - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

STF:

“EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Matéria criminal. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos LVII, XLVI e LXXVII, da Constituição Federal. Repercussão geral reconhecida. Tema 129. É entendimento consolidado da Corte que inquéritos policiais ou ações penais em curso não podem ser considerados como maus antecedentes no cálculo da pena. Precedentes. Regimental não provido. 1. A jurisprudência da Corte está assentada no sentido de que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena (v.g. RE 591.054/SC-RG, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 25/2/15). 2. Ambas as Turmas possuem precedentes contemporâneos que têm referendado a tese fixada em repercussão geral pelo Pleno no RE nº 591.054/SC-RG. 3. Agravo regimental não provido”. (RE 1012344 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 05/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 18-05-2017 PUBLIC 19-05-2017)

Regras específicas de situações que tem sido admitidas com geradoras de maus antecedentes:

- 1 – condenações por crimes militares próprios e políticos, pois a regra do inciso II, art. 64, CP é específica para a reincidência.
- 2 – condenações definitivas por contravenção penal.

Regras específicas de situações que NÃO poderão ser consideradas como antecedentes:

- 1 – processos crimes extintos sem julgamento do mérito.
- 2 – inquéritos policiais arquivados.
- 3 – ações penais que resultaram absolvição.
- 4 – procedimentos acerca de fatos ocorridos quando o réu era menor de idade.
- 5 – condenações definitivas por fatos ocorridos após aquele que está em julgamento.
- 6 – punições impostas em procedimentos administrativos, que podem, porém, ser considerados na conduta social, desde que o fato apurado não corresponda a um ilícito penal.

- 7 – sentença homologatória da transação penal.
 - 8 – decisão pela suspensão condicional do processo.
 - 9 – sentença concessiva do perdão judicial (Súmula 18, STJ).
- (retirado de “Sentença Penal Condenatória”, 2010, pp. 96/97. Schmitt, Ricardo Augusto)

CONDUTA SOCIAL - conduta do agente no meio em que vive (família, trabalho, etc.). Condenações, mesmo com trânsito em julgado, não negativam, por si só, a conduta social.

STJ:

(...)

II - A circunstância judicial da conduta social deve ser entendida como o papel do agente na comunidade, inserida no contexto familiar, no trabalho, na escola, na vizinhança, não sendo tal circunstância judicial idônea para supedanear a elevação da pena quando não há notícias negativas sobre esses aspectos sociais do comportamento do réu. Assim, o fato do paciente ser pai de três filhos, não possuir trabalho definido e estar envolvido com o tráfico de drogas desde 1999, não é fundamento apto para macular sua conduta social. (...) (HC 395.548/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 21/09/2017)

(...)

Nos termos da recente jurisprudência deste Sodalício, condenações com trânsito em julgado não podem ser consideradas na exasperação da pena-base em razão da conduta social do paciente, sendo necessário a existência de dados concretos suficientes para sua aferição. Precedente. (...) (HC 403.207/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 20/09/2017)

STF:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO. FUNDAMENTO PARA DESVALORAR OS MAUS ANTECEDENTES E A CONDUTA SOCIAL. MOTIVAÇÃO INADEQUADA. 1. A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência. 2. Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria. 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido. (RHC 130132, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 10/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 23-05-2016 PUBLIC 24-05-2016)

PERSONALIDADE - “características pessoais do agente, a sua índole e periculosidade. Nada mais é que o perfil psicológico e moral. O entendimento majoritário na jurisprudência é da dificuldade ou até impossibilidade de se valorar referida circunstância, pois seria necessário ao magistrado profundo conhecimento da psicologia para aprofundar a análise da mesma” (<http://direito7turma.blogspot.com/2014/05/aaplicacao-da-pena-no-direito-penal.html>).

