

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 faces, 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: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;(Redação dada pela Lei nº

7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.
(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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. Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir e em provocação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes. A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para “reprovação e prevenção do crime”. Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas consequências. Assinale-se, ainda, outro importante acréscimo: cabe ao juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa da liberdade, fator indispensável da individualização que se completará no curso do procedimento executório, em função do exame criminológico.

Código Penal Militar:

“Art. 69. Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime”.

ANTECEDENTES

- SÚMULA 444 (STJ) - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.
- “A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena”. Plenário do STF - Julgamento do Recurso Extraordinário 591054, com repercussão geral reconhecida (17/12/2014).

Regras específicas de situações que tem sido admitidas com geradoras de maus antecedentes: (adaptado de “Sentença Penal Condenatória”, Ricardo Schmitt)

- 1 – condenações anteriores depois do prazo a que se refere o inciso I, do art. 64 do CP (STF, HC 76665-3/SP e STJ) – prazo de depuração de 5 anos após cumprimento e extinção da pena. Não gera mais reincidência, mas gera maus antecedentes. (Não é absoluto – anotar comentários em aula)
- 2 – condenações por crimes militares próprios e políticos, pois a regra do inciso II, art. 64, CP é específica para a reincidência.
- 3 – condenações definitivas por contravenção penal.

Regras específicas de situações que NÃO poderão ser consideradas como antecedentes: (adaptado de “Sentença Penal Condenatória”, Ricardo Schmitt)

- 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).

CONDUTA SOCIAL - conduta do agente no meio em que vive (família, trabalho, etc.)

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 (Quinta Turma-STJ) e Min. Antonio Saldanha Palheiro (Sexta Turma-STJ), de fevereiro de 2017:

- "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)

* “HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. PERSONALIDADE DO AGENTE. RELAÇÃO DE AMIZADE COM A VÍTIMA HÁ MAIS DE 14 ANOS. VÍTIMA QUE MANTINHA RELACIONAMENTO AMOROSO COM A EX-NAMORADA DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. 1. No que toca à dosimetria da pena, cumpre destacar que é o momento em que o magistrado, dentro dos limites abstratamente previstos na lei, aplica de forma fundamentada o quantum ideal de reprimenda a ser imposta ao condenado, obedecendo a um sistema trifásico, porque "tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria" (Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, item 51). 2. No caso concreto, o Tribunal a quo registrou que "com efeito, além de Marcela Silva Pereira ter declarado, em juízo, que "Herivelton já conhecia a vítima antes dos fatos" (fl. 130), sua irmã Dalila Aparecida Silva Pereira afirmou que, no dia dos fatos, Herivelton "disse para Marcela não ficar com nenhum amigo dele" (fl. 132). Como se não bastasse, o próprio apelante declarou, em Plenário, que era amigo da vítima, tendo afirmado: "A gente era amigo há 14 anos" (fl. 298v). Assim, o grau de relacionamento entre o

apelante e a vítima justifica a análise negativa da personalidade". 3. A exasperação da pena-base deu-se de forma fundamentada. 4. A personalidade do agente não encontra enquadramento em um conceito jurídico, em uma atividade de subsunção. Contrariamente, tal análise exige uma percepção sistêmica, Luhmaniana, inclinada à Psicologia, à Psiquiatria e à Antropologia, devendo ser entendida como um complexo de características individuais que ditam o comportamento do autor do delito. 5. No entanto, a conclusão perpassa pelo sentir do magistrado, que tem contato com a prova, com o sentenciado, sendo absolutamente dispensável a realização de qualquer estudo técnico. A jurisprudência desta Corte é pacífica nesse mesmo sentido, tendo em vista que há nos autos vários outros elementos suficientes para denotar a maior ou menor periculosidade do agente. Precedentes. 6. O fato de manter uma amizade de 14 (quatorze) anos com a vítima, e ceifar sua vida apenas por manter um relacionamento amoroso com sua ex-namorada, aliado a outros fatos narrados ao longo da marcha processual, confirmam a instabilidade dos traços emocionais e comportamentais do paciente. 7. Habeas corpus não conhecido". (HC 343.405/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017)

Há também, entendimentos recentes, como voto do Ministro Ericson Maranhão (Sexta Turma-STJ), que considera maus antecedentes como má personalidade: (observar comentários em sala – cuidados com este entendimento)

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.

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. 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. [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.](#) A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para “reprovação e prevenção do crime”. Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas consequências Assinale-se, ainda, outro importante acréscimo: cabe ao juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa da liberdade, fator

indispensável da individualização que se completará no curso do procedimento executório, em função do exame criminológico.

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 331.960/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016) - destacado

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 incorre 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, influido 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.

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.

5ª - 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.

