

CADERNOS  
DA **ESMESC**

**DOSIMETRIA**  
**DA**  
**PENA** *Ildo Fabris Junior*

coordenação

Eduardo Passold Reis  
Jéssica Gonçalves

**CADERNOS  
DA ESMESC**

**DOSIMETRIA  
DA  
PENA**



**CADERNOS  
DA ESMESC**

**DOSIMETRIA  
DA  
PENA** Ildo Fabris Junior

coordenação

Eduardo Passold Reis

Jéssica Gonçalves



**ESMESC**

2022

Copyright © emais editora, 2022

Todos os direitos reservados.

*Editora-Chefe:* Jéssica Gonçalves

*Design Editorial:* Laura Pra Baldi de Freitas

*Preparação de Texto:* Deborah Cristina Amorim

*Coordenação da coleção:* Eduardo Passold Reis e Jéssica Gonçalves

**CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO  
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ**

---

F122d

Fabris Junior, Ildo

Dosimetria da pena [recurso eletrônico] / Ildo Fabris Junior ; coordenação  
Eduardo Passold Reis, Jéssica Gonçalves. - 1. ed. - Florianópolis [SC] : Emais, 2022.  
recurso digital ; 0875 MB (Cadernos da ESMESC)

Formato: epdf

Requisitos do sistema: adobe acrobat reader

Modo de acesso: world wide web

Inclui bibliografia e índice

ISBN 978-65-85073-13-4 (recurso eletrônico)

1. Pena (Direito) - Brasil. 2. Livros eletrônicos. I. Reis, Eduardo Passold. II.  
Gonçalves, Jéssica. III. Título. IV. Série.

22-80980

CDU: 343.2(81)



---

Meri Gleice Rodrigues de Souza - Bibliotecária - CRB-7/6439

Todos os direitos desta edição reservados à emais

[www.emaiseditora.com.br](http://www.emaiseditora.com.br)

[euquero@emaiseditora.com.br](mailto:euquero@emaiseditora.com.br)

Florianópolis/SC

*Impresso no Brasil / Printed in Brazil*

Estimado aluno

A presente obra deve ser lida juntamente com o Caderno Técnica e Prática da Sentença Penal, de autoria do Professor Desembargador Jaime Ramos – do qual fui aluno na ESMESC e hoje, como magistrado, tenho a honra de ajudar na respectiva disciplina –, não apenas porque completa a temática da “Técnica e Prática de Sentença Penal”, mas porque contém generosa contribuição do Prof. Jaime.

Parte do material que compõe o livro tem origem na época de estudo para o concurso da magistratura, elaborado por guerreiros que, fizesse chuva, granizo ou sol, cansados ou adoentados, estavam reunidos aos finais de semana, por mais de três anos, compartilhando conhecimento, treinando e evoluindo até nos tornarmos colegas de profissão, dentre eles Renato Della Giustina, Rodrigo Barreto, Michael Fernando Vedia Porfírio, Leonardo Fagotti Mori, Guilherme Silva Pereima, Rodrigo Dadalt, Rubens Ribeiro da Silva Neto e outros.

Este caderno é direcionado aos alunos da ESMESC, futuros colegas juízes, para auxiliar no estudo para o concurso e na vida profissional, especialmente para aqueles que fazem Residência Judicial ou atuam na Assessoria em gabinete de Vara Criminal.

Escrito com linguagem acessível e didática (assim eu espero), está dividido em três partes. A primeira é teórica, servindo como base mínima de conhecimento sobre dosimetria da pena. A segunda contém pesquisa de questões jurídicas importantes que foram submetidas aos Tribunais Superiores nos últimos anos. Na terceira parte, de ordem prática, repousam sugestões de roteiros para a dosimetria.

Os julgados mencionados neste caderno merecem leitura na sua íntegra pelos alunos porque são ricos em questões técnicas e jurídicas relevantes para prova prática de sentença penal.

Para quem recebeu um exemplar deste livro por estar cursando algum dos módulos da ESMESC, ou seja, por

estar estudando e se dedicando com afinco ao concurso, saiba que este não é o melhor caminho, é o único caminho para alcançar a tão sonhada aprovação na magistratura de Santa Catarina.

Bons estudos.

Ildo Fabris Jr.

# SUMÁRIO

<b>PARTE 1</b>	
DOSIMETRIA DA PENA	9
1 Da aplicação da pena	9
2 Fase primária	17
2.1 Fixação da pena-base	17
2.1.1 Culpabilidade	22
2.1.2 Antecedentes	25
2.1.3 Conduta Social	27
2.1.4 Personalidade do agente	29
2.1.5 Motivos	30
2.1.6 Circunstâncias do crime	32
2.1.7 Consequências do crime	32
2.1.8 Comportamento da vítima	33
2.1.9 Circunstâncias judiciais previstas na legislação extravagante	34
2.2 Segunda fase: fixação da pena provisória	35
2.3 Terceira fase: fixação da pena definitiva	41
2.4 Concurso de crimes	46
3 Fixação da pena de multa	52
4 Fixação do regime inicial de cumprimento da pena (fase secundária segundo o autor Guilherme Nucci)	54
5 Substituição da pena privativa de liberdade por multa, restritiva de direitos ou medida de segurança (fase terciária segundo o autor Guilherme Nucci)	57
6 Detração para fins de fixação de regime	60
7 Direito de recorrer em liberdade	61



8 Fixação do valor mínimo indenizatório	63
9 Efeitos não automáticos da condenação	64
<b>PARTE 2</b>	
Repercussão geral STF sobre dosimetria da pena	68
Informativos do STF sobre dosimetria da pena	72
Informativos do STJ sobre dosimetria da pena	79
Súmulas do STF sobre dosimetria da pena	121
Súmulas do STJ sobre dosimetria da pena	122
<b>PARTE 3</b>	
Roteiro de dosimetria da pena	125
Roteiro de dosimetria da pena com vários crimes e réus - análise conjunta das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal	135
Referências bibliográficas	141

# **DOSIMETRIA DA PENA**

O termo dosimetria, no direito penal, está intimamente ligado à ideia de medida ou quantificação da pena. O exame da individualização da pena será procedido pelo juiz quando da sua dosimetria.<sup>1</sup>

## **1 Da aplicação da pena**

Reconhecida na sentença a prática de um delito (fato típico e antijurídico) com sua respectiva autoria, e preenchidos os requisitos da culpabilidade, quais sejam, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa (teoria normativa pura da culpabilidade), passa-se para a fase de aplicação da pena.

A fixação e individualização da pena tem preceito de ordem constitucional, previsto no art. 5º da CF/1988:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

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

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

---

1. ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Sentença penal**: doutrina – jurisprudência – prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 209.

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

Em sintonia com a Magna Carta, o art. 59 do Código Penal estabelece o roteiro para a fixação da pena:

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.

O artigo 59 do Código Penal deve ser lido em conjunto com o artigo 387 do Código de Processo Penal, que também estabelece comandos para serem observados pelo magistrado na aplicação da pena:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;

II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões;

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

V - atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro;

VI - determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73, § 1o, do Código Penal).

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

§ 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

O Código Penal adotou o sistema de aplicação da pena denominado de Relativa Determinação, no qual o legislador estabelece na lei as penas que podem ser aplicadas e os limites mínimo e máximo, cabendo ao juiz fixar a pena dentro desta margem, de acordo com o caso concreto e de forma fundamentada. Este sistema difere da Absoluta Indeterminação ou do Livre-arbítrio, no qual o juiz escolhe de forma discricionária o tipo de pena e a quantidade, e do sistema da Absoluta Determinação ou Legalismo Extremado, no qual o legislador fixa a espécie de pena e a quantidade, não deixando qualquer discricionariedade ao juiz<sup>2</sup>.

A fixação da pena consiste em um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação do delito. O magistrado, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento, embora com fundamentada exposição do seu raciocínio.<sup>3</sup>

---

2. LUNARDI, Fabrício Castagna; REZENDE, Luiz Otávio. **Curso de sentença penal:** técnica, prática e desenvolvimento de habilidades. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 174.

3. NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal:** parte geral: arts. 1º a 120 do código penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 661.

Para o cálculo da pena, originalmente, o Código Penal adotou a teoria bifásica ou binária, de Roberto Lira (1ª fase: circunstâncias judiciais e agravantes/atenuantes; 2ª fase: causas de aumento/diminuição).<sup>4</sup>

Ocorre que com a reforma do Código Penal em 1984, adotou-se expressamente o **sistema trifásico**:

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.

Pelo sistema trifásico, apresentado por Néelson Hungria, na primeira fase é fixada a pena-base valorando-se as circunstâncias judiciais<sup>5</sup> elencadas no *caput* do art. 59 do Código Penal. Na segunda fase são consideradas as circunstâncias agravantes (art. 65 e 66) e atenuantes (art. 61 e 62). Na terceira fase são aplicadas causas de aumento e de diminuição de pena.

Conforme exposição de motivos n. 51 da nova parte geral do Código Penal, esta sistemática permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria, assegurando a ampla defesa, em especial no caso de recurso, permitindo às instâncias superiores avaliarem o processo mental utilizado pelo julgador na fixação da pena, seus acertos e erros.<sup>6</sup>

A fixação da pena de multa, todavia, deve obedecer ao sistema bifásico, conforme artigos 49, *caput*, do Código Penal: a) primeiro firma-se o número de dias-multa (entre 10 e 360), observando-se o sistema trifásico previsto para as penas privativas de liberdade, conforme orientação do

4. REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 429.

5. **ATENÇÃO**: as circunstâncias dividem-se em judiciais (do art. 59, *caput*) e legais. As circunstâncias legais genéricas situam-se na parte geral do CP e são as agravantes e atenuantes e as causas de aumento ou diminuição na parte geral e especial do CP.

6. ALMEIDA, *op. cit.*, p. 59.

Superior Tribunal de Justiça (REsp 1756117/RS. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. 5ª Turma. Julgado em 07/05/2019)<sup>7</sup>; b) em seguida estabelece-se o valor do dia-multa (entre 1/30 do salário-mínimo até 5 vezes esse salário), de acordo com a situação econômica do réu (CP, art. 49, § 1º).<sup>8</sup>

Mister destacar que para um mesmo crime podem resultar penas diferentes para cada acusado, justamente porque a individualização da pena leva em consideração o caso concreto e suas circunstâncias.

A individualização da pena afasta a violação ao princípio da isonomia na hipótese de divergência entre as penas aplicadas a corréus decorrentes de pronunciamento de instância superior. A similitude fática não implica necessariamente identidade das reprimendas, em especial quando devidamente sopesadas circunstâncias judiciais próprias, como ocorreu no caso. (STF. RHC 109.267-RJ. 2ª Turma. Rel.: Min. Teori Zavascki, 02/06/2015).

Guilherme Nucci divide a aplicação da pena em 3 fases:<sup>9</sup>

1. **Fase primária** = quantificação da pena privativa de liberdade;
2. **Fase secundária** = fixação do regime de cumprimento da pena;
3. **Fase terciária** = penas alternativas e suspensão condicional da pena.

Lunardi e Rezende apresentam um esquema prático, bastante didático, sobre a fase primária da aplicação da pena, para chegar-se à pena definitiva:<sup>10</sup>

---

7. No Tribunal de Justiça de Santa Catarina há julgados que divergem sobre a aplicação do critério trifásico na primeira etapa de fixação da pena de multa, entretanto, a adesão ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça vem aumentando.

8. NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 150.

9. NUCCI, *op. cit.*, 2015. p. 145.

10. LUNARDI, *op. cit.*, p. 176.

1ª fase: é destinada à aplicação da pena-base. Nesta fase o juiz deve ter como parâmetro as penas, mínima e máxima cominadas abstratamente ao tipo penal. Devem-se considerar, também, nesta fase, as qualificadoras, já que estas alteram os limites mínimo e máximo da pena privativa de liberdade cominada abstratamente ao crime. Por exemplo, no homicídio simples (art. 121, caput, CP), a pena privativa de liberdade vai de 6 a 20 anos de reclusão; no homicídio qualificado (art. 121, §2º, CP), de 12 a 30 anos. A partir da pena mínima, o juiz deve analisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código penal, anda na primeira fase.

2ª fase: fixa-se a pena provisória, com base na análise das agravantes e das atenuantes. A pena provisória deve se manter dentro dos limites mínimo e máximo cominados abstratamente pelo tipo penal

3ª fase: destina-se à análise das causas de aumento e de diminuição de pena. Nesta fase, é possível que a pena fique aquém da pena mínima ou além da pena máxima cominadas abstratamente no tipo penal. A terceira fase resulta na aplicação da pena definitiva.

Circunstâncias são elementos que giram em torno da figura básica do tipo, possuindo reflexo, exclusivamente, na pena, e são classificadas em judiciais e legais.<sup>11</sup>

Circunstâncias judiciais são as previstas no art. 59 do Código Penal, não possuindo expressa definição legal, constituindo particularidades envolventes da figura típica, sem que possam ser consideradas como integrantes do tipo, cabendo ao juiz a avaliação ao estabelecer a pena-base.<sup>12</sup>

Circunstâncias legais são todas as particularidades envolvendo a prática do delito, previstas em lei, e podem ser genéricas, previstas na Parte Geral do Código Penal e de aplicação a todos os crimes (ex: agravantes e atenuantes), ou específicas, previstas na Parte Geral ou na Parte Especial do Código Penal, mas integrantes da tipicidade derivada

11. NUCCI, *op. cit.*, 2021. p. 663.

12. *Ibidem.*

(ex: causas de aumento e diminuição, qualificadoras, privilégios).<sup>13</sup>

**ATENÇÃO:** Não é possível a utilização da mesma circunstância em mais de uma fase. Por exemplo, uma condenação transitada em julgado não pode ser considerada como mau antecedente na primeira fase e também como agravante da reincidência na segunda fase.<sup>14</sup>

Situação diversa ocorre quando há duas condenações aptas a gerarem reincidência, hipótese em que uma condenação pode ser utilizada como mau antecedente na primeira fase e a outra como agravante da reincidência na segunda fase, sem que se incorra em *bis in idem*.

Nesse sentido inclusive a tese firmada no Tema Repetitivo 1077 do STJ:

Condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente. (REsp 1794854/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 23/06/2021, DJe 01/07/2021)

Ainda, como se fosse uma “4ª fase”, havendo mais de um delito imputado ao réu, deve-se identificar se houve concurso material, formal ou continuidade delitiva (CP, arts. 69, 70 e 71). O artigo 69 do Código Penal não constitui causa de aumento de pena, mas sim critério para aplicação da pena em caso de concurso de crimes (simples soma das penas), já os artigos 70 e 71 do Código Penal, para alguns autores, são considerados causas de aumento de pena.<sup>15</sup>

De acordo com o artigo 59 do Código Penal, encerrada a 3ª fase (ou 4ª fase se houver concurso de crimes), com a quantificação da pena definitiva, o juiz deve fixar o regime

---

13. *Ibidem*.

14. SÚMULA 241/STJ: A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

15. Guilherme Nucci não considera que o concurso formal seria benefício, assim como o crime continuado. No máximo seriam “causas de aumento impróprias”.



inicial de cumprimento da pena (aberto, semiaberto ou fechado), com base no art. 33 do Código Penal. Esta fase é chamada de “secundária”, segundo Guilherme Nucci.

Na sequência, o juiz examina a viabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por multa substitutiva, se a pena for igual ou inferior a 1 (um) ano (CP, art. 44, § 2º e 60<sup>16</sup> § 2º, do CP). Não sendo cabível esta, o juiz deve verificar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal. Na hipótese de agente semi-imputável, o juiz verifica se é o caso de substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança, na hipótese do art. 98 do Código Penal.

Se não forem cabíveis as substituições, deve o magistrado analisar se estão presentes os requisitos da suspensão condicional da pena (*sursis*), com base no art. 77 do Código Penal. Aqui encerra a “fase terciária”, conforme Guilherme Nucci.

Não ocorrendo a substituição ou o *sursis*, o juiz deve descontar (detracção) o tempo de prisão ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, da pena aplicada, para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade (CPP, art. 387, § 2º).

Deve o magistrado, ainda, fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido (CPP, art. 387, inc. IV).

Em arremate, em qualquer hipótese (condenação com ou sem substituição ou *sursis*), o juiz deve declarar os efeitos não automáticos da condenação, conforme artigo 92 do Código Penal (destinação de bens apreendidos), ou previsão em outros diplomas, como por exemplo no art. 201, § 2º do Código de Processo Penal, que determina a comunicação do ofendido acerca da sentença e do ingresso e saída do acusado da prisão, ou envio de arma de fogo para o Comando do Exército (Lei 10.826/2003, art. 25), perda de bens e valores decorrentes do tráfico de drogas (Lei 11.343/06, art. 63) etc.

---

16. CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. v.1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 422, citando Luiz Flavio Gomes, entende que o § 2º do art. 60 do CP foi ab-rogado pelo art. 44 § 2º do CP (lei posterior mais abrangente).

Consoante artigo 387, § 1º, Código de Processo Penal, o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva (se houver requerimento) ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. Trata-se da análise do direito de recorrer em liberdade, que pode ser feita na dosimetria ou no dispositivo (sugere-se que seja apenas no dispositivo para economizar tempo, especialmente quando se trata de prova prática de concurso para a magistratura).

**ATENÇÃO:** a dosimetria, para maioria maciça dos juízes catarinenses, é realizada antes do dispositivo, porque entende-se que ela faz parte da fundamentação, local adequado dentro da sentença para que o juiz demonstre os motivos pelos quais está aplicando tal e qual pena e em que quantidade, sendo que no dispositivo (parte executável da sentença) constará apenas o resultado da aplicação da pena que será cumprida pelo condenado e seus conseqüentários (comandos para a execução da pena).

## **2 Fase primária<sup>17</sup>**

### **2.1 Fixação da pena-base**

A pena-base é a quantidade de pena fixada na primeira fase da dosimetria penal, seguindo o sistema trifásico (CP, art. 68).

Quando a lei penal comina penas cumulativas – uma e outra –, ambas serão obrigatoriamente aplicadas, não cabendo ao juiz escolher somente uma delas. Assim, reclusão e multa, por exemplo, quando cumulativamente cominadas.

Quando a cominação é alternativa – uma ou outra –, o juiz escolhe uma das penas conforme a gravidade do crime e/ou as condições pessoais do réu, segundo a orientação doutrinária ou jurisprudencial que adotar.

O juiz fixa a pena-base analisando as circunstâncias judiciais (ou inominadas) do art. 59, *caput*, do Código Penal,

---

17. Cuidado para não confundir “fase primária” com “primeira fase do siste-

quais sejam: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima.

Há também circunstâncias judiciais previstas na legislação extravagante que devem ser analisadas para fixação da pena-base (ex: Lei de Drogas<sup>18</sup>; Lei de Crimes Contra o Meio Ambiente<sup>19</sup>).

De qualquer sorte, as circunstâncias judiciais são *numerus clausus*, ou seja, são apenas aquelas enumeradas no artigo e somente a lei pode criar outras hipóteses.

Algumas circunstâncias são **subjetivas** (culpabilidade, personalidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos do crime) e outras **objetivas** (circunstâncias e consequências do crime).

Quanto ao momento de ocorrência e de avaliação das circunstâncias, ensina Guilherme Nucci:<sup>20</sup>

As circunstâncias do crime – judiciais ou legais – são utilizadas para a fixação da pena; porém, como regra, o juiz deve avaliar apenas as circunstâncias, positivas ou negativas, de caráter subjetivo, anteriores à data do fato criminoso. Ex.: personalidade, conduta social, antecedentes.

Outras precisam ser avaliadas no momento da prática do delito, tais como motivos e circunstâncias. Algumas podem ser examinadas antes e depois do crime, como o comportamento da vítima. E há aquela a ser verificada após o delito: consequências da infração penal.

---

*ma trifásico*” para cálculo da pena. A fase primária é mais ampla, abrangendo as três fases do cálculo para fixação da pena conforme sistema trifásico (primeira fase pena-base + segunda fase agravantes/atenuantes + terceira fase causas de aumento/diminuição).

18. Lei nº 11.343/06: 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.

19. Lei nº 9.605/98. Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará: I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente; II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental.

20. NUCCI, *op. cit.*, 2021. p. 663.

Assim, por ocasião da sentença condenatória, para individualizar a pena, toda a vida do réu, antes do delito, será devidamente analisada. O que acontecer após essa data, abrangendo sua vida pessoal, durante a investigação ou o processo, não serve de base para a mensuração da pena.