Porém, veja-se entendimento interessante da Min. Laurita Vaz de fevereiro de 2014):

- "A 'personalidade' prevista no art. 59 do Código Penal como circunstância judicial não se confunde com o polêmico conceito de personalidade advindo da psicologia. Seria ingenuidade supor que o legislador, ciente de que as discussões mais profundas dessa área de conhecimento fogem à rotina dos magistrados, preveria a referida circunstância objetivando, em cada processo, o exercício de algo como uma sessão psicanalítica para desvendar a personalidade do acusado. Para os fins do direito o alcance semântico do termo é muito mais humilde - e, inexistindo declaração de inconstitucionalidade da norma, ela deve ser aplicada -: a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade e a perversidade são deduzidas a partir do modo de agir do agente, isto é, a partir do exame de fatos concretos devidamente noticiados nos autos, capazes de extravasar a inerência ao tipo penal. Em outros termos, sua aferição somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão." (HC 278514/MS, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 28/02/2014)

Há também, entendimentos recentes, como voto do Ministro Ericson Maranhão (Sexta Turma-STJ), que considera maus antecedentes como má personalidade:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA DE DELITOS. CABIMENTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. RÉU MULTIRREINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. - **Estando presentes diversas condenações com trânsito em julgado, cabível se mostra a utilização de cada uma destas para aumentar a pena-base em razão do desvalor dos maus antecedentes e da personalidade.** - É cabível a adoção do regime prisional fechado aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a 4 anos se desfavoráveis as circunstâncias judiciais. Inaplicabilidade do Enunciado n. 269 da Súmula do STJ. Habeas corpus não conhecido. (HC 324.787/SC, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 22/03/2016) - destacado

Outra decisão da Sexta Turma do STJ, no sentido de que a valoração negativa da personalidade pode prescindir de laudos técnicos de especialistas:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. LATROCÍNIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. PERSONALIDADE. AGENTES QUE AGIRAM COM FRIEZA E CRUELDADE. FUNDAMENTO IDÔNEO. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS QUE ULTRAPASSAM AS NORMAIS DO TIPO. QUANTUM DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. OFENSA À RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Mostra-se válido o aumento na primeira fase da dosimetria em razão da valoração negativa das circunstâncias, culpabilidade e das consequências, tendo em vista que o crime, cometido que com invasão de domicílio, com morte lenta e dolorosa, com inúmeros golpes, em total desigualdade de forças entre a vítima, solitária, e os agentes, em número de três, e que gerou clamores de linchamento na comunidade e levou alguns vizinhos a tratamentos psicológicos, ultrapassaram as características ínsitas do delito de latrocínio. 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a valoração negativa da personalidade pode prescindir de laudos técnicos de especialistas, havendo nos autos outros elementos que demonstrem a má índole do acusado, a frieza e o comportamento perverso e voltado à criminalidade. 4. O aumento de 6 anos na pena-base dos réus não revela excesso ou desproporção na dosimetria, sobretudo considerando-se as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito do art. 157, §3º, parte final, do Código Penal, que é de 20 a 30 anos. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 180.941/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 07/12/2015) – destacado.

STF:

(...)

4. É desarrazoada a invocação, para qualificar como negativa a personalidade do agente, de suposto comentário de corrêu a respeito de sua “má fama”, por se tratar de mera conjectura. 5. De toda sorte, as instâncias ordinárias também indicaram fatos concretos a amparar a conclusão de que o agente teria personalidade voltada à prática de ilícitos, ao fundamento de que, cumprindo pena no regime semiaberto, havia cedido a arma de fogo apreendida em seu poder para que um adolescente roubasse um estabelecimento comercial. (RHC 135295, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 20/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 09-08-2017 PUBLIC 10-08-2017)

MOTIVOS DO CRIME:

É o porquê da ação delituosa. Contudo, todo delito possui um motivo predefinido, como o lucro fácil nos crimes contra o patrimônio. Aqui deve-se observar a causa motivadora do crime que extrapole aquela própria do tipo penal.

STJ:

(...)

1. Verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade na análise do art. 59 do CP, por não haverem sido indicadas motivações idôneas para valorar negativamente os motivos do delito, pois o argumento "cobiça" nada mais é do que um elemento inerente ao fato típico. (...) (AgRg no REsp 1168525/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017)

STF:

(...)