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:

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, POR DUAS VEZES, NA FORMA DO ART. 71, E ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (3) CONTINUIDADE DELITIVA. QUANTUM DE AUMENTO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. (4) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes para o aumento da fração. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante. 3. É pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-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. Na espécie, observando o universo de 2 (duas) infrações cometidas pelo réu, por lógica da operação dosimétrica, deve-se considerar o aumento de 1/6 (um sexto). 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, no tocante à Ação Penal n.º 050.09.087780- 2, Controle n.º 1.684/09, da 11.ª Vara Criminal Central/SP, a fim de reduzir a reprimenda do paciente para 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, mais 16 (dezesseis) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão. (HC 265.385/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 24/04/2014)

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.

Pontos importantes:

Lei tóxica (lei 11.343/2006):

STJ:

É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. - EREsp 1.431.091-SP, Rel. Min. Felix Fischer, por maioria, julgado em 14/12/2016, DJe 1/2/2017.

-----X-----

“Mula” - art. 33, §4º, lei 11.343/2006.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS.

DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA (2.863 GRAMAS DE COCAÍNA). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.434/2006. ATUAÇÃO DA PACIENTE NA CONDIÇÃO DE "MULA". APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6. ÍNDICE PROPORCIONAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias.

Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, e art. 42 da Lei 11.343/06, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

2. Na fixação da sanção inicial dos crimes de tráfico de drogas devem ser analisados, com preponderância sobre o disposto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente, conforme determinação expressa do art. 42 da Lei de Drogas. 3. In casu, considerou o Tribunal de origem haver maior reprovabilidade da conduta tendo em vista a natureza e a quantidade de droga apreendida (tratando-se de 2.863 gramas de cocaína), o que motivou a elevação da pena-base em 2 anos. Na linha de precedentes desta Corte Superior, tal entendimento encontra-se dentro da discricionariedade vinculada do magistrado, não sendo devida a alteração da sanção inicial, na estreita via do writ, porquanto não configurada flagrante ilegalidade, em se considerando, sobretudo, as penas máxima e mínima cominadas em abstrato para o tipo penal em questão.

4. Conforme julgados desta Corte, a circunstância de a paciente ter realizado o tráfico de drogas na condição da chamada "mula" constitui fundamento idôneo à fixação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em fração reduzida. Desse modo, a fundamentação do acórdão impugnado no sentido de que os agentes que realizam o tráfico de drogas na referida condição asseguram funcionalidade à atuação de grupos organizados para a prática de crimes revela-se idônea à fixação da minorante do tráfico privilegiado na fração de 1/6 (um sexto).

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 424.150/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018)

-----X-----

Inquérito policiais e ações penais em curso para efeito de decreto de prisão cautelar.

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE.

AUSÊNCIA. APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO. INSUFICIÊNCIA À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO.

1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, evidenciada na referência às circunstâncias em que se deram a prática delitiva, consubstanciadas no fato de o recorrente ter sido o responsável pela contratação do transporte de grande quantidade de droga, 23,5kg de maconha, tendo se evadido do local, onde estava armazenado o entorpecente, no momento em que houve a ação policial, sendo que vários corréus foram presos na ocasião; bem como na reiteração delitiva, quando se fez alusão a inquéritos policiais em curso e atos infracionais praticados, os quais não configuram Maus antecedentes, mas servem para fins cautelares, não há que se falar em ilegalidade do decreto de prisão preventiva. 2.

Havendo a indicação de fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, não

se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, visto que insuficientes para resguardar a ordem pública.

3. Recurso em habeas corpus improvido.

(RHC 82.986/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018)

A decisão acima fala em atos infracionais, mas é bom registrar entendimento anterior, do mesmo ministro, para o caso específico para atos infracionais:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. REGISTRO DE ATOS INFRACIONAIS NÃO JUSTIFICA PRISÃO PREVENTIVA.

No processo penal, o fato de o suposto autor do crime já ter se envolvido em ato infracional não constitui fundamento idôneo à decretação de prisão preventiva. Isso porque a vida na época da menoridade não pode ser levada em consideração pelo Direito Penal para nenhum fim. Atos infracionais não configuram crimes e, por isso, não é possível considerá-los como maus antecedentes nem como reincidência, até porque fatos ocorridos ainda na adolescência estão acobertados por sigilo e estão sujeitos a medidas judiciais exclusivamente voltadas à proteção do jovem. Por conseguinte, a prática de atos infracionais não serve de lastro para a análise de uma pretensa personalidade voltada à prática de crimes hábil a justificar ameaça a garantia da ordem pública. Portanto, o cometimento de atos infracionais somente terão efeito na apuração de outros atos infracionais, amparando, v.g., a internação (art. 122, II, do ECA), e não a prisão preventiva em processo criminal. HC 338.936-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 17/12/2015, DJe 5/2/2016.