Somente pode ser utilizado como circunstância judicial aquilo que não for inerente ao tipo penal<sup>21</sup>. Por exemplo, no crime de roubo, a obtenção de lucro fácil não pode ser valorada negativamente como motivo do crime.

Por outro vértice, a circunstância que não estiver expressamente prevista em lei como qualificadora/privilegio, causa de aumento/diminuição ou agravante/atenuante pode servir ao magistrado para compor, livremente, mas com fundamento nas provas dos autos, o contexto das circunstâncias judiciais do art. 59.<sup>22</sup>

Pelo princípio da individualização da pena o magistrado deve analisar um a um os vetores do artigo 59 do Código Penal e, fundamentadamente<sup>23</sup>, dizer se ele é ou não desfavorável ao acusado, exceto quando todas as circunstâncias forem favoráveis, hipótese na qual a pena-base ficará no mínimo legal, devendo o magistrado constar expressamente: “Na primeira fase da dosimetria, considerando que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis, fixo a pena-base no mínimo legal de (...) anos”.

**ATENÇÃO:** Havendo mais de um crime praticado pelo acusado, de regra, a análise das circunstâncias judiciais deve ser feita para cada crime. Entretanto, em concursos para a magistratura, considerando que a prova de sentença é manuscrita e quase sempre a tese traz vários réus que cometeram vários crimes, é possível que a análise das circunstâncias do art. 59, *caput*, do Código Penal seja realizada de forma conjunta para cada réu e desde que o candidato justifique

---

21. TJSC. Apelação Criminal n. 0008478-60.2015.8.24.0023. Rel. Des. SÉRGIO RIZELO. Segunda Câmara Criminal. Julgado em 27/08/2018.

22. NUCCI, *op. cit.*, 2015. p. 146.

23. Sob pena de ofensa ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

este proceder para o examinador, conforme consta no roteiro prático de dosimetria anexo<sup>24</sup> e desde que se discriminem as circunstâncias judiciais específicas de cada crime que serão valoradas<sup>25</sup> negativamente<sup>25</sup>. Esta dica é muito útil para o candidato maximizar o uso do tempo durante a prova.

Qual o ponto de partida para o cálculo da pena-base? Para SCHIMITT (2019, p. 178) a resposta é a partir da pena mínima prevista em abstrato para o tipo penal.

Embora se reconheça posicionamento (dentre eles Nelson Hungria e Roberto Lyra) que adota o “ponto médio” como ponto de partida, ou seja, a metade do intervalo entre pena mínima e máxima previstas em abstrato para o tipo, essa exegese não foi chancelada pelos Tribunais Superiores, tampouco pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O *quantum* que será aumentado fica a cargo da análise discricionária do juiz, diante de determinado agente e das características do caso concreto. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem adotado, como razoável e em situações de normalidade, que o aumento para cada vetor seja de 1/6 sobre a pena mínima cominada, salvo fundamentação justificada nas circunstâncias excepcionais do caso concreto, sob pena de se transformar em causa de aumento de pena disfarçada.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamentos recentes, tem aceitado a fração de 1/8 do intervalo entre as penas mínima e máxima cominada para o delito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO. DOSIMETRIA DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL

---

24. Exemplo de redação: Quanto à primeira fase da dosimetria, em homenagem aos princípios da instrumentalidade, da celeridade e da eficiência (arts. 5º, LXXVIII e 37, da CF), mas sem descuidar dos primados constitucionais da individualização da pena, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV e XLVI, CF), passo a analisar as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) de todos os crimes relacionados a um réu de forma conjunta, destacando aquelas que são específicas, conforme precedentes do STJ e TJSC.

25. TJSC. Apelação Criminal n. 2009.046764-7. Rel. Des. SÉRGIO PALADINO. Segunda Câmara Criminal. Julgado em 15/032011; Apelação Criminal n. 2009.075416-2. Rel. Des. Newton Varela Júnior. Primeira Câmara Criminal. Julgado em 05/10/2010.

NÃO CONSTATADO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/8 SOBRE A DIFERENÇA ENTRE AS PENAS MÍNIMA E MÁXIMA COMINADAS AO DELITO. CRITÉRIO ACEITO PELO STJ. AUSÊNCIA DE DES-PROPORCIONALIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

[...] 2. Não há falar em desproporcionalidade quando o julgador, em relação a cada circunstância judicial considerada desfavorável, aumenta a pena-base utilizando a fração de 1/8 sobre a diferença entre as penas mínima e máxima cominadas para o delito, critério aceito pelo STJ (AgRg no HC 637.571/MS, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Quinta Turma, julgado em 15/02/2022, DJe 21/02/2022)

Esses critérios de 1/6 sobre a pena mínima ou de 1/8 do intervalo entre as penas mínima e máxima, portanto, não são absolutos, porque a legislação penal não estabelece frações de aumento a serem aplicadas em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, de modo que na fixação da pena-base o magistrado deve, de forma fundamentada e discricionária, atentando-se para a proporcionalidade, estabelecer o *quantum* necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime dentro dos limites mínimo e máximo da pena abstratamente cominada ao delito.

Nesse sentido:

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 (AgRg no HC 188.873/AC, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 16/10/2013). (STJ, HC 549.460/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., julgado em 23/06/2020, DJe 01/07/2020).

*APELAÇÃO CRIMINAL. (...) DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PLEITO DE AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DO VETOR CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE ELEMENTOS CAPAZES DE AFERIR O COMPORTAMENTO NEGATIVO DO APELANTE NA SOCIEDADE, EM ESPECIAL NO AMBIENTE DOMÉSTICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ADEMAIS, PEDIDO DE MINORAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO UTILIZADA PELA ANÁLISE NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL E DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS IGUALMENTE INVIÁVEL. PATAMAR SUPERIOR AO USUALMENTE UTILIZADO POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. MANUTENÇÃO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0012082-40.2016.8.24.0008, de Blumenau, rel. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 22-04-2020).*

O aumento da pena-base decorrente de cada uma das circunstâncias judiciais consideradas negativas deve ocorrer isoladamente sobre o mínimo legal previsto, não se devendo realizar o cálculo com sobreposição de aumentos (em cascata).<sup>26</sup>

Por algum tempo, e ainda em alguma doutrina, vigorou a tese de início da dosimetria a partir do termo médio entre o mínimo e o máximo da pena abstratamente cominada, entretanto esta fórmula não foi acolhida pelos Tribunais Superiores.

Em arremate, não havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal

### **2.1.1 Culpabilidade**

O primeiro vetor a ser examinado quando da fixação da pena-base é a culpabilidade.

---

26. TJSC, Apelação Criminal n. 5002726-60.2021.8.24.0007. Rel. Des. SÉRGIO RIZELO. Segunda Câmara Criminal. Julgado em 1º/02/2022.

Não se pode confundir a culpabilidade prevista no caput do art. 59 do Código Penal com a culpabilidade em sentido estrito, como elemento do crime e pressuposto para aplicação da pena, composta pela imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito (teoria causalista do crime).

A culpabilidade como circunstância judicial é entendida em termos de culpabilidade normativa, ou seja, importando tanto o exame de reprovabilidade do ato como a do seu autor.<sup>27</sup>

Para Guilherme Nucci, a culpabilidade veio em substituição às antigas expressões “intensidade do dolo” e “graus da culpa”, previstas dentre as circunstâncias judiciais.<sup>28</sup>

A culpabilidade como circunstância judicial significa o grau de reprovabilidade da conduta que extrapola as elementares do tipo penal.

Nas palavras de Guilherme Nucci, é a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem.<sup>29</sup>

Todo o crime é reprovável, mas circunstâncias fáticas específicas que não são inerentes ao próprio tipo penal podem tornar aquele crime, no caso concreto, mais reprovável.

Lunardi e Rezende, com base na jurisprudência dos Tribunais Superiores, exemplificam:<sup>30</sup>

[...] o juiz não pode, no crime de estupro, dizer que a culpabilidade é extrema com base na reprovabilidade desse crime. Isso já foi considerado pelo legislador quando estabeleceu a pena em abstrato para esse crime. Contudo, se o crime for cometido, por exemplo, por um médico ginecologista contra sua paciente, há maior reprovabilidade, haja vista que o crime sexual foi praticado exatamente por aquele que deveria cuidar da integridade física e da saúde da vítima. Observe-se que, nesta hipóte-

---

27. REALE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 406.

28. NUCCI, *op. cit.*, 2015. p. 158.

29. NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 400.

30. LUNARDI, *op. cit.* p. 180-181.



se, a reprovabilidade em concreto não é ínsita ao próprio tipo penal.

[...]

O abuso de confiança também pode ser considerado na culpabilidade, segundo entendimento do STJ.

Para o Superior Tribunal de Justiça, também é legítima a exasperação da pena-base, pela circunstância judicial da culpabilidade, fundamentada na premeditação e preparo da conduta delituosa<sup>31</sup>.

**ATENÇÃO:** sob pena de incorrer em dupla apenação, deve ser excluída a circunstância judicial negativa da culpabilidade em razão de ter o recorrente agido premeditadamente, se a reprimenda foi também agravada em razão da dissimulação praticada anteriormente ao momento do crime.<sup>32</sup>

A prática de novo crime enquanto cumpria pena por delito anterior<sup>33</sup> (regime aberto ou em benefício de saída temporária, livramento condicional etc.) ou estava em liberdade provisória<sup>34</sup>, igualmente revela uma culpabilidade acentuada e merece exasperação, porque mostra o desprezo do agente em relação à aplicação da lei penal.

Outros exemplos são extraídos da jurisprudência da Corte Catarinense, como o fato de ser pessoa esclarecida, culta, com educação em ensino superior, formada em economia e por ter exercido a função de bancária (caso de crime de estelionato<sup>35</sup>); a condição de mentor intelectual da conduta

31. HC n.295.911/GO. Rel. Min. NEFI CORDEIRO. Julgado em 17/06/2016.

32. TJSC. Apelação Criminal n. 2013.032189-4. Rel. Des. RICARDO ROESLER. Segunda Câmara Criminal. Julgado em 02/07/2013.

33. TJSC. Apelação Criminal n. 5028595-63.2020.8.24.0038. Rel. Des. ALEXANDRE D'IVANENKO, Quarta Câmara Criminal. Julgado em 03/02/2022; Apelação Criminal n. 5016292-80.2021.8.24.0038. Rel. Des. LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA. Quinta Câmara Criminal. Julgado em 09/09/2021; Apelação Criminal n. 5017451-58.2021.8.24.0038. Rel. Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA. Segunda Câmara Criminal. Julgado em 09/11/2021.

34. TJSC. Apelação Criminal n. 5016637-80.2020.8.24.0038. Rel. Desa. CÍNTIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFFER. Quinta Câmara Criminal. Julgado em 15/10/2020.

35. Apelação Criminal n. 0042566-27.2015.8.24.0023. Rel. Des. PAULO ROBERTO SARTORATO. Primeira Câmara Criminal. Julgado em 10/09/2020.

delituosa<sup>36</sup>; ingestão de bebida alcoólica com redução deliberada dos sentidos<sup>37</sup>; o agente integrar facção criminosa<sup>38</sup>; violência extrema praticada durante roubo em vítima que estava completamente rendida<sup>39</sup>; crime praticado por policial, membro da segurança pública que deveria combater a criminalidade<sup>40</sup>; agente traficar na sua residência, na frente dos filhos menores de idade.<sup>41</sup>

## 2.1.2 Antecedentes

Os antecedentes referem-se à prática de delitos antes do fato que está sendo analisado, ou seja, sobre a vida pregressa do acusado em matéria criminal.

Somente podem ser considerados circunstâncias no campo penal, não devendo confundir com a conduta social ou personalidade do agente.<sup>42</sup>

A prova desta circunstância judicial é feita por meio da folha/certidão de antecedentes criminais, nos termos da Súmula 636 do STJ.

Conforme enunciado da Súmula 444 do STJ, decorrente do princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

---

36. Apelação Criminal n. 0003756-48.2017.8.24.0011. Rel. Des. LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI. Quarta Câmara Criminal. Julgado em 19/11/2020.

37. Apelação Criminal n. 0001488-44.2015.8.24.0026. Rel. Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI. Primeira Câmara Criminal. Julgado em 22/07/2021.

38. Apelação Criminal n. 0000373-47.2018.8.24.0037. Rel. Des. HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO. Primeira Câmara Criminal, j. 09-05-2019.

39. Apelação Criminal n. 0000977-82.2018.8.24.0077. Rel. Des. ARIODALDO ROGÉRIO RIBEIRO DA SILVA. Primeira Câmara Criminal. Julgado em 05/03/2020.

40. Apelação Criminal n. 0041342-88.2014.8.24.0023. Rel. Des. JOSÉ EVERALDO SILVA. Quarta Câmara Criminal. Julgado em 14/10/2021.

41. Apelação Criminal n. 0008939-98.2018.8.24.0064. Rel. Des. GETÚLIO CORRÊA. Terceira Câmara Criminal. Julgado em 05/11/2019.

42. STJ. REsp. nº 1.794.854/DF. Re. Min. LAURITA VAZ. 3ª Seção. Julgado em 23/06/2021.

Benefícios penais, como a transação penal (art. 76 da Lei n.º 9.099/95) e a suspensão condicional do processo (art. 89 da 9.099/95), igualmente não servem como antecedentes, porque não houve reconhecimento de culpa por parte do agente beneficiado.

Em relação ao acordo de não persecução penal (art. 28-A, do CPP), em que pese a confissão do investigado seja uma condição para sua celebração, o ANPP possui natureza de instrumento de política criminal, tanto é que a confissão não é judicial e fica proibido constar em certidão de antecedentes criminais a celebração do acordo, salvo para impedir que o indivíduo venha obter o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos (CPP, art. 28-A, § 2º, III e § 12). Assim, celebrado o acordo, não haverá denúncia e inexistirá ação penal, de modo que o acusado não poderá ser considerado reincidente, nem tampouco constituir maus antecedentes.

Da mesma forma, os atos infracionais cometidos pelo agente enquanto menor não podem ser considerados como maus antecedentes.<sup>43</sup>

A orientação do Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido de que as condenações anteriores pela prática do crime previsto no art. 28, caput, da Lei 11.343/06 (posse de droga para consumo próprio) não devem constituir causa geradora de maus antecedentes, tampouco reincidência.<sup>44</sup>

Por outro vértice, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 (cinco) anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo, assim, o aumento da pena-base acima do mínimo legal.<sup>45</sup>

Na mesma linha, decidiu o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, por 6 votos a 4, em agosto de 2020, que

43. STJ. HC 499.987/SP. Rel. Min. FELIX FISCHER. 5ª Turma. Julgado em 30/05/2019.

44. HC 550.775. Rel. Min. RIBEIRO DANTAS. 5ª Turma. Julgado em 06/02/2020; HC 461.005. Rel. Min. LAURITA VAZ. 6ª Turma. Julgado em 05/11/2019.

45. STJ. AgRg no HC 697.770/PE. Rel. Min. JESUÍNO RISSATO (Desembargador convocado do TJDFT). 5ª Turma. Julgado em 13/12/2021.

não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal. Proibir a utilização dos maus antecedentes após cinco anos da extinção da pena retira do juiz a possibilidade de pôr em prática os princípios da isonomia e da individualização da pena<sup>46</sup>.

Ainda, as condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase, quanto para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem acarretar em *bis in idem*, desde que as condenações sejam de fatos diversas.<sup>47</sup>

Outra hipótese de reconhecimento de maus antecedentes é a ocorrência de condenação por crime praticado antes ao analisado pelo juiz sentenciante, e cujo trânsito em julgado ocorreu após o fato objeto da sentença.<sup>48</sup>

### 2.1.3 Conduta Social

A conduta social diz respeito à avaliação do comportamento do réu no convívio social, familiar e laboral, perante a vizinhança e coletividade em que está inserido.

Conduta social não é mais sinônimo de antecedentes criminais. Deve-se observar como se comporta o réu em sociedade, ausente qualquer figura típica incriminadora.<sup>49</sup>

A jurisprudência desta Suprema Corte (e a do Superior Tribunal de Justiça) orienta-se no sentido de repelir a possibilidade jurídica de o magistrado sentenciante valorar negativamente, na primeira fase da operação de dosimetria penal, as circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social, quando se utiliza, para esse efeito, de condenações criminais anteriores, ainda que transitadas em jul-

46. RE nº 593.818/ SC. REL.Min. ROBERTO BARROSO. Plenário. Julgado entre 7 e 17/08/2020.

47. AgRg no HC 697.770/PE. Rel. Min. JESUÍNO RISSATO (Desembargador convocado do TJDF). Quinta Turma. Julgado em 13/12/2021.

48. TJSC. Apelação Criminal n. 0001165-21.2012.8.24.0066. Rel. Des. SIDNEY ELOY DALABRIDA. Quarta Câmara Criminal. Julgado em 04/04/2019.

49. NUCCI, *op. cit.*, 2021. p. 672.

gado, pois esse específico aspecto (prévias condenações penais) há de caracterizar, unicamente, maus antecedentes” (STF, RHC 144.337-AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 22/11/2019).<sup>50</sup>

Devem ser consideradas as amizades do acusado, sua predileção escolar, seus hábitos de diversão. Tais indicadores permitirão ao juiz verificar, segundo a prova dos autos, a vocação do acusado para o trabalho ou para a ociosidade; a afetividade do mesmo para com os membros de sua família, ou o desprezo e indiferença que nutre por seus parentes; o prestígio e a respeitabilidade que goza perante seus vizinhos e seu círculo social, bem como o índice de rejeição de que desfruta entre os que o conhecem socialmente; o seu grau de escolaridade, pela assiduidade e abnegação pelo estudo ou o desinteresse pela educação, assim como o respeito e o relacionamento com funcionários e professores do estabelecimento escolar; se injustificadamente não costuma pagar suas dívidas.<sup>51</sup>

Um péssimo pai e marido violento, no caso de condenação por lesões corporais graves, merece pena superior à mínima, por exemplo.<sup>52</sup>

Há julgado do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não é possível aumentar a pena-base em razão do fato de que o agente é usuário de drogas, sob a justificativa de que a conduta social versaria sobre a vida do réu e o modo como ele se relaciona com as pessoas.<sup>53</sup>

Por fim, adverte Guilherme Nucci, que a conduta social, embora de análise subjetiva, é composta por fatos objetivos, bastando a sua inserção, por meio das provas, nos autos,

---

50. STJ. REsp 1794854/DF. Rel. Min. LAURITA VAZ. 3ª Seção. Julgado em 23/06/2021.

51. ALMEIDA, *op. cit.*, p. 74-75.

52. NUCCI, *op. cit.*, 2015. p. 167.

53. AgRg no HC 529.624/SP. Rel. Min. RIBEIRO DANTAS. 5ª Turma. Julgado em 17/09/2019.

sendo que importantes elementos informadores podem ser colhidos durante a instrução processual por testemunhas.<sup>54</sup>

### 2.1.4 Personalidade do agente

Trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida.<sup>55</sup>

A personalidade diz respeito à índole do agente, à sua maneira de agir e sentir, ao próprio caráter do agente.<sup>56</sup>

Para Guilherme Nucci:<sup>57</sup>

Merece registro o alerta feito por Anabela Miranda Rodrigues no sentido de que a personalidade que se deve levar em conta para a fixação da pena é aquela manifestada no fato cometido, só devendo ser apreciada sob o ponto de vista do direito. Portanto, não se trata de um juízo moral, o que equivale a dizer que condenações anteriores podem ser levadas em consideração, já que o agente demonstra uma personalidade em desconformidade com o direito. Trata-se, pois, nessa ótica, de uma “personalidade particularmente desrespeitadora dos valores jurídico-criminais que fundamenta aquela agravação da pena” (A determinação da medida da pena privativa de liberdade, p. 668-669.)

E, complementa (p. 674):

São exemplos de fatores positivos da personalidade: bondade, calma, paciência, amabilidade, maturidade, responsabilidade, bom humor, coragem, sensibilidade, tolerância, honestidade, simplicidade, desprendimento material, solidariedade.

São fatores negativos: maldade, agressividade (hostil ou destrutiva), impaciência, rispidez, hostilidade, imaturidade, irresponsabilidade, mau hu-

---

54. NUCCI, *op. cit.*, 2021. p. 672.

55. NUCCI, *op. cit.*, 2015. p. 170-171.

56. DELMANTO, Celso ...[et al]. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 111.

57. NUCCI, *op. cit.*, 2021. p. 674.

mor, covardia, frieza, insensibilidade, intolerância (racismo, homofobia, xenofobia), desonestidade, soberba, inveja, cobiça, egoísmo.