22. Quanto aos motivos do crime, o Tribunal Regional Federal já havia glosado, no julgamento da apelação interposta pelo paciente, sua valoração negativa, ao fundamento de que “a motivação consignada na sentença (‘consubstanciados simplesmente no lucro fácil’) é inerente ao tipo penal de tráfico de entorpecentes e à própria criminalização”. 23. Não obstante essa glosa, o Tribunal Regional Federal deixou de proceder ao decotamento correspondente na pena-base, ao fundamento de que os demais vetores negativamente valorados - culpabilidade, conduta social, circunstâncias e consequências do crime – seriam suficientes, por si sós, para a manutenção do quantum fixado na sentença. 24. Ao assim agir, o Tribunal Regional Federal acabou por atribuir aos demais vetores um quantum maior que o atribuído em primeiro grau. (...) (HC 134193, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 26/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-252 DIVULG 25-11-2016 PUBLIC 28-11-2016)

CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME

Elementos que influenciam na gravidade do delito, mas não o compõem. São acidentais, secundários à infração. É o *modus operandi*. Relaciona-se com o local da ação, condições de tempo, forma de ação e outros elementos, desde que não sejam causas especiais de aumento da pena.

STJ:

(...)

6. As circunstâncias do crime são dados acidentais, secundários, relativos à infração penal, que não integram a estrutura do tipo penal. Na hipótese, as instâncias ordinárias constataram corretamente que o fato de o paciente portar 140 DVDs, 4 CDs e mais de 1000 embalagens de para DVDs constitui fundamento idôneo para valorar negativamente as circunstâncias do crime. Isso porque a referida quantidade indica atuação empresarial do paciente na violação dos direitos autorais, fato desabonador não contido na descrição típica, que deve, entretanto, ser devidamente valorado na pena-base, como corolário da individualização da pena. (...) (HC 395.522/SP, Rel.

(...)

No caso, infere-se que foi dado maior rigor às circunstâncias do crime, ante o fato de a vítima ter sido submetida a variadas formas de violência sexual, e às consequências do delito, por conta do abalo psicológico marcante a que se encontra submetida a ofendida, cujo trauma foi relatado por laudo psicológico, fundamentos idôneos para justificar o afastamento da pena-base do piso legal, pois demonstram que a conduta do agente extrapolou o tipo penal violado, merecendo, portanto, maior repreensão. Precedentes. (...) (HC 402.663/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017)

(...)

3. Na espécie, a culpabilidade e as circunstâncias do crime foram consideradas desfavoráveis em razão da condição dos agentes (policiais militares) e local do crime (dentro da repartição pública). Contudo, esses elementos não podem ser utilizados para exasperar a pena-base, pois o fato de serem agentes públicos incidiu como causa especial de aumento de pena na terceira fase da dosimetria (art. 1º, § 4º, inciso I, da Lei n. 9.455/97), o que ensejou o vedado bis in idem. (...) (AgRg no AREsp 592.337/MT, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017)

CONSEQUÊNCIAS DO CRIME

Toda ação típica penal tem um resultado, uma consequência. Aqui, é um vetor que se refere ao resultado da ação do agente, mas naquilo que excede o resultado próprio do tipo.

STJ:

(...)

- Há constrangimento ilegal na valoração negativa apenas dos motivos e das consequências do crime, pois fundamentados nas elementares do tipo penal violado, quais sejam, a instabilidade que o delito traz à sociedade e a busca do lucro fácil. Pena-base proporcionalmente reduzida. Precedentes. (...) (HC 399.082/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017)

(...)

3. Em relação às consequências, as instâncias ordinárias entenderam que o prejuízo causado à vítima foi grande, o qual foi concretamente delineado pelas instâncias ordinárias. De fato, a jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que as consequências do crime podem ser consideradas desfavoráveis, se o prejuízo causado pelo crime restar concretamente demonstrado, como no caso dos autos. (...) (HC 401.266/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe

31/08/2017)

STF:

(...) 28. O juízo de primeiro grau reputou desfavoráveis as consequências do crime, por ter “exigi[do] despesas acima do comum dos órgãos estatais responsáveis pela repressão, com constantes deslocamentos de agentes, inclusive aéreos, para acompanhamento do então investigado. Além disso, importou em enriquecimento ilícito do condenado”. 29. Essa motivação é manifestamente inidônea, uma vez que as despesas suportadas pelo Estado com a investigação de um crime e o enriquecimento do paciente não se subsumem no vetor “consequências do crime”, entendido como extensão do dano produzido pelo ilícito em si. (...) (HC 134193, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 26/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-252 DIVULG 25-11-2016 PUBLIC 28-11-2016)

OBS: Atenção ao art. 42 da lei 11.343/2006 (Tóxico)

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

A jurisprudência entende a natureza e quantidade da substância como circunstâncias e consequências do crime.

COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

● VITIMOLOGIA (RAMO DA CRIMINOLOGIA)

● Exp. Motivos reforma de 1984

(...)50. As diretrizes para fixação da pena estão relacionadas no art. 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo elenco de penas. (...) [Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes.](#) (...)

CALCULO DA PENA BASE:

Existem várias teorias, sendo as cinco mais relevantes:

1ª – Cálculo imaginário da fração de 1/8, sobre o intervalo da pena mínima e máxima, para cada circunstância judicial, posto que elas são em número de 8.

2ª – Cálculo imaginário da fração de 1/7, sobre o intervalo da pena mínima e máxima, para cada circunstância judicial, desconsiderando a última (comportamento da vítima) posto que não se verifica a possibilidade de valorá-la negativamente.

3ª – Cálculo imaginário da fração de 1/8, sobre o intervalo da pena mínima e máxima, para cada circunstância judicial, porém aplicando peso maior aos antecedentes que será acrescido do quantum referente ao comportamento da vítima, que não tem como se valorado negativamente. Então 2/8 para os antecedentes e 1/8 para as demais circunstâncias.

4ª - Cálculo imaginário da fração de 1/8, sobre o intervalo da pena mínima e máxima, para cada circunstância judicial, porém havendo preponderância sobre antecedentes, personalidade e motivos do crime (analogia ao art. 67 do CP). Para esta corrente a fração de 1/8 do comportamento da vítima

seria dividido em três partes para distribuição nas circunstâncias aqui consideradas preponderantes. Obs.: existe possibilidade deste entendimento no caso da lei 11.343/2006, por conta da regra de seu art. 42.

5º - Cálculo imaginário da fração de 1/8, sobre o intervalo da pena mínima e máxima, para cada circunstância judicial, porém distribuindo o valor que seria atribuído ao comportamento da vítima, em partes iguais, entre as demais circunstâncias judiciais.

Prepondera a aplicação da 1ª e 2ª corrente, havendo tendência a uma preponderância da 1ª. Ressalta-se possibilidade de aplicação da 4ª corrente no caso da lei 11.343/2006.

STJ:

(...)

5. Considerando o aumento ideal em 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a 6 anos, chega-se ao incremento de aproximadamente 9 meses por cada vetorial desabonadora. Assim, não há se falar em desproporcionalidade na pena imposta na primeira etapa da dosimetria, pois o aumento de 6 meses mostra-se favorável à paciente. (...) (HC 401.139/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017)

PENA PROVISÓRIA OU INTERMEDIÁRIA

Segunda fase: (súmula 231 – STJ) (PP)

Análise das circunstâncias atenuantes e agravantes.

AGRAVANTES:

As agravantes estão previstas nos artigos 61 e 62 do CP. Seu rol é taxativo.

Atenção para a reincidência (definida nos art. 63 e 64 do CP).