Pode ser que no processo não haja elementos probatórios para a análise da personalidade do réu, não sendo admitido a afirmação genérica de que o réu possui personalidade voltada para a prática de crimes.

Há juízes que não analisam essa circunstância sob o fundamento de que não há prova técnica a respeito, entretanto o Superior Tribunal de Justiça entende que é desnecessário laudo psiquiátrico ou psicossocial, sendo possível a exasperação da pena nesta fase desde que o juiz fundamente com elementos constantes do processo.<sup>58</sup>

Ainda, segundo o Superior Tribunal de Justiça, a existência de inquéritos e ações penais em andamento, a prática de atos infracionais ou a existência de condenações criminais anteriores com trânsito em julgado, não podem ser considerados como fator negativo da personalidade do acusado, pois esse específico aspecto (prévias condenações penais) pode caracterizar, unicamente, maus antecedentes.<sup>59</sup>

### 2.1.5 Motivos

Motivos do crime são os precedentes psicológicos propulsores da conduta.<sup>60</sup>

Não há crime sem motivo. O motivo pode ser mais ou menos nobre, mais ou menos repugnante e a avaliação disso faz com que o juiz exaspere ou diminua a pena-base.<sup>61</sup>

O motivo é fator qualificativo da vontade humana, fornecendo o colorido indispensável à compreensão de qualquer conduta: existiu por quê? Para quê? O legislador, ao fazer referência a motivos do crime, foi feliz, pois o juiz deve

---

58. STJ. AgRg no REsp 1918046/SP. Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA. 5ª Turma. Julgado em 13/04/2021.

59. REsp 1794854/DF. Rel. Min. LAURITA VAZ. 3ª Seção. Julgado em 23/06/2021.

60. CAPEZ, *op. cit.*, p. 439.

61. NUCCI, *op. cit.*, 2021. p. 681.

buscar as razões de ser da conduta, bem como os objetivos a serem alcançados pelo agente em qualquer delito. Encontrando-os, valorando-os, para bem ou para mal, terá um quadro concreto a respeito de um dos fatores a compor a maior ou menor reprovação ao agente.<sup>62</sup>

Distingue-se o motivo do escopo. Enquanto este dispõe de natureza predominantemente cognoscitiva (o agente representa a finalidade que busca atingir), o motivo é essencialmente psicológico.<sup>63</sup>

Não podem ser utilizados como circunstância judicial os motivos que são inerentes ao tipo penal, como por exemplo o lucro fácil no crime de roubo ou de furto.

Da mesma forma, se o motivo encontrar referência em circunstância agravante ou atenuante, qualificadora ou causa de aumento ou de diminuição de pena, não poderá ser considerado na fase do art. 59 do Código Penal sob pena de *bis in idem* e porque tais circunstâncias serão consideradas em outros momentos da dosimetria.

Todavia, havendo duas ou mais qualificadoras, uma é considerada para a pena-base mínima e as demais poderão ser migradas para as circunstâncias judiciais da primeira fase (motivos, circunstâncias etc.), ou para as agravantes da segunda fase se encontrar correspondência no artigo 61 do Código Penal.<sup>64</sup>

O mesmo ocorre com uma segunda causa de aumento provada que não seja levada em conta na 3ª fase porque estaria sobrando, conforme a hipótese, é possível migrar a causa de aumento sobressalente para as circunstâncias judiciais ou para alguma agravante correspondente.<sup>65</sup>

---

62. *Ibidem*.

63. ALMEIDA, *op. cit.*, p. 83.

64. TJSC. Apelação Criminal n. 0000037-31.2017.8.24.0020. Rel. Des. JÚLIO CÉSAR M. FERREIRA DE MELO. Terceira Câmara Criminal. Julgado em 22/04/2020.

65. STJ. HABEAS CORPUS Nº 463.434/MT. Rel. Min. LAURITA VAZ. 3ª Seção. Julgado em 25/11/2020.



## 2.1.6 Circunstâncias do crime

O artigo 59 do Código Penal trata das circunstâncias acidentais ou acessórias do crime. Portanto, as circunstâncias do crime que são inerentes ao tipo penal não podem ser consideradas na primeira fase de aplicação da pena, tampouco as que constituam agravante ou atenuante, qualificadora e causa de aumento ou diminuição de pena, salvo as exceções referidas no item anterior.

Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se como exemplo o crime de latrocínio ter sido cometido em local ermo, ou o crime de roubo praticado de madrugada.<sup>66</sup>

Segundo Capez, podem ser valoradas negativamente, por exemplo, a duração do tempo do crime ao indicar uma maior determinação do criminoso; o local do crime pode demonstrar uma periculosidade maior do agente; ou a atitude de frieza, insensibilidade do agente durante e depois dos fatos.<sup>67</sup>

Adverte José Almeida, que as circunstâncias de ordem objetiva se comunicam entre os coautores, ao passo que as de caráter subjetivo somente se comunicarão quando elementares do tipo.<sup>68</sup>

## 2.1.7 Consequências do crime

Constituem o mal causado pelo crime, que transcende ao resultado típico. A consequência do crime nesta fase é a anômala, extrapenal e peculiar, sob pena de incorrer em *bis in idem* se a circunstância valorada negativamente for inerente ao tipo penal.<sup>69</sup>

Por exemplo, no crime de homicídio a consequência natural é a morte de alguém e, em decorrência disso, uma pessoa pode ficar viúva ou órfã. Entretanto, quando o agente sabe que a morte da vítima arrimo de família, colocará em risco o sustento da família ou o crime é praticado na presença

---

66. LUNARDI, *op. cit.* p. 186.

67. CAPEZ, *op. cit.*, p. 439

68. ALMEIDA, *op. cit.*, p. 86.

69. NUCCI, *op. cit.*, 2021. p. 684.

de filhos ou parentes, causando-lhes um trauma sem precedentes, pode-se considerar o fato para mensurar a pena.<sup>70</sup>

### 2.1.8 Comportamento da vítima

Esta circunstância judicial surgiu com a reforma da Parte Geral do Código Penal atendendo aos estudos de vitimologia, na medida em que o ofendido, sem incorrer em injusta provocação, nem por isso deixa de acirrar os ânimos, ou outras vezes seu comportamento estimula a prática do delito, especialmente nos crimes contra a dignidade sexual.<sup>71</sup>

O comportamento da vítima nunca pode ser valorado negativamente ao acusado, somente podendo abrandar a sua pena. Ou será positiva, quando a vítima contribui para a prática do delito, ou será neutra, se não houver colaborado.<sup>72</sup>

Segundo Guilherme Nucci há diversos graus de censura para analisar o comportamento da vítima:<sup>73</sup>

- 1) completamente inculpável: aquela que nada fez para merecer a agressão (ex.: um sujeito metido a valente agride uma pessoa mais fraca, que nada lhe fez, na frente dos amigos, somente para demonstrar força física);
- 2) parcialmente culpável, subdividida em: 2.1) por ignorância ou imprudência (ex.: a mulher morre ao permitir que se lhe faça um aborto em clínica clandestina); 2.2) com escassa culpabilidade (ex.: a moça entrega a senha da sua conta bancária ao noivo e sofre estelionato); 2.3) por atitude voluntária (ex.: o doente pede para morrer, pois encontra-se sofrendo mal incurável);
- 3) completamente culpável, subdividindo-se em: 3.1) vítima provocadora (ex.: sofre uma agressão física porque dirige graves injúrias a alguém em público); 3.2) vítima que busca auxiliar o agente (ex.: no estelionato, a torpeza bilateral é fator de apoio ao agente do crime, pois a vítima também

---

70. NUCCI, *op. cit.*, 2021. p. 684.

71. REALE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 408.

72. LUNARDI, *op. cit.*, p. 186.

73. NUCCI, *op. cit.*, 2021. p. 685.

busca levar vantagem); 3.3) falsa vítima (ex.: é a moça que acusa o ex-namorado da prática de estupro somente para vingar-se).

No estelionato, por vezes a vítima, pela ganância, tem comportamento que facilita a ação do réu, não se considerando, entretanto, “fraude bilateral”, porque quem enganou foi o agente, através de meio fraudulento e a participação interessada da vítima não elide o crime.

Seria favorável ao réu, no furto, a circunstância de a vítima deixar seus pertences de elevado valor em situação de fácil subtração. Maior cuidado da vítima para com a guarda de suas coisas pode ser desfavorável ao réu.

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é possível a compensação do comportamento da vítima quando valorado favoravelmente ao réu, com uma das outras sete circunstâncias judiciais.<sup>74</sup>

### **2.1.9 Circunstâncias judiciais previstas na legislação extravagante**

Há também circunstâncias judiciais previstas na legislação extravagante que devem ser analisadas para fixação da pena-base.

Na Lei de Drogas:

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.

Na Lei de Crimes Contra o Meio Ambiente:

Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:

I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente;

---

74. LUNARDI, *op. cit.*, p. 188.

II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;

## 2.2 Segunda fase: fixação da pena provisória

Na segunda fase da dosimetria analisam-se as circunstâncias agravantes e atenuantes, também conhecidas por circunstâncias legais.

São circunstâncias legais, objetivas ou subjetivas, que adere ao delito sem modificar a sua estrutura típica, influenciando apenas na quantificação da pena – para mais (agravantes) ou para menos (atenuantes) – em razão da particular culpabilidade do agente.<sup>75</sup>

As circunstâncias legais, agravantes e atenuantes, revestem-se de tipicidade e constituem modelos de modalidades das condutas, construídos em função de valores.<sup>76</sup>

As agravantes de caráter pessoal ou subjetivas são as que se referem aos motivos determinantes, à qualidade ou condição pessoal do agente, às suas relações com a vítima ou com os demais participantes. As agravantes objetivas relacionam-se com os meios e modos de execução, o tempo, o lugar e a ocasião, a situação ou condição pessoal da vítima e o objeto material do crime.

A distinção entre agravantes subjetivas e objetivas é importante porque apenas as agravantes de natureza objetiva comunicam-se aos coautores ou partícipes no delito.

Além disso, a incidência de agravante de natureza objetiva independe da prévia ciência pelo réu.<sup>77</sup>

Ainda, as circunstâncias agravantes e atenuantes devem ser obrigatoriamente aplicadas, quando incidentes no caso em julgamento.<sup>78</sup>

O aumento ou diminuição da pena decorrente de agravante ou atenuante incide sobre a pena-base (resultado da

---

75. NUCCI, *op. cit.*, 2021. p. 690.

76. REALE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 415.

77. STJ. HC 593.219/SC. Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, 5ª Turma. Julgado em 25/08/2020.

78. ALMEIDA, *op. cit.*, p. 166.

1ª fase da dosimetria), repercutindo tanto na pena privativa de liberdade quanto na pena de multa.

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina há julgados no sentido de que a pena de multa não sofre alteração na 2ª fase da dosimetria porque a multa obedece ao sistema bifásico, entretanto o Superior Tribunal de Justiça, após afirmar que a quantidade de dias-multa deveria obedecer aos critérios dispostos no art. 59 do Código Penal, passou a definir que a pena de multa deveria ser estabelecida de forma proporcional à privativa de liberdade imposta, obedecendo ao sistema trifásico do art. 68 do Código Penal.<sup>79</sup>

Nos termos da Súmula 231 do STJ, a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, tampouco a agravante pode aumentar além do máximo da pena prevista para o tipo.

Quando a circunstância agravante fizer parte do tipo derivado, como qualificadora ou causa de aumento, não será utilizada nesta fase, ou seja, o juiz não a levará em conta como circunstância legal.

O rol das agravantes é taxativo e restrito.

Já as atenuantes, possui um rol principal previsto no artigo 65 do Código Penal, entretanto há possibilidade de ampliação, por força do art. 66 do mesmo estatuto repressivo, o qual estabelece que podem ser reconhecidas outras atenuantes, desde que relevantes, anteriores ou posteriores ao crime, mesmo não previstas expressamente em lei.

O Juiz analisará primeiro as circunstâncias agravantes e depois as circunstâncias atenuantes.

São circunstâncias **agravantes** previstas no Código Penal:

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

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

---

79. REsp 1756117/RS. Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK. 5ª Turma. Julgado em 07/05/2019.

- b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
- c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;
- d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;
- e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
- f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;
- g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
- h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;
- i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
- j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
- l) em estado de embriaguez preordenada.

#### Agravantes no caso de concurso de pessoas

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

A agravante da reincidência é aplicável aos delitos dolosos e culposos.

No tocante às outras agravantes do inciso II do art. 61 do Código Penal, majoritariamente entende-se serem aplicáveis apenas aos crimes dolosos, por absoluta incompatibilidade com o delito culposos, cujo resultado é involuntário. Como se poderia chamar de fútil o crime culposos, se o agente não trabalhou diretamente pelo resultado? Como se poderia dizer ter havido homicídio culposos cruel, se o autor nada fez para torná-lo mais sofrido à vítima? Por estas e outras situações é que há incompatibilidade.<sup>80</sup>

Existem ainda agravantes previstas no artigo 15 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº. 9.605/98), no artigo 298 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº. 9.503/97) e no artigo 4º da Lei de Segurança Nacional (Lei nº. 7.170/83).

São **atenuantes** previstas no Código Penal:

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

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou pos-

---

80. NUCCI, *op. cit.*, 2021, p. 692.

terior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Extraem-se também atenuantes previstas no artigo 14 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº. 9.605/98).

Como exemplo de atenuante inominada do art. 66 do Código Penal a doutrina traz a atenuante da coculpabilidade do Estado por não ter oferecido oportunidades de melhor subsistência e educação ao agente.<sup>81</sup> A jurisprudência reconhece sua existência, entretanto é de difícil reconhecimento na prática.<sup>82</sup>

**ATENÇÃO:** Súmula 545 do STJ - Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal (ainda que seja confissão qualificada).

A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio, conforme Súmula 630 do Superior Tribunal de Justiça.

O legislador não estabeleceu o *quantum* das agravantes e atenuantes.

Doutrina<sup>83</sup> e jurisprudência, especialmente do Superior Tribunal de Justiça<sup>84</sup> e do Tribunal de Justiça de Santa Ca-

---

81. ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 13. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 545.

82. TJSC, Apelação Criminal n. 5015020-03.2020.8.24.0033. Rel. Desa. CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER. Quinta Câmara Criminal. Julgado em 17/02/2022; Apelação Criminal n. 5004820-61.2020.8.24.0024, . Rel. Desa. ANA LIA MOURA LISBOA CARNEIRO. Primeira Câmara Criminal. Julgado em 1º/07/2021; Apelação Criminal n. 0002732-84.2017.8.24.0075. Rel. Des. LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI. Quarta Câmara Criminal. Julgado em 20/08/2020; Apelação Criminal n. 0005931-28.2016.8.24.0018. Rel. Des. LUIZ CESAR SCHWEITZER. Quinta Câmara Criminal. Julgado em 30/05/2019; Apelação Criminal n. 0000003-49.2016.8.24.0066. Rel. Des. VOLNEI CELSO TOMAZINI. Segunda Câmara Criminal. Julgado em 12/06/2018.

83. NUCCI, *op. cit.*, 2021. p. 722.

84. AgRg no HC 688.632/RS, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2022.



tarina<sup>85</sup>, sugerem o aumento de 1/6 sobre a pena-base para cada agravante ou atenuante.

Por corolário, é possível compensar agravantes e atenuantes.

Todavia, nos termos do artigo 67 do Código Penal, no concurso entre agravantes e atenuantes, a pena deve se aproximar do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais aquelas que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência, todas de natureza subjetiva, registre-se.

Portanto, adverte Guilherme Nucci que a elevação ou diminuição, indicada pela preponderância, depende do critério usado pelo magistrado em relação ao quantum de cada agravante ou atenuante. Adotando-se o montante de um 1/6 para cada agravante ou atenuante, no confronto entre uma preponderante e uma não preponderante, o juiz pode elevar ou diminuir 1/8. Exemplo: no confronto da agravante da reincidência (preponderante) e da atenuante inominada (não preponderante), o magistrado eleva a pena, na segunda fase, em 1/8, em lugar de 1/6. O mesmo se faz para diminuir. A atenuante preponderante em confronto com a agravante não preponderante leva à redução de um oitavo na pena.<sup>86</sup>

O Superior Tribunal de Justiça fixou no Tema 585 que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea (refere-se à personalidade do agente) com a agravante da reincidência (ainda que específica<sup>87</sup>), havendo atualmente controvérsia sobre a aplicação do referido Tema para o caso de multirein-

---

85. TJSC. Apelação Criminal n. 0008854-49.2017.8.24.0064. Rel. Des. NORIVAL ACÁCIO ENGEL. Segunda Câmara Criminal. Julgado em 1º/02/2022; Apelação Criminal n. 0022589-78.2017.8.24.0023. Rel. Des. LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN. Terceira Câmara Criminal. Julgado em 25/01/2022.

86. NUCCI, *op. cit.*, 2021. p. 722.

87. STJ. HC 617.049/SP. Rel. Min. FELIX FISCHER. 5ª Turma. Julgado em 17/11/2020.

cidência, tendo prevalecido o entendimento de que neste caso prevalece sobre a atenuante da confissão espontânea<sup>88</sup>.

Da mesma forma, é possível compensar a atenuante da menoridade (refere-se à personalidade do agente) com a agravante da reincidência.<sup>89</sup>

### **2.3 Terceira fase: fixação da pena definitiva**

Na terceira fase de aplicação da pena serão sopesadas as causas de aumento e de diminuição de pena, previstas na parte geral e na parte especial do Código Penal ou em leis extravagantes, nas quais é estabelecido, pelo legislador, uma fração para aumentar ou diminuir a pena.

Causas de aumento não se confundem com qualificadoras, para as quais são previstas penas mínimas e máximas superiores à do tipo penal simples, nem com agravantes genéricas, para as quais não há parâmetro definido de aumento.

Podem ser previstas em quantidade fixa (ex.: art. 121, § 4.º, determina o aumento de 1/3) ou em quantidade variável (ex.: art. 157, § 2.º, determina um aumento de 1/3 até a metade). Outros exemplos de causa de aumento da Parte Especial do Código Penal: arts. 157, §§ 2.º, 2.º-A e 2.º-B; 158, § 1.º; 168, § 1.º; 226.

Também não se confundem causas de diminuição com as atenuantes genéricas, porque estas determinam redução de pena em montante não limitado em frações pelo legislador.

Exemplos de causas de diminuição previstas na Parte Geral do Código Penal: arts. 14, parágrafo único; 16; 21, parte final; 24, § 2.º; 26, parágrafo único; 28, § 2.º; 29, §§ 1.º e 2.º.

Exemplos de causas de diminuição previstas na Parte Especial do Código Penal: arts. 121, § 1.º; 129, § 4.º; 155, § 2.º; 171, § 1.º.

---

88. STJ. AgRg no HC 497.101/SC. Rel. Min. RIBEIRO DANTAS. 5ª Turma. Julgado em 06/06/2019.

89. TJSC. Apelação Criminal n. 0003345-34.2019.8.24.0011. Rel. Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI. Primeira Câmara Criminal. Julgado em 20/02/2020.

Não se diz “causa de especial aumento [ou de diminuição] de pena” e sim “causa especial de aumento [ou de diminuição] de pena”, porque assim está descrito de forma técnica no Código Penal.

As causas de aumento e de diminuição incidem sobre a pena, resultado da segunda fase da dosimetria.

Em relação à ordem de incidência, primeiro deve ser calculada a causa de aumento e, sobre o resultado, deve ser aplicado a causa de diminuição da pena. Embora haja doutrina<sup>90</sup> que afirme que primeiro deve ocorrer a diminuição conforme interpretação literal do art. 68 do Código Penal, se assim for feito o resultado matemático pode prejudicar o réu.<sup>91</sup>

O aumento decorrente de causa especial deve ser dado antes de aumento decorrente de causa geral.

Da mesma forma, a diminuição decorrente de causa especial deve ser dada antes da diminuição decorrente de causa geral.