Não é obrigatória a certidão cartorária. A folha de antecedentes serve para a análise da reincidência. Serve também a consulta a sistema informatizado.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO MAJORADO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. COMPROVAÇÃO IDÔNEA. CONDENAÇÕES CRIMINAIS COM MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da

existência de eventual coação ilegal. - **O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a folha de antecedentes criminais ou certidão do Instituto Nacional de Identificação, por serem revestidos de fé pública, mostram-se suficientes para o reconhecimento de reincidência ou da presença de maus antecedentes.** - Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, as condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, contudo, não impedem a configuração de maus antecedentes, autorizando o aumento da pena-base acima do mínimo legal. - Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "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". - Na hipótese, o aumento da pena na fração de 3/8 ocorreu em razão da quantidade de majorantes, sem a indicação de fundamentação concreta que evidenciasse a necessidade de aplicação de fração superior a mínima. - Quanto à fixação do regime, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal ou na reincidência. - Embora o paciente tenha sido condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, a reincidência e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis configuram fundamentos idôneos para o estabelecimento do regime inicial fechado, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "a", e 3º, do Código Penal. - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente. (HC 323.144/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016) - destacado

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. RECEPÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. COMPROVAÇÃO. DOCUMENTO IDÔNEO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A revisão da dosimetria da pena no habeas corpus somente é permitida quando há falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido. 2. Não há ilegalidade a ser reconhecida na fundamentação do acórdão estadual quando o reconhecimento dos maus antecedentes do agente está fundamentado em, ao menos, duas condenações definitivas anteriores, não utilizadas para fins de reincidência. **3. A folha de antecedentes é documento idôneo e tem valor probante para o reconhecimento das informações nela registradas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar eventual existência de mácula nas anotações, o que não foi feito na espécie.** 4. É desproporcional a fixação da pena no dobro do mínimo legal ante a ponderação desfavorável de apenas uma das oito circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP, consideradas, ainda, as penas mínima e máxima cominadas ao crime de receptação. 5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para redimensionar em 1 ano, 7 meses e 7 dias de reclusão e 16 dias-multa a pena definitiva do paciente. (HC

REINCIDÊNCIA {
CRIME + CRIME (ART. 63, CP)
CRIME + CONTRAVENÇÃO (ART. 7º, DEL 3688)
CONTRAVENÇÃO + CONTRAVENÇÃO (ART. 7º, DEL 3688)

ATENUANTES:

As atenuantes estão previstas nos artigos 65 e 66 do CP. Seu rol não é taxativo – o artigo 66 prevê as atenuantes inominadas: Ex.: confissão voluntária, arrependimento sincero.

Considera-se, pela jurisprudência majoritária do STF e STJ, a aplicação do coeficiente imaginário de 1/6 para cada circunstância agravante ou atenuante reconhecida. Esta fração imaginária deverá recair sobre o a pena base fixada ou o intervalo entre a pena mínima e máxima. Valerá o que der resultado maior.

Concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes: (art. 67 do CP)

Segundo o referido artigo os motivos determinantes do crime, a personalidade e a reincidência são circunstâncias que preponderam sobre as demais.

Quanto a personalidade se entende que estão incluídas a idade do agente, entre 18 e 21 anos, e a confissão espontânea.

Dentre as circunstâncias preponderantes existe uma escala assim definida: 1 – menoridade; 2 – reincidência, 3 – confissão, 4 – motivos do crime.

A menoridade irá sempre prevalecer.

Atenção especial para o concurso entre agravante da reincidência e atenuante da confissão espontânea. Para o STJ se fará a compensação entre as mesmas (TJCE também segue essa tendência). Para o STF a reincidência prepondera sobre a confissão espontânea. Porém, é preciso fazer uma minoração na sua valoração.

Veja-se julgado no STJ em que o ministro Moura Ribeiro esclarece não concordar com a compensação entre reincidência e confissão, embora se curva ao entendimento da Terceira Seção do STJ:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. 1. RECURSO DE APELAÇÃO AVIADO PELA DEFESA. NOVA FUNDAMENTAÇÃO TRAZIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA MANTER O AUMENTO FIXADO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA NE REFORMATIO IN PEJUS. NÃO VINCULAÇÃO DO NOVO JUÍZO À PENA-BASE ADOTADA ANTERIORMENTE. PRINCÍPIO QUE IMPEDE APENAS O AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DO RÉU. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. 2. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. OBEDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 3. EXATA COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Os Tribunais Superiores

restringiram o uso do habeas corpus e não mais o admitem como substitutivo de recursos, e nem sequer para as revisões criminais. 2. O princípio da non reformatio in pejus veda o agravamento da situação do condenado sem uma manifestação tempestiva e formal da acusação nesse sentido, o que inócorre se a pena-base foi mantida no mesmo patamar. Além disso, o efeito devolutivo da apelação permite a análise das circunstâncias concretas do fato pelo Colegiado, com nova ponderação sobre os termos da dosimetria aplicada, sem que isto importe em violação ao referido princípio, como é o caso. 3. As instâncias ordinárias destacaram circunstâncias concretas que justificam a pequena exasperação na reprimenda inicial. **4. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça uniformizou o entendimento de que "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência" (REsp nº 1.341.370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17.4.13). Ressalvo a minha posição de que desde o direito justiniano a compensação só se faz com objetos fungíveis entre si, motivo pelo qual por se tratarem de circunstâncias antagônicas e de gêneros diferentes, não homogêneos, a confissão espontânea deve ser avaliada segundo sua validade à persecução criminal, influenciando no desconto da pena em patamar inferior à reincidência que se mostra preponderante sobre aquela, por imposição legal. 5. Destacado meu entendimento sobre a questão, embora me curve à jurisprudência da Terceira Seção para acolher a tese da defesa que sustenta a compensação integral, observando que o entendimento da Quinta Turma é de que pode ser aplicada quando o réu possuir uma só condenação transitada em julgado.** 6. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para anular o acórdão impugnado com relação à dosimetria da pena, a fim de que as instâncias ordinárias promovam a compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, nos termos expostos no julgado. (HC 290426/BA, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 17/06/2014) – negritei.

PENA DEFINITIVA

Terceira fase: causas de aumento e diminuição (PD)

Aqui é possível a pena ultrapassar o valor mínimo ou máximo estipulado no preceito secundário da norma.

Podem ter previsão na Parte Geral do Código Penal (ex.: a tentativa, prevista no artigo 14, inciso II, que poderá diminuir a pena de um a dois terços) ou na Parte Especial (ex.: no crime de aborto a pena será aplicada em dobro se ocorrer a morte da gestante - artigo 127).

No caso de concurso entre as causas previstas na parte especial o parágrafo único do artigo 68, do CP dispõe que deverá o juiz limitar-se a uma só diminuição e a um só aumento, prevalecendo a que mais aumente ou diminua. Se o concurso ocorrer entre uma causa de aumento na parte especial e outra na parte geral, poderá o magistrado aplicar ambas.

Concurso de Crimes:

Sistemas:

- Sistema de acumulação material;
- Sistema de exasperação de pena;
- Sistema de absorção;
- Sistema de acumulação jurídica;

Espécies de concurso de crimes:

- concurso material – art. 69 CP
- concurso formal – art. 70 CP

□- crime continuado – art. 71 CP

Aumento da pena para continuidade delitiva:

(...)

6. A exasperação da pena do crime de maior pena, realizado em continuidade delitiva, será determinada, basicamente, pelo número de infrações penais cometidas, parâmetro este que especificará no caso concreto a fração de aumento, dentro do intervalo legal de 1/6 a 2/3. Nesse diapasão, esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações. In casu, tratando-se de mais de 10 crimes, deve ser mantido o aumento operado pela sentença condenatória. (...) (HC 401.139/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017)

Assim,

Continuidade Delitiva – Art. 70 CP Aumento de 1/6 até 2/3	
Nº DE INFRAÇÕES	AUMENTO
2	1/6
3	1/5
4	1/4
5	1/3
6	1/2
7	2/3

Cuidados:

Crime corrupção menor (244-B, ECA) – é crime formal – súmula 500 STF

Concurso entre roubo e corrupção de menor – concurso formal improprio (Art. 70, última parte, CP)

SÚMULAS IMPORTANTES

STJ

512 - A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.

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

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

443 - 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.

442 - É inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo.

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.

438 - É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

415 - O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada.

341 - A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto.

312 - No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração.

269 - É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

243 - O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

241 - A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

231 - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.