Quando há mais de uma causa de aumento ou mais de uma causa de diminuição, atualmente três posições sobre critérios para sua aplicação:

1.<sup>a</sup>) todas as causas de aumento e de diminuição devem incidir sobre a pena-base, extraída na 2.<sup>a</sup> fase da fixação da pena. Ex.: chegando à pena de 6 anos de reclusão pela prática de um roubo (os limites do art. 157 estão fixados entre 4 e 10), ao levar em conta o disposto nos arts. 59, 61 a 65, o juiz passará a considerar as eventuais causas de aumento. Imaginando-se existirem duas – concurso de duas ou mais pessoas e continuidade delitiva –, os aumentos incidirão sobre os 6 anos. Portanto, 6 mais 2 (1/3 do art. 157, § 2.<sup>o</sup>) formam 8 anos. Aumentando-se mais 1 ano, por haver continuidade delitiva (1/6 do art. 71), a pena vai para 9 anos de reclusão. O mesmo critério é usado para as causas de diminuição;

---

90. ALMEIDA, *op. cit.*, p. 221.

91. LUNARDI, *op. cit.*, p. 03.

2.<sup>a</sup>) todas as causas incidem umas sobre as outras. No mesmo exemplo: dos 6 anos encontrados na 2.<sup>a</sup> fase, o juiz passará a considerar as causas de aumento umas sobre as outras (juros sobre juros). Assim, 6 anos mais 2 (1/3 do art. 157, § 2.<sup>o</sup>) vão para 8 anos; sobre os 8 soma-se 1/6, totalizando 9 anos e 4 meses de reclusão. O mesmo critério é usado para as causas de diminuição;

3.<sup>a</sup>) as causas de aumento incidem sobre a pena extraída da 2.<sup>a</sup> fase e as de diminuição incidem umas sobre as outras. Este último critério é uma tentativa de conciliação. Nota-se que o segundo critério faz com que, em caso de aumento, a pena fique maior, justamente porque há a incidência de uma causa sobre outra. Em compensação, o primeiro critério, quando for caso de diminuição, poderá conduzir à pena zero. Exemplo disso: de um montante de 6 meses, o juiz deve extrair duas causas de diminuição (ambas de metade). Ora, aplicadas as duas sobre 6 meses, o magistrado encontrará que 6 meses menos 3 meses é igual a 3; novamente subtraindo 3, chegará a zero. Logo, o réu será condenado e não terá pena a cumprir. Pode até ficar o Estado devendo a ele. No caso de duas diminuições de 2/3: 6 anos menos 4 é igual a 2; novamente subtraindo 4, vai para menos 2 anos.<sup>92</sup>

E conclui:<sup>93</sup>

Tendo em vista o grave inconveniente da chamada pena zero, o primeiro critério não pode ser adotado na íntegra. O terceiro, por sua vez, não oferece um método seguro: para aumentar, faz-se de um modo; para diminuir, utiliza o juiz outra forma. Parece-nos – e é majoritário esse entendimento – ser adequado o segundo: as causas de aumento e de diminuição são aplicadas umas sobre as outras. Evita-se a inoportuna pena zero e cria-se um método uniforme para aumentar e diminuir a

92. NUCCI, *op. cit.*, 2021. p. 728.

93. *Ibidem*.

pena igualmente. Aliás, justamente porque o segundo critério é dominante, não se admite que existam compensações entre causas de aumento e de diminuição. Quando o juiz for aplicar um aumento de 1/3 e uma diminuição de 1/3, por exemplo, não poderá compensá-los, anulando-os. Eis o motivo: se a pena extraída da 2.<sup>a</sup> fase for de 6 anos, aplicando-se um aumento de 1/3, alcança-se a cifra de 8 anos. Em seguida, subtraindo-se 1/3, segue-se para a pena de 5 anos e 4 meses. Portanto, é incabível compensar as duas (grifou-se).

Nesta 3.<sup>a</sup> fase as causas de aumento ou diminuição, sejam especiais ou gerais, incidem tanto sobre a pena privativa de liberdade e sobre a pena de multa.

Nesta fase, ainda, a incidência de causas de aumento ou de diminuição, sejam especiais ou gerais, podem determinar aumento ou diminuição da pena para além ou aquém do máximo ou mínimo legal.

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 (CP, art. 68, parágrafo único).

A expressão “pode” inserta no dispositivo legal refere-se à discricionariedade judicial limitada, ou seja, à escolha fundamentada pelo juiz de uma das hipóteses autorizada pela lei.

Da intelecção do referido dispositivo é possível identificar 3 situações:<sup>94</sup>

1º) havendo duas ou mais causas de aumento ou de diminuição da parte especial, o juiz pode: a) aplicar apenas uma causa, qual seja, a que mais aumenta ou mais diminui; b) aplicar mais de uma; c) aplicar todas elas.

2º) havendo duas ou mais causas de aumento ou de diminuição da parte geral o juiz deve aplicar todas elas, cumulativamente.

---

94. LUNARDI, *op. cit.*, p. 201-202.

3º) havendo causas de aumento e de diminuição da parte geral e da parte especial o juiz deve aplicar todas elas cumulativamente.

Insta ressaltar que havendo mais de uma causa de aumento de pena prevista no mesmo dispositivo e sendo o aumento variável, a fração de aumento de pena acima do mínimo exige fundamentação de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Este é o norte estabelecido pela Súmula 443 do STJ.<sup>95</sup>

Em arremate, havendo mais de uma causa de aumento, no caso em que uma segunda causa não seja levada em conta na 3ª fase porque estaria sobrando, conforme a hipótese, é possível migrar a causa de aumento sobressalente para as circunstâncias judiciais ou para alguma agravante correspondente, conforme orientação da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça:

[...] 3. Quanto à possibilidade propriamente dita de deslocar a majorante sobejante para outra fase da dosimetria, considero que se trata de providência que, além de não contrariar o sistema trifásico, é a que melhor se coaduna com o princípio da individualização da pena. De fato, as causas de aumento (3ª fase), assim como algumas das agravantes, são, em regra, circunstâncias do crime (1ª fase) valoradas de forma mais gravosa pelo legislador. Assim, não sendo valoradas na terceira fase, nada impede sua valoração de forma residual na primeira ou na segunda fases.

4. A desconsideração das majorantes sobressalentes na dosimetria acabaria por subverter a própria individualização da pena realizada pelo legislador, uma vez que as circunstâncias consideradas mais gravosas, a ponto de serem tratadas como causas de aumento, acabariam sendo desprezadas. Lado outro, se não tivessem sido previstas como majorantes, poderiam ser integralmente valoradas na primeira

---

95. SÚMULA 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.

e na segunda fases da dosimetria. [...] (Habeas Corpus Nº 463.434/MT. Rel. Min. Laurita Vaz. 3ª Seção. Julgado em 25/11/2020)

## 2.4 Concurso de crimes

Quando o agente pratica mais de um crime e estes estão sendo apurados no mesmo processo, a dosimetria da sentença deve contar com mais um capítulo, mais uma “fase”, que é do concurso de crimes.

O Código Penal adota o **sistema do cúmulo material**, no qual as penas são somadas (arts. 69 e 70, parágrafo único), e o **sistema de exasperação da pena**, no qual se aplica a pena do crime mais grave, aumentada (arts. 70 e 71).

O concurso formal e continuidade delitiva previstas nos arts. 70 e 71, do Código Penal, são consideradas causas gerais de aumento de pena, que se aplicam após todas as outras causas, de modo que às vezes pode parecer que sua aplicação ocorre numa virtual 4ª fase da dosimetria, ante a posição delas após encontrada a pena definitiva.

O concurso material (ou real) ocorre quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes (art. 69, do CP). O concurso material pode ser homogêneo (prática de crimes idênticos) ou heterogêneo (prática de crimes não idênticos).

É imprescindível que o juiz, para proceder à soma das penas, realize a dosimetria de cada um dos crimes, ainda que idênticos no tipo penal, pois a pena definitiva poderá ser diferente.

O Brasil adotou o concurso material moderado, por força do artigo 75 do Código Penal, que prevê o máximo de cumprimento da pena em 40 anos (era de 30 anos antes do Pacote Anticrime), independentemente do resultado obtido com a aplicação do artigo 69.

Ocorre concurso formal (ou ideal) quando o agente, mediante uma única ação ou omissão, provoca dois ou mais resultados típicos, devendo ser punido pela pena mais grave,

ou uma delas, se idênticas, aumentada de um sexto até a metade (art. 70, do CP).

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>96</sup>, o aumento de pena deve ocorrer na proporção do número de crimes cometidos, ou seja, 1/6 pela prática de 2 crimes; 1/5 para 3 crimes; 1/4 para 4 crimes; 1/3 para 5 crimes; e 1/2 para 6 ou mais crimes.

O concurso formal será homogêneo quando os crimes praticados forem idênticos, ou heterogêneo, se distintos.

Haverá concurso formal próprio ou perfeito quando o agente, mediante uma única ação ou omissão, provoca dois ou mais resultados (art. 70, caput, 1ª parte, do CP).

Ocorre concurso formal impróprio ou imperfeito quando a conduta dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos (art. 70, *caput*, 2ª parte, do CP). A intenção do legislador, nessa hipótese, é retirar o benefício daquele que, tendo por fim deliberado e direto atingir dois ou mais bens jurídicos, cometer os crimes com uma só ação ou omissão. Tradicional exemplo nos fornece Basileu Garcia: se o agente enfileira várias pessoas e com um único tiro, de arma potente, consegue matá-las ao mesmo tempo, não merece o concurso formal, pois agiu com desígnios autônomos. Por isso, são somadas as penas.<sup>97</sup>

O legislador não trouxe o conceito de “desígnios autônomos”, havendo concordância da doutrina quando há dolo direto, mas divergência quando ocorre o dolo eventual.

Guilherme Nucci sintetiza:<sup>98</sup>

- a) havendo dolo quanto ao crime desejado e culpa quanto ao(s) outro(s) resultado(s) da mesma ação, trata-se de concurso formal perfeito;
- b) havendo dolo quanto ao delito desejado e dolo eventual no tocante ao(s) outro(s) resultado(s) da mesma ação, há concurso formal perfeito;

---

96. HC nº 620.677/SP. Rel. Min. FELIX FISCHER. 5ª Turma. Julgado em 02/02/2021.

97. NUCCI, *op. cit.*, 2021. p. 745.

98. *Ibidem*, p. 746.



c) havendo dolo quanto ao delito desejado e também em relação aos efeitos colaterais, deve haver concurso formal imperfeito.

Na dúvida, entretanto, deve prevalecer o perfeito ou próprio com exasperação da pena, valendo-se do princípio geral da prevalência do interesse do acusado (*in dubio pro reo*).<sup>99</sup>

Em arremate, segundo a regra do concurso material benéfico (art. 70, parágrafo único, do CP), caso a aplicação do concurso formal resulte em pena superior à que seria obtida no concurso material, as penas devem ser somadas, ou seja, não é permitido que o concurso formal resulte em pena maior que a regra do cúmulo material. Juridicamente o concurso é formal, mas na aplicação da pena a regra será do concurso material.

A terceira hipótese de concurso de crimes é a continuidade delitiva (art. 71, do CP).

Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, com condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, cria-se uma suposição de que os subseqüentes são uma continuação do primeiro, formando o crime continuado.<sup>100</sup>

Três teorias procuram explicar a natureza jurídica do crime continuado: da ficção jurídica, da unidade real e mista.<sup>101</sup>

Pela teoria da ficção jurídica, existem vários crimes, mas a lei resolveu conferir ao concurso material um tratamento especial. Por uma ficção, considera a existência de um único delito.

Segundo a teoria da unidade real, o crime continuado existe porque a ação pode compor-se de vários atos, sem que isso tenha qualquer correspondência necessária com um ou mais resultados. Os vários delitos, na realidade, constituem um único crime.

Na teoria mista o crime continuado não é um só, nem vários. Ele constitui um terceiro delito.

---

99. *Ibidem*.

100. *Ibidem*, p. 747.

101. CAPEZ, *op. cit.*, p. 504.

O Código Penal adotou a teoria da ficção jurídica<sup>102</sup>.

Por “delitos da mesma espécie” entende-se os que estiverem previstos no mesmo tipo penal. Nesse prisma, tanto faz sejam figuras simples ou qualificadas, dolosas ou culposas, tentadas ou consumadas.<sup>103</sup>

O crime continuado divide-se em genérico e específico:

O crime continuado genérico está tipificado no caput do artigo 71 do Código Penal, e ocorre quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, quando então será aplicada a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

O crime continuado específico está previsto no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal, o qual determina que nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observado o concurso material benéfico.

Para configuração do crime continuado genérico o Código Penal adotou, conforme interpretação do Superior Tribunal de Justiça, a Teoria Objetivo-Subjetiva ou Mista, segundo a qual, para o seu reconhecimento e aplicação das suas consequências jurídicas, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos de ordem objetiva (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e o de ordem subjetiva, assim entendido como a unidade de desígnios.<sup>104</sup>

---

102. NUCCI, *op. cit.*, 2021. p. 748.

103. *Ibidem*, p. 750.

104. LUNARDI, *op. cit.*, p. 206.

Da mesma forma que o concurso formal, na continuidade delitiva a fração de aumento deve ser firmada de acordo com o número de crimes cometidos, ou seja: 1/6 pela prática de 2 crimes; 1/5 para 3 crimes; 1/4 para 4 crimes; 1/3 para 5 crimes; 1/2 para 6 crimes; 2/3 para 7 ou mais crimes.<sup>105</sup>

Se houver concurso formal entre dois delitos cometidos em continuidade delitiva, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, incidirá apenas um aumento de pena, o relativo ao crime continuado, sob pena de *bis in idem*, levando-se em consideração a quantidade total de crimes para escolha da fração de aumento.<sup>106</sup>

Tem-se entendido que é necessário dosimetrar a pena de cada um dos crimes em concurso formal ou continuidade delitiva na 1ª e na 2ª fases, especialmente quando se trata de crimes não idênticos. Justificam a doutrina<sup>107</sup> e a jurisprudência<sup>108</sup> pela necessidade de se saber qual a pena que o Juiz daria ao(s) crime(s) menos grave, a fim de reconhecer depois eventual prescrição retroativa em relação a ele(s), por exemplo.

Na prova de sentença, a depender da tese (muitos crimes e vários réus) é possível fazer a dosimetria de um só dos crimes, o mais grave em tese, e aplicar o aumento, justificando este procedimento na resposta. Mas realmente ficaria o problema da prescrição retroativa, que deve incidir sobre a pena de cada um dos crimes, isoladamente – CP, art. 119, eis que nesse caso não é aplicável a regra do art. 118 do Código Penal: “as penas mais leves prescrevem com as mais graves”,

---

105. STJ. AgRg no HC 649.199/SP. Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. 5ª Turma. Julgado em 15/02/2022; TJSC, Apelação Criminal n. 0000478-57.2019.8.24.0144. Rel. Des. ANTÔNIO ZOLDAN DA VEIGA. Quinta Câmara Criminal. Julgado em 10/02/2022.

106. LUNARDI, *op. cit.*, p. 209.

107. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 262 e 263.

108. TJSC. Apelação Criminal n. 2010.004277-9. Rel. Des. TULIO PINHEIRO. Segunda Câmara. Julgado em 2011.

que leva em conta, por exemplo, a cumulação de uma pena privativa de liberdade com uma multa.

Então neste caso se o Juiz, ao chegar na dosimetria, já percebe a possibilidade de reconhecer a prescrição retroativa pela pena *in concreto*, diz qual a pena que daria ao crime menos grave, embora em seguida escolha a pena do crime mais grave para fazer incidir o aumento, para depois extinguir a punibilidade em relação àquele.

Ou então, para ganhar tempo e não correr o risco de anular a dosimetria, faz o exame em conjunto das três fases de todos crimes e, após, pega a pena maior e aplica o aumento correspondente.<sup>109</sup>

---

109. “Passo, assim, à dosimetria da pena necessária e suficiente para reprovação e prevenção dos delitos, em observância aos ditames constitucionais e legais pertinentes (art. 5º, XLVI, CRFB/88; 59 e ss., Código Penal; 42 e ss., Lei n. 11.343/2006).

A sanção prevista para o art. 243 do ECA é de detenção de dois a quatro anos e multa, para o art. 244-B do ECA, é de reclusão de um a quatro anos, e para o previsto no art. 250, caput, do Código Penal é de reclusão, de três a seis anos, e multa.

Em atenção às circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifico que a culpabilidade, considerada como o grau de reprovabilidade ínsito à conduta dos agentes, não desborda do normal à espécie. O réu não registra antecedentes. Com relação à conduta social, a ser aferida do papel do réu no seio social (isto é, em suas relações na família, trabalho, vizinhança, etc.), e à personalidade (entendida como o conjunto de qualidades e características psíquicas que formam a individualidade do ser), nada consta nos autos que possa ser valorado. Os motivos e circunstâncias são normais à espécie. As consequências não transcendem o resultado previsto nos tipos penais violados. O comportamento da vítima, por sua vez, não influenciou a prática do delito.

Assim, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja 2 anos de detenção e 10 dias-multa para o crime previsto no art. 243 do ECA, um 1 de reclusão para o crime previsto no art. 244-B do ECA, e 3 anos de reclusão e 10 dias-multa para o disposto no art. 250, caput, do Código Penal.

Na segunda fase da dosimetria, registro a ausência de circunstâncias atenuantes. Contudo, presente a agravante prevista no art. 61, II, a, do Código Penal (motivo fútil), pelo que a pena deve ser agravada, ficando a pena provisória em 2 anos e 4 meses de detenção e 20 dias-multa (art. 243, ECA), um 1 e 2 meses de reclusão (art. 244-B, ECA), e 3 anos e 6 meses de reclusão e 20 dias-multa (art. 250, caput, CP).

Na terceira fase da dosimetria, ausentes causas de diminuição de pena, mas presente causa de aumento relativa ao crime de incêndio, pois praticado em casa habitada (art. 250, § 1º, II, a, CP), que aplico para aumentar a pena em um terço. Desse modo, as penas são fixadas em 2 anos e 4 meses de detenção e 20 dias-multa (art. 243, ECA), um 1 e 2 meses de reclusão (art. 244-B, ECA), e 4 anos e 8 meses de reclusão e 30 dias-multa (art. 250, caput, CP).

Detalhe importante é a pena de multa, que não se sujeita, por força de lei (art. 72, do CP), às regras previstas para o concurso de crimes. Portanto, no caso de concurso material e formal, as penas de multa para cada crime devem ser somadas.

Entretanto, no crime continuado, deve-se aplicar a regra da exasperação para a pena de multa, porque o artigo 72 do Código Penal refere-se apenas a “concurso de crimes” e no artigo 71, por ficção, há crime único, conforme exegese do Superior Tribunal de Justiça.<sup>110</sup>

### 3 Fixação da pena de multa

A multa é uma sanção penal, prevista em lei, consistente no pagamento de uma determinada quantia em dinheiro destinada ao Estado.

A pena de multa pode ser cumulativa (pena privativa de liberdade + multa), alternativa (pena privativa de liberdade ou multa) ou isoladamente (ex. art. 37, da Lei de Contravenções Penais) prevista como sanção.

O Código Penal adota o sistema de **dias-multa** para fixação do valor da pena de multa.

---

Considerando que o acusado cometeu o crime previsto no art. 243 do ECA por três vezes, em continuidade delitiva (art. 71, CP), aumento a pena em 1/5, de modo que a reprimenda relativa ao citado delito fica fixada em 2 anos e 10 meses de detenção e 30 dias-multa.

Outrossim, considerando que os delitos previstos nos artigos art. 244-B do ECA e 250, caput, do Código Penal, foram cometidos em concurso formal (art. 70, CP), aplico tão somente a pena mais grave (art. 250, caput, CP), aumentada em um sexto, de modo que a pena vai fixada em 5 anos e 6 meses de reclusão e 30 dias-multa.

Por fim, reconheço a ocorrência de concurso material entre os crimes previstos nos artigos 243 e 244-B do ECA em relação ao art. 250, caput e § 1º, II, a, do Código Penal, devendo as penas serem somadas.

Assim, a pena definitiva é fixada em 2 anos e 10 meses de detenção e 30 dias-multa para o crime previsto no art. 243 do ECA, e 5 anos e 6 meses de reclusão e 30 dias-multa para os crimes previstos no art. 244-B do ECA e art. 250, caput, e § 1º, II, a, do Código Penal.” (Trecho da sentença proferida nos autos nº 0000391-10.2018.8.24.0218, de Catanduvas/SC, da lavra do juiz LEANDRO ERNANI FREITAG, datada de 1º/04/2021)

110. AgRg no REsp 1843797/SP. Rel. Min. JOEL ILAN PACIONIK. 5ª Turma. Julgado em 05/03/2020.

Conforme artigo 49 do Código Penal, quando o tipo penal não fixar patamares mínimo e máximo<sup>111</sup>, a pena de multa obedece a um patamar variável de 10 a 360 dias-multa e cada dia-multa pode valer de 1/30 do salário mínimo até cinco vezes o valor do salário mínimo, podendo ainda elevar este limite até o triplo (art. 60, § 1º, do CP).

Extraí-se do artigo 49 do Código Penal que para o cálculo da pena pecuniária observa-se o critério bifásico. Primeiro o juiz deve fixar a quantidade de dias-multa, e em seguida fixar o valor do dia-multa.

Na primeira etapa deve-se seguir o critério trifásico<sup>112/113</sup> para chegar-se a quantidade de dias-multa. Ou seja, fixação da quantidade da pena de multa deve ser analisada em conjunto com a fixação da pena privativa de liberdade e deve guardar proporcionalidade com esta.

Ilustrando, um condenado merecedor de pena privativa de liberdade acima do mínimo legal fará com que o julgador eleve, igualmente, o número de dias-multa. Outro sentenciado, cuja pena privativa de liberdade for fixada no mínimo legal, merece a sanção pecuniária em idêntico patamar.<sup>114</sup>

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina há julgados que divergem sobre a aplicação do critério trifásico na primeira etapa de fixação da pena de multa, entretanto a adesão ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça vem aumentando.

Estabelecida a quantidade de dias-multa, na etapa seguinte o magistrado fixa o valor de cada dia-multa, conforme situação econômica do réu comprovada nos autos (art. 60,

---

111. Na Lei de Drogas, por exemplo, no crime de tráfico prevê pena de multa de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

112. STJ. REsp 1756117/RS. Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK. 5ª Turma. Julgado em 07/05/2019.

113. NUCCI, *op. cit.*, p. 648: Em verdade, o que defendemos é um critério bifásico, cuja primeira fase é composta de três estágios, como se prevê no art. 68 do CP. Sintetizando: 1.ª fase) aplica-se a pena-base (número de dias multa); lançam-se agravantes e/ou atenuantes; finaliza-se com os aumentos e diminuições; 2.ª fase) eleger-se o valor de cada dia-multa.

114. NUCCI, *op. cit.*, 2021. p. 648.

do CP). Condição econômica abrange renda e patrimônio. Se não houver informações suficientes sobre a remuneração do réu o valor do dia-multa deve ser fixado no mínimo legal (1/30 do salário mínimo).

Todavia, existem exceções a esse critério estabelecidas, como o art. 244 do Código Penal (abandono material), que fixa a pena de multa em salários mínimos, e também em leis especiais, como a Lei 8.245/91 (Lei de Locação de Imóveis Urbanos), que prevê multa equivalente ao valor do último aluguel atualizado, ou a Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), que trata da multa como percentual da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente da licitação fraudulenta.

#### **4 Fixação do regime inicial de cumprimento da pena (fase secundária segundo o autor Guilherme Nucci)**

De acordo com o artigo 59 do Código Penal, encerrada a 3ª fase da dosimetria, com a quantificação da pena definitiva, o juiz deve fixar o regime inicial de cumprimento da pena (aberto, semiaberto ou fechado), com base no art. 33 do Código Penal. Esta fase é chamada de “secundária”.

Para fixação do regime levam-se em conta os seguintes fatores:

1 - espécie da pena privativa de liberdade: se reclusão, detenção ou prisão simples. Para a detenção e a prisão simples não é possível o regime fechado, independentemente da quantidade de pena (CP, art. 33, caput, segunda parte). Somente na execução da pena, em razão de falta grave, o apenado pode ter seu regime regredido para o fechado, ainda que a pena seja de detenção.

2 - quantidade da pena totalizada para cada espécie (reclusão, detenção ou prisão simples). Geralmente o regime será aberto para o condenado a uma pena que não supera 4 anos. Semiaberto, se a pena é maior de 4 anos e não supera

os 8. Fechado, se a pena é superior a 8 anos (CP, art. 33, par. 3º, letras “a”, “b” e “c”).

Para estabelecimento do regime adequado deve-se somar as penas de igual espécie (art. 111 e parágrafo único, da Lei de Execução Penal). “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 718 do STF).

3 – reincidente ou não: de regra (não é absoluta<sup>115</sup>), sendo reincidente, o regime será fechado.

As alíneas “b” e “c” do artigo 33 do Código Penal, que tratam do regime semiaberto e aberto, iniciam com a expressão “o condenado não reincidente”. Isso significa que o legislador determinou o regime fechado para qualquer pessoa que for condenada à pena superior a 8 anos ou para o agente que for reincidente independentemente da pena aplicada, como uma espécie de “punição” por ter novamente cometido um crime, merecendo tratamento mais rigoroso.

**ATENÇÃO:** Por questão de política criminal, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 269, passando a ser admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

4 - circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal: se desfavoráveis, podem indicar a necessidade de regime mais rigoroso do que o previsto no Código Penal para o montante de pena aplicado, conforme autoriza o § 3º do art. 33 do Código Penal.

Em se tratando de crime envolvendo drogas, o artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, igualmente autorizada a fixação de regime mais gravoso, independentemente do *quantum* de pena, quando a natureza, diversidade e a quantidade da droga apreendida evidenciam especial gravidade concreta do delito.<sup>116</sup>

---

115. Ver Súmula 269 do STJ.

116. Uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJ 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar



5 - fundamentação adequada: de acordo com a Súmula n. 719 do STF, “a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

**CUIDADO:** no HC 111.840/ES o Supremo Tribunal Federal reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade da nova redação do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, de modo que não é mais obrigatório o regime inicialmente fechado para cumprimento de pena imposta por crime hediondo ou equiparado, como tráfico de drogas, devendo-se observar, nesses crimes, o disposto no artigo 33, c/c o artigo 59, ambos do Código Penal, ou em outra situação que demonstre a gravidade concreta do crime, e as Súmulas n. 440/STJ, 718/STF e 719/STF.

**ATENÇÃO:** no crime de tortura há previsão legal de regime inicial fechado obrigatório (1º, § 7º, da Lei n. 9.455/97), sendo que no HC 82.337/RJ, não houve o reconhecimento da inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal. Entretanto a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça<sup>117</sup> é no sentido de que se aplica por analogia a impossibilidade de fixação de regime inicial fechado *ope legis*:

[...] 1. Esta Corte Superior de Justiça alinhou-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da norma disposta no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI,

---

em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal - com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. A Corte de origem manteve a imposição do regime inicial fechado, com base, justamente, nas peculiaridades do caso analisado, ocasião em que salientou a elevada quantidade de drogas apreendidas e as circunstâncias em que foi praticado o crime: em contexto de tráfico interestadual (do Paraná para o estado de São Paulo), com envolvimento de dois veículos, sendo um para o transporte das substâncias entorpecentes e outro para sua escolta. (STJ. AgRg no HC 728.354/SP, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ. 6ª Turma. Julgado em 29/03/2022)

117. Da 6ª Turma: AgRg no HC 664.171/SP. Rel. Min. LAURITA VAZ. Julgado em 14/09/2021.

Tribunal Pleno, julgado em 27/6/2012), passando a inadmitir a fixação do regime inicial fechado com base na mera fundamentação *ope legis*, aos condenados por crimes hediondos ou a ele assemelhados. Em analogia a esse entendimento, de rigor a sua aplicação para que a fixação do regime inicial do crime de tortura ocorra nos moldes do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, porquanto o art. 1º, § 7º, da Lei n. 9.455/1997 expõe norma idêntica à do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC 378.456/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 3/10/2017, DJe 11/10/2017).

2. É necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal ou em outra situação que demonstre a gravidade concreta do crime. Incidência das Súmulas 440/STJ, 718/STF e 719/STF. [...] (AgRg no REsp 1977874/SP. Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. 5ª Turma. Julgado em 22/02/2022)

CUIDADO: Na Lei n. 9.034/95, que tratava do crime organizado, havia dispositivo que determinava o regime inicialmente fechado, independentemente do montante da pena (art. 10). Entretanto, a Lei n. 9.034/95 foi revogada pela Lei n. 12.850/13 e a nova lei NÃO prevê mais a obrigatoriedade do regime fechado, estando em consonância com o HC 82.337/RJ julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

## **5 Substituição da pena privativa de liberdade por multa, restritiva de direitos ou medida de segurança (fase terciária segundo o autor Guilherme Nucci)**

Quantificada a pena final e estabelecido o regime inicial, passa-se à fase terciária, na qual o juiz examina a viabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por multa

(art. 44, § 2º e 60<sup>118</sup> § 2º, CP), por restritiva de direitos (art. 44, CP), por medida de segurança (art. 98, CP), ou, a da suspensão condicional da pena (*sursis* - art. 77, CP).

São medidas de política criminal, cuja finalidade é evitar o encarceramento desnecessário.

Leva-se em conta a soma das penas aplicadas pelos vários crimes praticados em concurso material (art. 69, § 1º, CP).

Se a pena aplicada não for superior a seis (6) meses (independentemente se com grave ameaça ou violência); o réu não seja reincidente em crime doloso (a reincidência em crime culposo ou com aplicação de somente pena de multa anterior não impedem a substituição em pauta); forem favoráveis ao réu as circunstâncias ditas judiciais, do art. 59, do Código Penal; e não se tratar de crime violência doméstica e familiar contra a mulher; a pena privativa de liberdade poderá ser substituída pela de multa, fixada entre 10 e 360 dias-multa, nos termos do artigo 60, § 2º, do Código Penal.

No crime de tráfico ilícito de drogas é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a vedação existente no art. 44 da Lei de Drogas.<sup>119</sup>

Ainda, segundo o Supremo Tribunal Federal, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em crimes hediondos e equiparados, desde que consideradas as circunstâncias do caso concreto.<sup>120</sup> Idêntico raciocínio se aplica ao *sursis*.<sup>121</sup>

A Lei 12.850/2013, em seu art. 4º, autoriza, em caso de colaboração premiada, independentemente da quantidade

---

118. Fernando Capez, citando Luiz Flavio Gomes, entende que o § 2º do art. 60 do CP foi ab-rogado pelo art. 44 § 2º do CP (lei posterior mais abrangente).

119. HC 97.256-RS. Rel. Min. AYRES BRITTO. Plenário. Julgado em 1º/09/2010.

120. HC 133617. Rel. Min. GILMAR MENDES. 2ª Turma. Julgado em 10/05/2016.

121. HC 119783. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. 1ª Turma. Julgado em 10/11/2015.

de pena ou se doloso ou culposo o crime, a concessão de pena alternativa para o delator.

São espécies de penas restritivas de direitos: a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviços à comunidade ou entidades assistenciais; d) interdição temporária de direitos; e) limitação de fim de semana.

Nos termos do art. 44 do Código Penal, as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena não superior a 4 anos;

II - crime SEM violência ou grave ameaça à pessoa;

III - crime culposo (independente da pena);

IV – o réu NÃO for reincidente em crime doloso;

V – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime (não pode ser reincidência específica).

**ATENÇÃO:** Súmula 588 do STJ - A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Conforme estabelece o artigo 77, do Código Penal, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível<sup>122</sup> a substituição prevista no art. 44 deste Código.

---

122. Como por exemplo nos crimes praticados com violência ou grave ameaça e nos casos de violência doméstica.

Ainda que o réu alegue que o *sursis* seria mais benéfico e prefira tal benefício, uma vez cabível o a substituição por restritiva de direitos (art. 44 do CP) fica impossibilitado o *sursis*.<sup>123</sup>

É possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como o *sursis*, ao estrangeiro que possuir residência e visto de permanência no Brasil. Caso seja estrangeiro de passagem pelo país, poder-se-ia dizer que porque como não tem vínculo com o Brasil, podendo ser expulso a qualquer tempo, não cumpriria pena alguma. Entretanto, a Lei 13.445/2017 (Lei de Migração) prevê a transferência de condenado para cumprir pena em outro país e também a transferência de execução penal. Desta feita nada impede que o estrangeiro, condenado no Brasil, pleiteie cumprir a sua pena em seu país de origem, incluído nesse cenário a pena restritiva de direitos e o *sursis*.<sup>124</sup>

O artigo 98, do Código Penal, autoriza, ainda, a medida de segurança substitutiva, para o semi-imputável que teve sua pena reduzida, desde que o condenado necessite de especial tratamento curativo. Neste caso a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por internação ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos. Quanto ao prazo máximo, não poderia ser superior à pena aplicada, sendo que se o prazo transcorresse sem que o paciente se encontrasse plenamente recuperado, o mesmo deveria ser colocado à disposição do juízo cível competente.<sup>125</sup>

## **6 Detração para fins de fixação de regime**

Não ocorrendo a substituição ou o *sursis* na “fase terciária”, o juiz deve descontar (detração) o tempo de prisão ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, da pena aplicada,

123. STF, HC 109343. Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. 2ª Turma. Julgado em 03/04/2012.

124. NUCCI, *op. cit.*, 2021. p. 634.

125. PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: jurisprudência; conexões lógicas com os vários ramos do direito. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 306.

para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade (CPP, art. 387, § 2º).

Ressalte-se que a detração prevista no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal é apenas para fins de estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, não se confundindo com análise de eventual direito de progressão.<sup>126</sup>

O juiz, após realizada a dosimetria (conforme exposto alhures), encontrou a quantidade de pena e fixou o regime inicial de cumprimento. Em seguida deverá diminuir a quantidade de dias que o réu ficou preso provisoriamente. O resultado encontrado deverá ser cruzado com a “tabela” de regime do § 2º do artigo 33 do Código Penal.

Por exemplo: réu, não reincidente e com análise favorável das circunstâncias judiciais, com pena final de 4 anos e 6 meses, em regime semiaberto (art. 33, § 2º, “b” do CP). Estava preso preventivamente há 6 meses. Descontado o tempo de prisão cautelar, a pena reduz para 4 anos, impondo-se desta feita, que o regime inicial de resgate da reprimenda seja o aberto.

**ATENÇÃO:** No caso de o réu ser reincidente ou em que a fixação de regime inicial mais gravoso decorreu da análise desfavorável das circunstâncias judiciais, a detração fica prejudicada porque a quantidade de pena não foi fator determinante para fixação do regime.

## 7 Direito de recorrer em liberdade

Neste momento “o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão

---

126. O § 2.º do art. 387 do CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.736/12, não guarda relação com o instituto da progressão de regime, revelado na execução penal, eis que o legislador cuidou de abranger o referido dispositivo no Título XII - Da Sentença. Diante de tal fato e em razão do próprio teor do dispositivo, que se refere a regime inicial de cumprimento de pena, incumbe ao juiz sentenciante a verificação da possibilidade de se estabelecer um regime inicial mais brando, tendo em vista a detração no caso concreto. Notabiliza-se que o mencionado artigo não evidencia progressão de regime, motivo pelo qual não há falar em exame dos critérios objetivo (lapso temporal) e subjetivo (comportamento carcerário), até porque tal avaliação invadiria a competência do Juízo das Execuções prevista no art. 66, III, b, da Lei de Execuções Penais.” (STJ. HC 321808/SP. Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. 6ª Turma. Julgado em 09/06/2015).

preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta” (art. 387, § 1º, CPP).

**CUIDADO:** Pela letra do § 1º, do art. 387 do Código de Processo Penal não haveria necessidade de pedido de prisão pelo Ministério Público nas alegações finais, permitindo interpretação de que o juiz poderia decretar de ofício. Ocorre que a redação do referido artigo é de 2012, portanto anterior ao Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19), que alterou o artigo 311 do Código de Processo Penal nos seguintes termos:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

O Supremo Tribunal Federal, no HC 188.888/MG, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 06/10/2020, entendeu que a Lei 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício”, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juízo processante.

Desta feita, em respeito ao sistema acusatório e em consonância com a redação mais recente do artigo 311 do Código de Processo Penal, é necessário que haja pedido de prisão pelo Ministério Público, da Autoridade Policial ou, quando for o caso, do Querelante ou do Assistente de Acusação.

Além do pedido, a prisão somente pode ser decretada se surgiram elementos novos a justificar a decretação da prisão cautelar na sentença. O que não pode ocorrer é o juiz decretar a prisão simplesmente porque o acusado foi condenado pelo juiz de primeiro grau, sob pena de violação ao princípio da presunção de não culpabilidade.<sup>127</sup>

Caso fixado regime semiaberto, ainda assim poderá ser mantida a prisão preventiva, entretanto, o juiz deverá determinar imediata expedição de PEC – Provisório para compatibilizar o regime da pena com a prisão cautelar, porque,

---

127. LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 5.ed. Salvador: Juspidivm, 2020, p. 1.146.

segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “há compatibilidade da manutenção da prisão preventiva e a fixação de regime semiaberto na sentença, alinhando-se ao entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, que tem admitido a adequação da segregação provisória ao regime fixado na sentença condenatória” (AgRg no RHC 124481, Min. Ribeiro Dantas, j. 28.04.2020).

Diferentemente, se o regime fixado for o aberto, como regra deve ser concedida a liberdade, haja vista que o regime fixado é incompatível com a prisão.<sup>128</sup>

## **8 Fixação do valor mínimo indenizatório**

Nos termos do artigo 387, inc. IV, do Código de Processo Penal, no caso de condenação, o juiz deve fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Também há referência de reparação do dano no artigo 20, da Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), e no artigo 297, da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

A norma contempla a possibilidade de indenização por dano material e moral, conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça.<sup>129</sup>

A jurisprudência da Corte Superior também exige que haja pedido expresso na denúncia, pelo Ministério Público, Assistente de Acusação ou ofendido, para que possa ser exercido o contraditório.<sup>130</sup>

Além de pedido expresso de reparação de danos na peça acusatória, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido da necessidade de indicação do montante pretendido (inclusive para dano moral), bem como prova suficiente para sustenta-lo, por documentos ou com a realização de

---

128. LUNARDI, *op. cit.*, p. 246.

129. REsp 1675874/MS. Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. 3ª Seção. Julgado em 28/02/2018.

130. AgRg no REsp 1952768/SC. Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS. 5ª Turma. Julgado em 09/11/2021.



instrução específica a respeito do tema, para viabilizar o exercício da ampla defesa e do contraditório.<sup>131</sup>

Todavia, para o caso específico de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, diante das particularidades desta situação jurídica, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória, conforme Tese Repetitivo nº 983, do Superior Tribunal de Justiça.<sup>132</sup>

No caso de violência doméstica não se mostraria razoável, para valoração do dano moral, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa, sob pena de ocorrer a revitimização e a possibilidade de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa - sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o *onus probandi* é integralmente do órgão de acusação -, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados.<sup>133</sup>

## 9 Efeitos não automáticos da condenação

Deve constar na sentença (de regra após a dosimetria e antes do dispositivo) os efeitos extrapenais da condenação,

131. HC 696.108/RJ. Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. 5ª Turma. Julgado em 07/12/2021.

132. REsp 1675874/MS. Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRU. 3ª Seção. Julgado em 28/02/2018.

133. REsp 1675874/MS. Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRU. 3ª Seção. Julgado em 28/02/2018.

que são os efeitos secundários não automáticos, conforme artigos 91 e 92 do Código Penal, além de previsões em outras leis penais especiais.

No artigo 91 do Código Penal estão os efeitos extrapenais genéricos, quais sejam:

I – perdimento em favor da União dos instrumentos<sup>134</sup> e do produto<sup>135</sup> do crime;

II – a obrigação de reparar o dano decorrentes do crime;

III – a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito (acréscimo patrimonial), previsto no art. 91-A do CP, introduzido pela Lei n. 13.964, de 24.12.2019, se for requerida pelo Ministério Público na denúncia e a pena máxima cominada ao delito for superior a 6 anos.

Em relação ao item II, não precisa estar expressamente declarado na sentença porque a obrigação de reparar o dano é um efeito automático da condenação<sup>136</sup>.

Apenas o perdimento do acréscimo patrimonial, dos instrumentos e do produto é que devem constar da sentença.

O destino dos bens apreendidos poderá ser: a) perdimento (CPP, arts. 118-124 e CP, art. 91, II); b) destruição com fundamento na ordem pública ou valor irrisório, ou; c) devolução ao proprietário.

Os instrumentos do crime somente podem ser declarados perdidos desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte, ou detenção constitua fato ilícito. Já o perdimento do produto do crime ou de bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato poderá ser decretado quando comprovado o nexo causal com o delito.

---

134. Artefatos e objetos utilizados para a prática do crime.

135. São as coisas obtidas diretamente com a infração penal (*res furtiva*), mediante operação subsequente (joia fabricada com ouro furtado), criadas pelo crime (moeda falsa) ou adquiridos com alienação dos objetos furtados.

136. Não confundir com fixação do valor mínimo indenizatório, prevista no art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal.

No artigo 92 do Código Penal estão os efeitos extrapenais específicos:

1) perda do cargo, função pública ou mandato eletivo (CP, art. 92, I e II);

2) perda do poder familiar (CP, art. 92, III);

3) inabilitação para dirigir veículo usado para a prática de crime doloso (CP, art. 92, IV - que não se confunde com a pena cumulativa prevista no CTB).

Outros exemplos de efeitos não automáticos previstos fora do Código Penal, que devem ser examinados na sentença:

1) envio de arma de fogo para o Comando do Exército (Lei 10.826/2003, art. 25);

2) perda de bens e valores decorrentes do tráfico de drogas (Lei 11.343/06, art. 63).

Cabe decretar essa perda, sempre que o meio de transporte tenha sido utilizado e seja necessário para transportar a droga. Não é preciso que o veículo tenha compartimento especialmente reservado para o transporte. Basta que ele seja necessário ao transporte, que não pode ser feito pessoalmente, por algum motivo. Segundo Tema n. 647 do STF/Repercussão Geral<sup>137</sup>, a perda desses bens independe de habitualidade ou da existência de compartimentos específicos em veículo, embarcação ou aeronave para acondicionamento da droga.

**ATENÇÃO:** Em reforço do entendimento da Corte Suprema, no dia 06/04/2022 foi promulgada a Lei n. 14.322, que alterou a Lei de Drogas, estabelecendo que mesmo sendo o veículo de origem lícita, se for apreendido em transporte de droga ilícita ocorrerá a perda do bem (art. 60, §§ 5º e 6º).

3) destruição das substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, apreendidas (Lei de Drogas – n. 11.343/06);

---

137. É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal.

4) interdição para o exercício do comércio no caso de crime falimentar (D.L. nº 7.661/45, art. 195);

5) interdição de direito no crime contra a Economia Popular (Lei nº 1.521/51, art. 6º);

6) perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública ou policial no caso de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/19, art. 4º, incs. II e III);

7) perda do cargo e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública em caso de crime “de responsabilidade” cometido por prefeito (D.L. nº 201/67, art. 1º, § 2º);

8) perda do cargo ou função, para o servidor público, a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular e a destruição do material apreendido, em crimes de preconceito ou discriminação (Lei nº 7.716/89, arts. 16 e 18);

9) perda do cargo de deputado que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado (CF/88, 55, VI);

10) a perda dos bens, direitos e valores objeto do crime e a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de administrador de empresa privada no crime de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98, art. 7º).

## REPERCUSSÃO GERAL STF SOBRE DOSIMETRIA DA PENA

**TEMA 1003 - Importação de medicamentos sem registro na Anvisa e sanção. Discussão relativa à constitucionalidade do art. 273 do Código Penal, para aqueles que importam medicamento sem registro sanitário (há repercussão geral).**

Descrição:

Recursos extraordinários nos quais se discute, à luz dos princípios da proporcionalidade e da ofensividade, se é constitucional a cominação da pena em abstrato prevista para importação de medicamento sem registro, tipificada no art. 273, § 1º-B, inc. I, do Código Penal e se é possível utilizar preceito secundário de outro tipo penal para a fixação da pena neste caso.

Tese:

É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.677/98 (reclusão, de 10 a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica ripristinado o preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa).

Resumo:

É inconstitucional a cominação da pena em abstrato atualmente prevista no art. 273 do Código Penal (CP)<sup>138</sup> – reclu-

138. CP: “Art. 273 – Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. § 1º – Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. (...) § 1º-B – Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: I – sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;”

são, de dez a quinze anos, e multa – para a importação de medicamentos sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, conduta tipificada no art. 273, § 1º-B, I, do CP. O vício decorre da ofensa à vedação de penas cruéis e da afronta a princípios constitucionais, como o da proporcionalidade e o da individualização da pena.

Presente contexto de clamor público, houve a modificação do art. 273 do CP pela Lei 9.677/1998 (Lei dos Remédios), inclusive com a criação de figuras delitivas. Atualmente, o CP equipara situações de fato bastante distintas quanto à conduta e as consequências potenciais. Nesse sentido, pune-se a mera importação e comercialização de medicamento sem registro sanitário com as mesmas penas da falsificação ou da adulteração de medicamentos. Ocorre que, se a norma trata com idêntica gravidade situações de reprovabilidade diversas, não há individualização da pena.

Impende registrar que o princípio da proporcionalidade proíbe a proteção deficiente e também o excesso. A respeito do comportamento em debate, a pena mínima é maior do que aquela prevista para o estupro de vulnerável, a extorsão mediante sequestro e a tortura seguida de morte. Em matéria penal, a proporcionalidade deve levar em conta a importância do bem jurídico tutelado, o grau de afetação do bem jurídico, o elemento subjetivo e a forma de participação do agente no delito. Dessa maneira, é evidente a desproporcionalidade do preceito secundário impugnado considerada a conduta específica de importar medicação sem registro sanitário. Agrega-se não serem admitidas penas cruéis e incomuns.

Aplicam-se os efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade, com o retorno do preceito secundário do art. 273 do CP em sua redação original<sup>139</sup> – reclusão, de um a três anos, e multa – na hipótese de importação de medicamentos sem o mencionado registro.

A sanção estipulada irá abarcar apenas a conduta delitiva de importar medicação sem registro, uma vez que não foi

139. CP: “Art. 273. (...) Pena – reclusão, de um a três anos, e multa, de um a cinco contos de réis

declarada a inconstitucionalidade de toda a alteração legislativa do art. 273 do CP.

Ressalta-se que a objetividade jurídica defendida pelo aludido artigo – o bem jurídico tutelado – é a saúde pública. Além disso, embora possa parecer razoável, permitir a aplicação de norma secundária de tipo penal diverso pode gerar insegurança jurídica.

Na espécie, trata-se de dois recursos extraordinários. Um deles interposto pelo Ministério Público e o outro, pelo réu, que foi condenado por haver importado irregularmente, e posto à venda, remédio sem o devido registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). No acórdão recorrido, o tribunal compreendeu ser inconstitucional o preceito secundário do tipo penal e aplicou sanção estabelecida para o delito de tráfico de drogas e minorante a ele correspondente. Ao apreciar o Tema 1003 da repercussão geral, o Plenário, por maioria e em conclusão de julgamento, negou provimento ao recurso extraordinário do *Parquet* e deu parcial provimento ao recurso do condenado, determinando o retorno do processo ao tribunal de origem para aplicação da tese jurídica fixada. Vencidos os ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Marco Aurélio. (*RE 979962/RS, relator Min. Roberto Barroso, julgamento em 24.3.2021*)

### **TEMA 486 - Suspensão de habilitação para dirigir de motorista profissional condenado por homicídio culposo na direção de veículo automotor (há repercussão geral).**

Descrição:

Recurso Extraordinário em que se discute, à luz do artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, se a imposição da penalidade de suspensão da habilitação para dirigir, prevista no art. 302 da Lei nº 9.503/1997, quando o apenado for motorista profissional, afronta, ou não, o direito fundamental ao livre exercício de trabalho (Min. Roberto Barroso. Leading Case: RE 607107).

Tese:

É constitucional a imposição da pena de suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor ao motorista profissional condenado por homicídio culposo no trânsito.

**TEMA 370 - Suspensão dos direitos políticos de condenado a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direito (há repercussão geral).**

Descrição:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 15, III, da Constituição Federal, a aplicação, ou não, da regra contida na referida norma constitucional – suspensão dos direitos políticos – a condenado por sentença criminal transitada em julgado, cuja pena privativa de liberdade foi substituída por pena restritiva de direito (MIN. MARCO AURÉLIO. Leading Case: RE 601182).

Tese:

A suspensão de direitos políticos prevista no art. 15, inc. III, da Constituição Federal aplica-se no caso de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

**TEMA 150 - Consideração de condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base (há repercussão geral).**

Descrição:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos serem consideradas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base (MIN. ROBERTO BARROSO. Leading Case: RE 593818).

Tese:

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



# INFORMATIVOS DO STF SOBRE DOSIMETRIA DA PENA

**É possível a imposição ao condenado de regime mais gravoso do que o recomendado nas alíneas do § 2º do art. 33 do Código Penal (CP), desde que a decisão esteja adequadamente fundamentada.**

A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da sanção corporal aplicada, devendo-se considerar as especiais circunstâncias do caso concreto. Esse entendimento se amolda à jurisprudência assentada no Enunciado 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”. (HC 163.231 red. p/ o ac. min. Alexandre de Moraes DJE de 26-8-2019 Informativo 945, 1ª Turma)

**Não configura constrangimento ilegal a fixação de regime inicial semiaberto para o cumprimento de pena aplicada em patamar inferior a quatro anos, exclusivamente em decorrência do fato de a pena-base haver sido estabelecida acima do mínimo legal pela valoração negativa de duas das circunstâncias judiciais (circunstâncias e consequências do crime).**

Desde que as circunstâncias judiciais sejam desfavoráveis ao réu e que a decisão judicial esteja devidamente fundamentada, mediante apresentação de justificativa plausível, admite-se a imposição do regime inicial semiaberto para o cumprimento de pena aplicada em patamar inferior a quatro anos, nos termos do § 3º do art. 33 do Código Penal (CP) e do Enunciado 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF) (HC 124.876 rel. min. Gilmar Mendes 2ª Turma DJE de 11-3-2015 Informativo STF 775)

**Estabelecida a pena-base no mínimo legal, porque favoráveis todas as circunstâncias judiciais, a imposição de**

**regime inicial mais grave revela quadro de descompasso com a legislação penal.**

A dosimetria da pena, além de não admitir soluções arbitrárias e voluntaristas, supõe, como pressuposto de legitimidade, adequada fundamentação racional, revestida dos predicados de logicidade, harmonia e proporcionalidade com os dados empíricos em que se deve basear. Assim, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena faz parte do processo de individualização da pena, tendo, no âmbito do Código Penal (CP), interpretação sistemática dos arts. 331 e 592, ou seja, a integração do critério referente ao *quantum* da pena e os vetores subjetivos relacionados às circunstâncias judiciais. Quando, além de o *quantum* da pena permitir a imposição de regime inicial mais brando, o réu for primário e a pena-base for fixada no mínimo legal, impõe-se a eleição do regime prisional mais adequado. Ademais, em prol do princípio da legalidade, deve haver criteriosa e coerente observância dos limites impostos pelo legislador ordinário. A estreita correlação entre as circunstâncias judiciais e o regime de pena consta, expressamente, da exposição de motivos do CP. Se o julgador “considerou todos os elementos do art. 59 favoráveis, estabelecendo a pena no patamar mínimo, também o regime deve merecer idêntico critério, determinando-se o mais brando possível” Implica manifesto “contrassenso ter sido a pena da paciente fixada no patamar mínimo legal, por inexistência de motivos hábeis à sua majoração, e, ao mesmo tempo, assentar-se o regime mais gravoso em torno de proposições não cogitadas na primeira fase da dosimetria” 6. Igualmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a interpretação consolidada, revertida no Enunciado 440 da Súmula do STJ, orienta que, “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”. RHC 135.298 red. p/ o ac. min. Teori Zavascki 2ª Turma DJE de 8-8-2017 Informativo STF 844. A justificativa adotada pelo magistrado exprime

as elementares do delito e revela a opinião do julgador sobre a gravidade do delito, em absoluta desconformidade com o Enunciado 718 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF) (*RHC 135.298 red. p/ o ac. min. Teori Zavascki 2ª Turma DJE de 8-8-2017 Informativo STF 844*)

**Os delitos de roubo e de extorsão praticados mediante condutas autônomas e subsequentes não se qualificam como fato típico único e devem ser punidos em concurso material. Trata-se de crimes de espécies distintas, razão pela qual é inviável o reconhecimento da continuidade delitiva [Código Penal (CP), art. 712].**

A principal diferença entre as duas figuras delituosas reside no fato de que na extorsão a participação da vítima é condição para que o crime seja praticado; ou seja, o apoderamento do objeto material depende da conduta da vítima. No roubo, o crime ocorrerá independentemente de uma ação ou omissão do sujeito passivo. (*HC 114.667 red. p/ o ac. min. Roberto Barroso 1ª Turma DJE de 12-6-2018 Informativo STF 899*)

**A causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/20061, no que tange ao transporte público, pressupõe o tráfico no respectivo âmbito, e não a simples locomoção do detentor da droga.**

Há de interpretar-se teleologicamente o preceito em jogo, no que versa causas de aumento quando o cometimento do tráfico ou do crime do art. 37 da Lei 11.343/20062 ocorra no âmbito do transporte público ou, como está no dispositivo, em dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, ensino ou hospitais, sedes estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, em local de trabalho coletivo ou em recinto em que se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, bem como serviços de tratamento de dependentes de drogas ou reinserção social e unidades militares ou policiais. A abrangência a apanhar transportes públicos pressupõe que, no âmbito do veículo, tenha sido praticado, em si, o tráfico, não cabendo poten-

cializar a referência a ponto de envolver a simples locomoção do portador da droga. (*HC 120.275 rel. min. Marco Aurélio 1ª Turma DJE de 12-9-2018 Informativo STF 902*)

**O condenado não reincidente cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito anos tem o direito de cumprir a pena corporal em regime semiaberto [Código Penal (CP), art. 33, § 2º, b], caso as circunstâncias judiciais do art. 59 lhe forem favoráveis.**

A imposição de regime de cumprimento de pena mais gravoso deve ser fundamentada, 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 (CP, art. 33, § 3º1). Nessa linha, conclui-se que “a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto”. Por fim, “afigura-se inadmissível, por contrastar com os Enunciados 7183 e 7194 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF), a fixação do regime inicial mais gravoso com base na mera opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime” (*HC 140.441 rel. min. Ricardo Lewandowski 2ª Turma DJE de 9-5-2017 Informativo STF 859*)

**Não é possível reconhecer o aumento da pena-base diante da culpabilidade reconhecida meramente por consciência da ilicitude.**

A consciência da ilicitude é pressuposto da culpabilidade – art. 21, Código Penal (CP) – e, portanto, circunstância inidônea à exasperação da pena. 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. Em observância ao princípio constitucional da não culpabilidade [Constituição Federal (CF),

art. 5º, LVII2], somente a condenação penal transitada em julgado pode legitimar a consideração de o réu ostentar o status jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes. Assim, “a mera sujeição de alguém a simples investigações policiais (arquivadas ou não) ou a persecuções criminais ainda em curso não basta, só por si ante a inexistência, em tais situações, de condenação penal transitada em julgado, para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes” (*HC 122.940 rel. min. Gilmar Mendes 2ª Turma DJE de 24-4-2017 Informativo STF 851*)

**Indicados os vetores que justificaram a exacerbação da pena-base, a sua fixação de forma conglobada – sem especificar o *quantum* de pena especificamente atribuído a cada um dos vetores considerados negativos – não viola os princípios da individualização da pena e da motivação.** Para satisfazer ao imperativo de motivar a fixação da pena, “a sentença não se há de subordinar necessariamente a fórmulas rígidas, particularmente à compartimentação estanque de sua fundamentação”. Ainda que recomendável a atribuição de um *quantum* de pena, isoladamente, a cada vetor considerado na primeira fase da dosimetria, sua inobservância não gera nulidade. Com efeito, a fixação de pena-base conglobada não impede que as instâncias superiores exerçam o controle de sua legalidade e determinem seu reajustamento, se não houver base empírica idônea que confira suporte aos vetores invocados ou se desarrazoada a majoração havida (*HC 134.193 rel. min. Dias Toffoli 2ª Turma DJE de 28-11-2016 Informativo STF 845*)

**Os elevados custos da atuação estatal para apuração da conduta criminosa e o enriquecimento ilícito logrado pelo agente não constituem motivação idônea para a valoração negativa do vetor “consequências do crime” na primeira fase da dosimetria da pena (CP, art. 591).**

Essas circunstâncias não se subsomem no vetor “consequências do crime”, entendido como extensão do dano produzido pelo ilícito em si. Ao juiz compete demonstrar, fundamentadamente, com base empírica idônea, os critérios e as circunstâncias de que se valeu na concretização da pena imposta, notadamente nas hipóteses de grande exasperação, em que a pena é fixada no máximo legal ou próximo a esse limite, a fim de se evitarem soluções arbitrárias. Ademais, a quantidade e a natureza da droga, uma vez valoradas negativamente a título de culpabilidade, não podem também ser valoradas a título de consequências do crime, sob pena de *bis in idem*. Quanto aos motivos do crime, também é incabível a 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” (*HC 134.193 rel. min. Dias Toffoli 2ª Turma DJE de 28-11-2016 Informativo STF 845*)

**O comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos não se confunde com seus antecedentes criminais.**

Antes da reforma da parte geral do Código Penal (CP) de 1984, a análise dos antecedentes abrangia todo o passado do agente e incluía, além dos registros criminais, o seu comportamento em sociedade. Com a Lei 7.209/1984, a conduta social, prevista no art. 59 do CP, passou a ter configuração própria. Introduziu-se um vetor apartado com vistas a avaliar os antecedentes sociais do réu, os quais não mais se confundem com seus antecedentes criminais. Nesse contexto, exasperar a pena-base mediante a invocação de antecedentes sociais exige do magistrado a clara demonstração de subsunção da realidade fática ao preceito legal, dentro dos limites típicos. (*RHC 130.132 rel. min. Teori Zavascki 2ª Turma DJE de 24-5-2016 Informativo STF 825*)

**Inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.**

Logo, “ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais”. O lançamento, no mundo jurídico, de enfoque ainda não definitivo e, portanto, sujeito a condição resolutive potencializa a atuação da polícia judiciária, bem como a precariedade de certos pronunciamentos judiciais. Nesse sentido, elementos passíveis de perder a sustentação fática não podem ser usados como reveladores de antecedentes. No entanto, tendo em conta as manifestações proferidas e o fato de se tratar de *habeas corpus*, a Corte pronunciou-se no sentido da possibilidade de rever, em recurso extraordinário a ser oportunamente apreciado, a tese firmada no mencionado precedente em repercussão geral. (HC 94.620 HC 94.680 rel. min. Ricardo Lewandowski Plenário DJE de 24-11-2015 Informativo STF 791)

**Para efeito de aferição dos maus antecedentes, deve ser considerado o quadro existente na data da prática delituosa.**

As condenações por fatos posteriores ao apurado, com trânsito em julgado, não são aptas a desabonar os antecedentes, na primeira fase da dosimetria. Nesse sentido, a incidência penal só serve para agravar a medida da pena quando ocorrida antes do cometimento do delito, independentemente de a decisão alusiva à prática haver transitado em julgado em momento prévio. (RE 591.054 RG – Tema 129 rel. min. Marco Aurélio Plenário DJE de 26-2-2015 Informativo STF 772)

## **INFORMATIVOS DO STJ SOBRE DOSIMETRIA DA PENA**

**Condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente.**

No que concerne à fixação da pena-base, é certo que o Julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato delituoso e aspectos inerentes ao agente, obedecidos e sopesados todos os critérios legais para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, sobrepujando as elementares comuns do próprio tipo legal. No art. 59 do Código Penal, com redação conferida pela Lei n. 7.209/1984, o legislador elencou oito circunstâncias judiciais para individualização da pena na primeira fase da dosimetria, quais sejam: a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; as circunstâncias; as consequências do crime; e o comportamento da vítima. Ao considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Julgador declinar, motivadamente, as suas razões, que devem corresponder objetivamente às características próprias do vetor desabonado. A inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República. No caso, analisa-se a possibilidade de condenações criminais transitadas em julgado serem valoradas para desabonar os vetores personalidade e conduta social. A doutrina diferencia detalhadamente antecedentes criminais de conduta social e esclarece que o legislador penal determinou essa análise em momentos distintos porque “os antecedentes traduzem o passado criminal do agente, a conduta social deve buscar aferir o seu comportamento perante a sociedade, afastando



tudo aquilo que diga respeito à prática de infrações penais”. Especifica, ainda, que as incriminações anteriores “jamais servirão de base para a conduta social, pois abrange todo o comportamento do agente no seio da sociedade, afastando-se desse seu raciocínio seu histórico criminal, verificável em sede de antecedentes penais”. Quanto ao vetor personalidade do agente, a mensuração negativa da referida moduladora “deve ser aferida a partir de uma análise pormenorizada, com base em elementos concretos extraídos dos autos, acerca da insensibilidade, desonestidade e modo de agir do criminoso para a consumação do delito [...]” (HC 472.654/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 11/3/2019)” (STJ, AgRg no REsp 1.918.046/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 19/04/2021). “A jurisprudência da Suprema Corte (e a do Superior Tribunal de Justiça) orienta-se no sentido de repelir a possibilidade jurídica de o magistrado sentenciante valorar negativamente, na primeira fase da operação de dosimetria penal, as circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social, quando se utiliza, para esse efeito, de condenações criminais anteriores, ainda que transitadas em julgado, pois esse específico aspecto (prévias condenações penais) há de caracterizar, unicamente, maus antecedentes” (STF, RHC 144.337-AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 22/11/2019). Em conclusão, o vetor dos antecedentes é o que se refere única e exclusivamente ao histórico criminal do agente. “O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo do que o da reincidência, abrange as condenações definitivas, por fato anterior ao delito, transitadas em julgado no curso da ação penal e as atingidas pelo período depurador, ressalvada casuística constatação de grande período de tempo ou pequena gravidade do fato prévio” (STJ, AgRg no AREsp 924.174/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 16/12/2016). (REsp 1.794.854-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 23/06/2021. (Tema 1077) Informativo n. 702)

**Eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente.**

Cinge-se a discussão a definir sobre a possibilidade da utilização de múltiplas condenações transitadas em julgado não consideradas para efeito de caracterização da agravante de reincidência (art. 61, I, CP) como fundamento, também, para a exasperação da pena-base, na primeira fase da dosimetria (art. 59, CP), tanto na circunstância judicial “maus antecedentes” quanto na que perquire sua “personalidade”. Com efeito, a doutrina, ao esmiuçar os elementos constituintes das circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal, enfatiza que a conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios – referem-se ao modo de ser e agir do autor do delito –, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e das características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social). Nesse sentido, é possível concluir que constitui uma atecnia entender que condenações transitadas em julgado refletem negativamente na personalidade ou na conduta social do agente. Isso sem contar que é dado ao julgador atribuir o peso que achar mais conveniente e justo a cada uma das circunstâncias judiciais, o que lhe permite valorar de forma mais enfática os antecedentes criminais do réu com histórico de múltiplas condenações definitivas. Observe-se, por fim, que essa novel orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça se alinha também à orientação seguida pela Segunda Turma do Pretório Excelso. (*EAREsp 1.311.636-MS, Rel. Min. Reynal-*

*do Soares Da Fonseca, Terceira Seção, por maioria, julgado em 10/04/2019, DJe 26/04/2019 Informativo n. 647.)*

**O histórico de ato infracional pode ser considerado para afastar a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal com o crime em apuração.**

O cerne da controvérsia existente entre as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte cinge-se, em síntese, a saber se a existência de ato(s) infracional(is) pode ser sopesada para fins de comprovar a dedicação do réu a atividades criminosas e, por conseguinte, de impedir a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Embora atos infracionais praticados na adolescência não constituam crime na acepção normativa do termo, não há como se olvidar que eles são – e acredito ser isso um consenso – fatos contrários ao Direito e implicam, sim, consequências jurídicas, inclusive a possibilidade de internação do menor de idade. Isso, por si só, já seria suficiente para nos levar à seguinte reflexão: o Estatuto da Criança e do Adolescente não permite a internação quando tratar-se de ato infracional que não tenha sido cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa (art. 122, I), mas possibilita, sim, a imposição dessa medida mais gravosa quando o adolescente praticar ato infracional não violento de forma reiterada (art. 122, II). Veja-se, portanto, que a reiteração no cometimento de outras infrações graves já permite uma solução jurídica mais drástica para o adolescente infrator. Quando esse indivíduo completa 18 anos de idade – e, portanto, torna-se imputável –, essa mesma conduta deixa de ser considerada ato infracional e passa a ser, em seu sentido técnico-jurídico, classificada como crime. No entanto, do ponto de vista da essência do fato, não há distinção entre ambos, porque o fato, objetivamente analisado, é o mesmo.

Diante de tais considerações, não se vê óbice a que a existência de atos infracionais possa, com base em peculiaridades do caso concreto, ser considerada elemento apto a evidenciar a dedicação do acusado a atividades criminosas, até porque esses atos não estarão sendo sopesados para um agravamento da pena do réu, mas para lhe negar a possibilidade de ser beneficiado com uma redução em sua reprimenda. É de rigor consignar, ainda, que uma interpretação teleológica do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 à luz da política criminal de drogas instituída pelo Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad permite inferir que o espírito da norma contida no referido dispositivo de lei é o de beneficiar o agente iniciante na vida criminosa, que não faz do ilícito sua atividade profissional. Se o intuito foi esse, inequivocamente a orientação normativa pretendeu afastar o benefício àqueles que possuem um passado criminógeno e que, constantemente, incorrem na prática ilícita e já tiveram envolvimento com o narcotráfico e/ou com ilícitos que, não raro, estão a ele interligados (como delitos patrimoniais, homicídio, associação criminosa etc.). Ademais, se a natureza do instituto em análise é justamente tratar com menor rigor o indivíduo que se envolve circunstancialmente com o tráfico de drogas – e que, portanto, não possui maior envolvimento com o narcotráfico ou habitualidade na prática delitiva –, não parece razoável punir um jovem de 18 ou 19 anos de idade, sem nenhum passado criminógeno e sem nenhum registro contra si, da mesma forma e com igual intensidade daquele indivíduo que, quando adolescente, cometeu reiteradas vezes atos infracionais graves ou atos infracionais equivalentes a tráfico de drogas. Se assim o fizéssemos, estaríamos afrontando o princípio da individualização da pena e o próprio princípio da igualdade. Ainda, é imperioso salientar que o registro de que tais elementos – atos infracionais – pode afastar o redutor não por ausência de preenchimento dos dois primeiros requisitos elencados pelo legislador – quais sejam, a primariedade e a existência de bons antecedentes –, mas pelo descumprimento do terceiro

requisito exigido pela lei, que é a ausência de dedicação do acusado a atividades criminosas. Em outros termos, embora seja evidente que não possamos considerar atos infracionais como antecedentes penais e muito menos como reincidência, não se vê razões para desconsiderar todo o passado de atuação de um adolescente contrário ao Direito para concluir pela sua dedicação a atividades delituosas. Não há impedimento, portanto, a que se considere fatos da vida real para esse fim. Ademais, exigir a existência de prévio cometimento de crime e de prévia imposição de pena para fins de justificar o afastamento do redutor em questão acaba, em última análise, esvaziando o próprio conceito de dedicação a atividades criminosas. Isso porque, se houver trânsito em julgado de condenação por crime praticado anteriormente, então essa condenação anterior já se enquadra ou no conceito de maus antecedentes ou no de reincidência. Assim, considerando que não há palavras inúteis na lei, por certo que o legislador quis abarcar situação diversa ao prever a impossibilidade de concessão do benefício àqueles indivíduos que se dedicam a atividades criminosas. Portanto, a tese que se propõe, para fins de sanar a controvérsia existente entre as Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte, é a de ser possível, sim, sopesar a existência de ato(s) infracional(is) para fins de comprovar a dedicação do réu a atividades criminosas e, por conseguinte, impedir a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. No entanto, não é todo e qualquer ato infracional praticado pelo acusado quando ainda adolescente que poderá, automaticamente, render-lhe a negativa de incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, até porque justiça penal não se faz por atacado e sim artesanalmente, examinando-se atentamente cada caso para dele extraírem-se todas as suas especificidades, de modo a torná-lo singular e, portanto, a merecer providência adequada e necessária. É, pois, necessário que, no caso concreto, se identifique: 1º) se o(s) ato(s) infracional(is) foi(ram) grave(s); 2º) se o(s) ato(s) infracional(is) está(ão) documentado(s) nos autos, de

sorte a não pairar dúvidas sobre o reconhecimento judicial de sua ocorrência; 3º) a distância temporal entre o(s) ato(s) infracional(is) e o crime que deu origem ao processo no qual se está a decidir sobre a possibilidade de incidência ou não do redutor, ou seja, se o(s) ato(s) infracional(is) não está(ão) muito distante(s) no tempo. Em relação a esse terceiro ponto, semelhante proposta é o que esta Corte tem adotado, por exemplo, ao fazer alusão ao direito ao esquecimento para afastar condenação muito antiga a título de maus antecedentes (v. g., AgRg no REsp n. 1.875.382/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe 29/10/2020). Seguindo o mesmo raciocínio, entendo não ser possível sopesar a existência de atos infracionais muito antigos para, sem nenhuma ponderação sobre as circunstâncias do caso concreto, impedir o reconhecimento da minorante. (*EREsp 1.916.596-SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Rel. Acd. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, por maioria, julgado em 08/09/2021, DJe 04/10/2021. Informativo n. 712*)

**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 n. 11.343/2006.**

A divergência existente no âmbito da Terceira Seção do STJ consiste na possibilidade (ou não) de utilização de inquéritos e processos penais em tramitação para avaliar a possível dedicação do réu a atividades criminosas, de modo a afastar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. Enquanto a Quinta Turma entende plenamente possível a utilização de inquéritos e ações penais em andamento para afastar a causa de diminuição, a Sexta Turma tem entendimento oposto. A Lei 11.343/06 inovou na ordem jurídica em diversos fatores, dentre eles, inseriu uma causa de diminuição de pena para o delito de tráfico de drogas e equiparados, prevista no § 4º do artigo 33. Os requisitos cumulativos previstos para diminuição

de pena são: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não se dedicar às atividades criminosas; iv) não integrar organização criminosa. A inserção no ordenamento dessa causa de diminuição teve por escopo diferenciar aquele que não é dedicado a ilícitos penais, daquele que efetivamente se dedica ao tráfico de drogas com maior potencialidade lesiva à sociedade. Assim, a regra não deve ser a aplicação da benesse de forma desmedida, mas sua aplicação somente deve ocorrer em casos singulares, quando preenchidos os requisitos, os quais merecem interpretação restritiva, de modo a prestigiar quem efetivamente mereça redução de pena. É consabido que inquéritos e ações penais em curso não podem ser valoradas como maus antecedentes, de modo a agravar a pena do réu quando das circunstâncias judiciais avaliadas em dosimetria de pena na primeira fase, para fins de aumentar a pena-base. Contudo, na espécie, não se trata de avaliação de inquéritos ou ações penais para agravar a situação do réu condenado por tráfico de drogas, mas como forma de afastar um benefício legal, desde que existentes elementos concretos para concluir que ele se dedique a atividades criminosas, sendo inquestionável que em determinadas situações, a existência de investigações e/ou ações penais em andamento possam ser elementos aptos para formação da convicção do magistrado. Ademais, como os princípios constitucionais devem ser interpretados de forma harmônica, não merece ser interpretado de forma absoluta o princípio da inocência, de modo a impedir que a existência de inquéritos ou ações penais impeçam a interpretação em cada caso para mensurar a dedicação do Réu em atividade criminosa. Assim não o fazendo, conceder o benefício do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 para aquele que responde a inúmeras ações penais ou seja investigado, é equipará-lo com quem numa única ocasião na vida se envolveu com as drogas, situação que ofende o princípio também previsto na Constituição Federal de individualização da pena. Por fim, mister salientar que não se pretende tornar regra que a existência de inquérito ou ação penal obste o benefício em todas as situações, mas

sua avaliação para concluir se o réu é dedicado a atividades criminosas também não pode ser vedada de forma irrestrita, de modo a permitir a avaliação pelo magistrado em cada caso concreto. (*EREsp 1.431.091-SP, Rel. Min. Felix Fischer, por maioria, julgado em 14/12/2016, DJe 1/2/2017. Informativo n. 596*)

**É possível o reconhecimento do tráfico privilegiado ao agente transportador de drogas, na qualidade de “mula”, uma vez que a simples atuação nessa condição não induz, automaticamente, à conclusão de que ele seja integrante de organização criminosa.**

Cinge-se a controvérsia em definir a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado ao agente transportador de drogas, na qualidade de ‘mula’ do tráfico. Inicialmente, convém anotar que a Quinta e a Sexta Turmas deste Superior Tribunal de Justiça têm entendimento oscilante sobre a matéria. Diante da jurisprudência hesitante desta Corte, entende-se por bem acolher e acompanhar o entendimento uníssono do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a simples atuação como “mula” não induz automaticamente a conclusão de que o agente integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso. Portanto, a exclusão da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, somente se justifica quando indicados expressamente os fatos concretos que comprovem que a “mula” integre a organização criminosa (HC 132.459, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 13/2/2017). Ainda sobre a matéria, firmou-se também no Pretório Excelso o entendimento de que a atuação do agente na condição de “mula”, embora não seja suficiente para denotar que integre, de forma estável e permanente, organização criminosa, configura circunstância concreta e idônea para se valorar negativamente na terceira fase da dosimetria, modulando a aplicação da causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado (HC 120.985,



Rel. Min. Rosa Weber, DJe 30/6/2016). Logo, devidamente comprovado que a conduta do paciente se reveste de maior grau de reprovabilidade, pois tinha conhecimento de estar a serviço do crime organizado no tráfico internacional, o percentual de redução, pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deve ser estabelecido no mínimo legal. (*HC 387.077-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, por unanimidade, julgado em 6/4/2017, DJe 17/4/2017. Informativo n. 602*)

**É cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do Código de Processo Penal, para aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 nos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do CP.**

Declarada a inconstitucionalidade do preceito secundário previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no *Habeas Corpus* 239.363/PR, as Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ passaram a determinar a aplicação da pena prevista no crime de contrabando ou no crime de tráfico de drogas do art. 33 da Lei de Drogas. A partir da solução da *quaestio*, verifica-se oscilação na jurisprudência desta Corte. Destarte, a maioria dos julgadores da Terceira Seção passou a adotar a orientação de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 nos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do Código Penal. Assim, embora não tenha havido necessariamente alteração jurisprudencial, e sim mudança de direcionamento, ainda que não pacífica, a respeito do tema, a interpretação que deve ser dada ao artigo 621, I, do CPP é aquela de acolhimento da revisão criminal para fins de aplicação do entendimento desta Corte mais benigno e atual. (*RvCr 5.627-DE, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 13/10/2021, DJe 22/10/2021. Informativo n. 714*)

**A obtenção de lucro fácil e a cobiça constituem elementares dos tipos de concussão e corrupção passiva (arts. 316 e 317 do CP), sendo indevido utilizá-las, para exasperação da pena-base, no momento em que analisados os motivos do crime – circunstância judicial prevista no art. 59 do CP.**

Nos presentes embargos, aponta-se, em síntese, divergência no que concerne à interpretação do art. 59 do Código Penal, pois considera que os argumentos utilizados para elevar a pena-base dos delitos de concussão e de corrupção passiva são inerentes ao próprio tipo penal e, portanto, não poderiam ter sido valorados, novamente, no momento da fixação da pena-base. No caso em análise, examinando-se o acórdão do Tribunal de origem, verifica-se que a exasperação em ambos os crimes teve fundamento em 6 (seis) dos quesitos descritos no caput do art. 59 do CP: a culpabilidade, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos do crime, as circunstâncias e consequências do crime. Ao examinar os motivos do crime, o voto condutor do acórdão condenatório reputou como desvalores aptos a justificar a elevação da pena-base a intenção de obter lucro fácil e a cobiça. Com efeito, embora inseridos no Código Penal no Título dos crimes contra a administração pública, tanto a concussão (art. 316, CP) quanto a corrupção passiva (art. 317, CP) possuem várias das características dos crimes contra o patrimônio, com a peculiaridade da qualificação do agente como servidor público. Assim sendo, no exame das circunstâncias judiciais envolvendo a prática desses dois delitos, a jurisprudência desta Corte vem entendendo que a cobiça, a ganância e a intenção de obter lucro fácil constituem elementares dos delitos, não podendo, assim, serem utilizadas novamente na apreciação das circunstâncias judiciais para justificar a elevação da pena-base. (*EDv nos EREsp 1.196.136-RO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, por unanimidade, julgado em 24/5/2017, DJe 1/8/2017. Informativo n. 608*)

**A reincidência específica tratada no art. 44, § 3º, do Código Penal somente se aplica quando forem idênticos, e não apenas de mesma espécie, os crimes praticados.**

A interpretação que as duas Turmas criminais do STJ dão ao art. 44, § 3º, do CP, conclui que a reincidência em crimes da mesma espécie, ainda que não seja no mesmo crime, obsta por completo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Fica prejudicado, assim, o debate quanto à suficiência da pena substitutiva, porque a reincidência específica torna desnecessário aferir se a substituição é ou não socialmente recomendável. Feita essa consideração, a questão que se apresenta pode ser sintetizada nos seguintes termos: para os fins da reincidência específica basta que o réu já tenha sido condenado por crime da mesma espécie, ou somente a condenação pelo mesmo crime impede a substituição da pena? A razão está com a última corrente. O art. 44, § 3º, do CP, excepciona o requisito da primariedade para a substituição da pena privativa de liberdade com a seguinte redação: “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: [...] II - o réu não for reincidente em crime doloso; [...] § 3º. Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime”. De imediato, o princípio da vedação à analogia *in malam partem* nos recomenda que não seja ampliado o conceito de “mesmo crime”. Toda atividade interpretativa parte da linguagem adotada no texto normativo, a qual, apesar da ocasional fluidez ou vagueza de seus termos, tem limites semânticos intransponíveis. Existe, afinal, uma distinção de significado entre “mesmo crime” e “crimes de mesma espécie”; se o legislador, no particular dispositivo legal em comento, optou pela primeira expressão, sua escolha democrática deve ser respeitada. É verdade que, em sede doutrinária, não é unânime o conceito de reincidência específica, havendo quem a entenda configurada “se o crime anterior e

o posterior forem os mesmos” ou, contrariamente, “quando os dois crimes praticados pelo condenado são da mesma espécie”. Esta última definição está em sintonia com o art. 83, V, do CP, que proíbe o livramento condicional para o reincidente específico em crime hediondo – ou seja, quando a reincidência se operar entre delitos daquela espécie. Também no art. 112, VII, da LEP, com as recentes modificações da Lei n. 13.964/2019, o conceito de reincidência específica está atrelado à natureza (hedionda, no caso desse dispositivo) dos delitos, e não à identidade entre os tipos penais em que previstos. Por isso, se o art. 44, § 3º, do CP vedasse a substituição da pena reclusiva nos casos de reincidência específica, seria mesmo defensável a ideia de que o novo cometimento de crime da mesma espécie obstaría o benefício legal, em uma interpretação sistemática do CP e da LEP. Não foi isso, porém, que fez o legislador: com o uso da expressão “mesmo crime” – ao invés de “reincidência específica” –, criou-se no texto legal uma delimitação linguística que não pode ser ignorada. Pode-se argumentar, é claro, que a utilização de conceitos distintos de reincidência específica (um para a substituição da pena privativa de liberdade, outro para o livramento condicional e a progressão de regime) prejudicaria a coerência interna da legislação penal. Essa realidade, aliás, é de conhecimento de todos que com ela operamos diariamente: os dois principais diplomas legislativos que esta Terceira Seção é chamada a interpretar – o CP e o CPP –, ambos octogenários, encontram-se defasados, repletos de cortes e alterados de forma pouco sistemática ao longo das décadas. É possível ver, também, outro fator relevante em favor da interpretação que hoje prevalece, neste STJ, sobre o art. 44, § 3º, do CP. Pela redação do dispositivo, há situações em que a progressão criminosa, com a prática de um delito mais grave, premia o agente com a substituição, enquanto o cometimento de dois crimes mais leves a proíbe. Por exemplo: o réu reincidente pela prática de dois crimes de furto simples (art. 155, caput, do CP) não terá direito à substituição da pena, porquanto aplicável a vedação absoluta

contida no art. 44, § 3º, do CP. De outro lado, se o segundo crime for de furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP), o réu pode fazer jus à substituição, se a pena não ultrapassar 4 anos de reclusão. Em outras palavras, o cometimento de um segundo crime mais grave poderia, em tese, ser mais favorável ao acusado, em possível violação ao princípio constitucional da isonomia. Essa contradição é impedida pelo atual entendimento das Turmas que compõem a Terceira Seção deste Tribunal, que considera o bem jurídico tutelado pelos delitos para definir se incide, ou não, a proibição contida no art. 44, § 3º, do CP. Assim, se forem idênticos os bens ofendidos, não haverá substituição, mesmo que diversos os tipos penais pelos quais o réu foi condenado. Contudo, corrigir a discutível técnica legislativa em desfavor do réu é algo incabível no processo penal, que rejeita a analogia *in malam partem* em seu arsenal jusdogmático. Por essas razões, entende-se pela superação da tese de que a reincidência em crimes da mesma espécie impede, em absoluto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porque somente a reincidência no mesmo crime (aquele constante no mesmo tipo penal) é capaz de fazê-lo, nos termos do art. 44, § 3º, do CP. Nos demais casos de reincidência, cabe ao Judiciário avaliar se a substituição é ou não recomendável, em face da condenação anterior. (AREsp 1.716.664-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 25/08/2021. Informativo n. 706)

**É possível considerar o tempo submetido à medida cautelar de recolhimento noturno, aos finais de semana e dias não úteis, supervisionados por monitoramento eletrônico, com o tempo de pena efetivamente cumprido, para detração da pena. Princípio da humanidade. *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. Hipóteses do art. 42 do CP que não são *numerus clausus*.**

Informações do inteiro teor Inicialmente, frise-se que a detração é prevista no art. 42 do Código Penal, segundo o qual se computa, “na pena privativa de liberdade e na medida

de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referido no artigo anterior”. Interpretar a legislação que regula a detração de forma que favoreça o sentenciado harmoniza-se com o Princípio da Humanidade, que impõe ao Juiz da Execução Penal a especial percepção da pessoa presa como sujeito de direitos. O óbice à detração do tempo de recolhimento noturno e aos finais de semana determinado com fundamento no art. 319 do Código de Processo Penal sujeita o apenado a excesso de execução, em razão da limitação objetiva à liberdade concretizada pela referida medida diversa do cárcere. Note-se que a medida diversa da prisão que impede o acautelado de sair de casa após o anoitecer e em dias não úteis assemelha-se ao cumprimento de pena em regime prisional semiaberto. Se nesta última hipótese não se diverge que a restrição da liberdade decorre notadamente da circunstância de o agente ser obrigado a recolher-se, igual premissa deve permitir a detração do tempo de aplicação daquela limitação cautelar. *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, aplica-se a mesma regra jurídica. O Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que há a configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, admite que a condenação em regime semiaberto produza efeitos antes do trânsito em julgado da sentença (prisão preventiva compatibilizada com o regime carcerário do título prisional). Nessa perspectiva, mostra-se incoerente impedir que a medida cautelar que pressuponha a saída do paciente de casa apenas para laborar, e durante o dia, seja descontada da reprimenda. Essa conjuntura impõe o reconhecimento de que as hipóteses do art. 42 do Código Penal não consubstanciam rol taxativo. Desse modo, conclui-se que o período de recolhimento domiciliar, aplicado simultaneamente a monitoração eletrônica, para fiscalização de seu cumprimento, deve ser objeto de detração penal. (HC 455.097/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 14/04/2021. Informativo n. 693)

**O deslocamento da majorante sobejante para outra fase da dosimetria, além de não contrariar o sistema trifásico, é a que melhor se coaduna com o princípio da individualização da pena.**

A questão jurídica diz respeito, em síntese, à valoração de majorantes sobejantes na primeira ou na segunda fase da dosimetria da pena, a depender se a causa de aumento traz patamar fixo ou variável. De início, ressalta-se que não é possível dar tratamento diferenciado à causa de aumento que traz patamar fixo e à que traz patamar variável, porquanto, além de não se verificar utilidade na referida distinção, o mesmo instituto jurídico teria tratamento distinto a depender de critério que não integra sua natureza jurídica. Quanto à possibilidade propriamente dita de deslocar a majorante sobejante para outra fase da dosimetria, considero que se trata de providência que, além de não contrariar o sistema trifásico, é a que melhor se coaduna com o princípio da individualização da pena. Com efeito, o sistema trifásico, trazido no art. 68 do Código Penal, disciplina que a fixação da pena observará três fases: a fixação da pena-base, por meio da valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal; a fixação da pena intermediária, com a valoração das atenuantes e das agravantes; e a pena definitiva, após a incidência das causas de diminuição e de aumento da pena. O Código Penal não atribui um patamar fixo às circunstâncias judiciais nem às agravantes e atenuantes, as quais devem ser sopesadas de acordo com o livre convencimento motivado do Magistrado, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. As causas de aumento e de diminuição, por seu turno, já apresentam os patamares que devem ser utilizados, de forma fixa ou variável. Segundo a doutrina, as causas de aumento também são chamadas de qualificadoras em sentido amplo e, “por integrarem a estrutura típica do delito, permitem a fixação da pena acima do máximo em abstrato previsto pelo legislador”. Nessa linha de raciocínio, nos mesmos moldes em que ocorre com o crime qualificado, já existindo uma

circunstância que qualifique ou majore o crime, autorizando, assim, a alteração do preceito secundário, ou a incidência de fração de aumento, considera-se correta a jurisprudência que prevalece no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que as qualificadoras e majorantes sobressalentes podem ser valoradas na primeira ou na segunda fase da dosimetria da pena. De fato, da mesma forma que a existência de mais de uma qualificadora não modifica nem o tipo penal nem o preceito secundário, tem-se que a existência de mais de uma majorante também não autoriza a retirada da fração de aumento do mínimo, uma vez que se “exige fundamentação concreta, não sendo suficiente a mera indicação do número de majorantes”, nos termos do entendimento sumulado no verbete n. 443 da Súmula desta Corte. Nesse contexto, a desconsideração tanto da qualificadora quanto da majorante sobressalentes acaba por violar o princípio da individualização da pena, o qual preconiza a necessidade de a pena ser aplicada em observância ao caso concreto, com a valoração de todas as circunstâncias objetivas e subjetivas do crime. Ademais, referida desconsideração vai de encontro ao sistema trifásico, pois as causas de aumento (3ª fase), assim como algumas das agravantes, são, em regra, circunstâncias do crime (1ª fase) valoradas de forma mais gravosa pelo legislador. Assim, não sendo valoradas na terceira fase, nada impede sua valoração de forma residual na primeira ou na segunda fases. A desconsideração das majorantes sobressalentes na dosimetria acabaria por subverter a própria individualização da pena realizada pelo legislador, uma vez que as circunstâncias consideradas mais gravosas, a ponto de serem tratadas como causas de aumento, acabariam sendo desprezadas. Lado outro, se não tivessem sido previstas como majorantes, poderiam ser integralmente valoradas na primeira e na segunda fases da dosimetria. Por fim, não há se falar que o deslocamento da causa de aumento para a primeira fase permite o “agravamento do regime prisional por via transversa”, porquanto o que não se admite é a fixação de regime prisional mais gravoso sem a devida fundamentação.



Assim, ainda que a pena-base seja fixada no mínimo legal, é possível a imposição de regime mais gravoso que o estabelecido em lei, desde que seja declinada motivação concreta. (HC 463.434-MT, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 25/11/2020, DJe 18/12/2020. Informativo n. 684)

**A prestação pecuniária prevista no art. 45, § 1º, do Código Penal pode ser compensada com o montante fixado com fundamento no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, ante a coincidência de beneficiários.**

Inicialmente, em uma interpretação teleológica, tem-se que o art. 45, § 1º, do Código Penal previu uma ordem sucessiva de preferência entre os beneficiários elencados. Havendo vítima determinada, impõe-se que o valor estipulado para prestação pecuniária seja a ela destinado. Nesse contexto, é necessário o estudo particularizado dos institutos da prestação pecuniária (art. 45, § 1º, do CP) e da reparação dos danos causados pela infração (art. 387, IV, do CPP) para determinar se é possível a compensação. O art. 45, § 1º, do Código Penal prevê que a prestação pecuniária tem natureza de pena (restritiva de direitos), contudo, possui finalidade nitidamente reparatória (cível), ao dispor que “[...] consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social [...]”. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a referida pena restritiva de direitos guarda correspondência com o prejuízo causado pelo delito, o que reforça seu caráter reparatório. Por sua vez, o art. 387, IV, do Código de Processo Penal visa assegurar a reparação cível dos danos causados pela infração penal, representando nítida antecipação efetuada pelo juiz criminal. Assim, explicitada a natureza jurídica dos institutos, em razão da finalidade reparatória presente em ambas disposições legais e, ainda, diante da coincidência de beneficiários (vítima), impõe-se a dedução do montante fixado a título de reparação de danos – art. 387, IV, do Código de Processo Penal, do que foi estipulado a critério

de prestação pecuniária substitutiva – art. 45, § 1º, do Código Penal, que prevê: “[...] O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários”. Ressalta-se, por fim, que o valor fixado para reparação dos danos – art. 387, IV, do CPP – refere-se a um valor mínimo, nada impedindo que a vítima requeira valor superior no âmbito cível. (*REsp 1.882.059-SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 19/10/2021. Informativo n. 714*)

**A tenra idade da vítima é fundamento idôneo para a majoração da pena-base do crime de homicídio pela valorização negativa das consequências do crime.**

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

prevalecer a orientação no sentido de que a tenra idade da vítima (menor de 18 anos de idade) é elemento concreto e transborda aqueles inerentes ao crime de homicídio, sendo apto, pois, a justificar o agravamento da pena-base, mediante valoração negativa das consequências do crime, ressalvada, para evitar *bis in idem*, a hipótese em que aplicada a causa de aumento prevista no art. 121, § 4º (parte final), do Código Penal. (*AgRg no REsp 1.851.435-PA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, por maioria, julgado em 12/08/2020, DJe 21/09/2020. Informativo n. 679*)

**Não se aplica a agravante prevista no art. 61, II, “h”, do Código Penal na hipótese em que o crime de furto qualificado pelo arrombamento à residência ocorreu quando os proprietários não se encontravam no imóvel, não havendo que se falar, portanto, em ameaça à vítima ou em benefício do agente para a prática delitiva em razão de sua condição de fragilidade.**

Por se tratar de agravante de natureza objetiva, a incidência do art. 61, II, “h”, do CP independe da prévia ciência pelo réu da idade da vítima, sendo, de igual modo, desnecessário perquirir se tal circunstância, de fato, facilitou ou concorreu para a prática delitiva. A incidência da agravante ocorre em razão da fragilidade, vulnerabilidade da vítima perante o agente, em razão de sua menor capacidade de defesa, a qual é presumida. Ausente qualquer nexos entre a ação do réu e a condição de vulnerabilidade da vítima, quando o furto qualificado pelo arrombamento à residência ocorreu quando os proprietários não se encontram no imóvel, com a escolha da residência de forma aleatória, nada indicando a condição de idoso do morador da casa invadida. Configurada a excepcionalidade da situação, deve ser afastada a agravante relativa ao crime praticado contra idoso, prevista no art. 61, II, ‘h’, do Código Penal. (*HC 593.219-SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 25/08/2020, DJe 03/09/2020. Informativo n. 679*)

**A causa de aumento prevista no art. 302, § 1º, II, do Código de Trânsito Brasileiro não exige que o agente esteja trafegando na calçada, sendo suficiente que o ilícito ocorra nesse local.**

No presente caso, o recorrente transitava pela via pública e, ao efetuar manobra, perdeu o controle do veículo subindo na calçada e atropelando as vítimas. Alegou-se que a causa de aumento de pena deve estar dirigida aos casos em que o motorista sabe que, transitando pela calçada, deve ter maior atenção aos pedestres, e não se aplicando àqueles em que, ao perder o controle do veículo na rua, termina por atingir pedestre na calçada por mero infortúnio, cuja previsibilidade não era possível antever. Ocorre que, sobre o tema, a doutrina leciona que “o aumento previsto no art. 302, parágrafo único, II, do Código de Trânsito Brasileiro será aplicado tanto quando o agente estiver conduzindo o seu veículo pela via pública e perder o controle do veículo automotor, vindo a adentrar na calçada e atingir a vítima, como quando estiver saindo de uma garagem ou efetuando qualquer manobra e, em razão de sua desatenção, acabar por colher o pedestre”. Nesse contexto, a norma não exige que o agente esteja trafegando na calçada, sendo suficiente que o ilícito ocorra nesse local, o que reveste a conduta de maior reprovabilidade, pois vem atingir o pedestre em lugar presumidamente seguro. (AgRg nos EDcl no REsp 1.499.912-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 05/03/2020, DJe 23/03/2020. Informativo 668)

**Nos casos em que se aplica a Lei n. 13.654/2018, é possível a valoração do emprego de arma branca, no crime de roubo, como circunstância judicial desabonadora.**

Após a revogação do inciso I do artigo 157 do CP pela Lei n. 13.654, de 23 de abril de 2018, o emprego de arma branca no crime de roubo deixou de ser considerado como majorante, a justificar o incremento da reprimenda na terceira fase do cálculo dosimétrico, sendo, porém, plenamente possível

a sua valoração como circunstância judicial desabonadora. Nesse sentido: “[...] embora o emprego de arma branca não se subsuma mais a qualquer uma das majorantes do crime de roubo, pode eventualmente ser valorado como circunstância judicial desabonadora pelas instâncias ordinárias” (AgRg no AREsp n. 1.351.373/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12.2.2019, DJe 19.2.2019)”. (*HC 556.629-RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 03/03/2020, DJe 23/03/2020. Informativo 668*)

**As diretrizes para individualização da pena e segregação cautelar dos autores de crime de tráfico privilegiado, por decorrerem de precedentes qualificados das Cortes Superiores, devem ser observadas, sempre ressalvada, naturalmente, a eventual indicação de peculiaridades do caso examinado, a permitir distinguir a hipótese em julgamento da que fora decidida nos referidos precedentes.**

Há anos são perceptíveis, em um segmento da jurisdição criminal, os reflexos de uma postura judicial que, sob o afirmado escudo da garantia da independência e da liberdade de julgar, reproduz política estatal que se poderia, não sem exagero, qualificar como desumana, desigual, seletiva e preconceituosa. Tal orientação, que se forjou ao longo das últimas décadas, parte da premissa equivocada de que não há outro caminho, para o autor de qualquer das modalidades do crime de tráfico – nomeadamente daquele considerado pelo legislador como de menor gravidade –, que não o seu encarceramento. Essa insistente desconsideração de alguns órgãos judicantes às diretrizes normativas derivadas das Cortes de Vértice produz um desgaste permanente da função jurisdicional, com anulação e/ou repetição de atos, e implica inevitável lesão financeira ao erário, bem como gera insegurança jurídica e clara ausência de isonomia na aplicação da lei aos jurisdicionados. Em suma, diante da mesma situação factual – tráfico de pequena monta, agente primário, sem antecedentes penais, sem prova de vínculo com organização

criminosa e de exercício de atividade criminosa (que não seja, é claro, a específica mercancia ilícita eventual que lhe rendeu a condenação) –, há de reconhecer-se que: A Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), em seu art. 112, § 5º (com a redação que lhe conferiu a Lei n. 13.964/2019) é expressa em dizer que “§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006”; O Ministério Público, a par da função exclusiva de exercitar a ação penal pública, é também constitucionalmente incumbido da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, caput, da C.R.), e deve agir de acordo com critérios de objetividade, compromisso, pois, com o direito (*custos iuris*) e com a verdade. Logo, a acusação formulada pelo Ministério Público há de consubstanciar uma imputação responsabilmente derivada da realidade fático-jurídica evidenciada pelo simples exame do inquérito policial, muitas vezes já indicativa de que não se cuida de hipótese de subsunção da conduta do agente ao crime de tráfico de drogas positivado no caput do art. 33 da LAD. A jurisprudência dos Tribunais Superiores – quer por meio de Súmulas (verbetes n. 718 e 719 do STF e 440 do STJ), quer por meio de julgamentos proferidos pela composição Plena do Supremo Tribunal Federal, seguidos por inúmeros outros julgamentos da mesma Corte e do STJ – é uníssona e consolidada no sentido de que: Não se pode impor regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito e sem a idônea motivação, que não pode decorrer da mera opinião do julgador; O condenado por crime de tráfico privilegiado, nos termos do art. 33. § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a pena inferior a 4 anos de reclusão, faz jus a cumprir a reprimenda em regime inicial aberto ou, excepcionalmente, em semiaberto, desde que por motivação idônea, não decorrente da mera natureza do crime, de sua gravidade abstrata ou da opinião pessoal do julgador; O

condenado por crime de tráfico privilegiado, nas condições e nas ressalvas da alínea anterior, faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; O autor do crime previsto no art. 33, § 4º da LAD não pode permanecer preso preventivamente, após a sentença (ou mesmo antes, se a segregação cautelar não estiver apoiada em quadro diverso), porque: a) O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal – e copiosa jurisprudência das Cortes Superiores – afastou a vedação à liberdade provisória referida no art. 44 da Lab.) Não é cabível prisão preventiva por crime punido com pena privativa máxima igual ou inferior a 4 anos (art. 313, I do Código de Processo Penal); c) O tempo que o condenado eventualmente tenha permanecido preso deverá ser computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade (art. 387, § 2º do CPP), o que, a depender do tempo da custódia e do *quantum* da pena arbitrada, implicará imediata soltura do sentenciado, mesmo se fixado o regime inicial intermediário, ou seja, o semiaberto (dado que, como visto, não se mostra possível a inflicção de regime fechado ao autor de tráfico privilegiado). (HC 596.603-SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 08/09/2020, DJe 22/09/2020. Informativo n. 683)

**O reconhecimento da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do réu depende da prévia instauração de incidente de insanidade mental e do respectivo exame médico-legal nele previsto.**

Inicialmente, salienta-se que a questão ora suscitada não guarda identidade com aquela veiculada em inúmeros julgados desta Corte, que subsidiaram a orientação no sentido de que a mera alegação de que o acusado é inimputável não justifica a instauração de incidente de insanidade mental, providência que deve ser condicionada à efetiva demonstração da sua necessidade, mormente quando há dúvida a respeito do seu poder de autodeterminação (AgRg no HC n. 516.731/GO, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe

20/8/2019), pois o que se discute, aqui, é a possibilidade de reconhecimento da semi-imputabilidade do réu sem exame médico-legal. No processo penal brasileiro, em consequência do sistema da persuasão racional, o juiz forma sua convicção pela livre apreciação da prova (art. 155 do CPP). Assim, em regra, não há falar em prova legal ou tarifada no processo penal brasileiro. Contudo, com relação à inimputabilidade (art. 26, caput, do CP) e semiimputabilidade (art. 26, parágrafo único, do CP), não há como ignorar a importância do exame pericial, considerando que o Código Penal adotou expressamente o critério biopsicológico. Ora, o magistrado não detém os conhecimentos técnicos indispensáveis para aferir a saúde mental do réu, tampouco a sua capacidade de se autodeterminar. Atento a essa questão, o legislador estabeleceu o incidente de insanidade mental (art. 149 do CPP). A relevância desse incidente não sobressai apenas do conteúdo técnico da prova que se almeja produzir, mas também da vontade do legislador que, especificamente nos arts. 151 e 152 do CPP, estabeleceu algumas consequências diretas extraídas da conclusão do exame pericial, como a continuidade da presença do curador e a suspensão do processo. Cumpre destacar, ainda, a medida cautelar prevista no art. 319, IV, do Código de Processo Penal, que prevê a internação provisória para crimes praticados com violência ou com grave ameaça, quando os peritos concluírem pela imputabilidade ou semi-imputabilidade. Todos esses aspectos, embora insuficientes para sustentar a tese de que o magistrado ficaria vinculado às conclusões do laudo pericial – o que é expressamente rechaçado pelo art. 182 do CPP (“o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”) – autorizam a conclusão de que o exame médico-legal é indispensável para formar a convicção do órgão julgador para fins de aplicação do art. 26 do CP. (*REsp 1.802.845-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020. Informativo n. 675*)



**Não incide a causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 em caso de tráfico de drogas cometido nas dependências ou nas imediações de igreja.**

Inicialmente, cumpre salientar que, segundo a jurisprudência desta Corte, para o reconhecimento da majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, não é necessária a comprovação da efetiva mercancia nos locais elencados na lei, tampouco que a substância entorpecente atinja, diretamente, os trabalhadores, os estudantes, as pessoas hospitalizadas etc., sendo suficiente que a prática ilícita ocorra nas dependências, em locais próximos ou nas imediações de tais localidades. No caso, nas imediações onde ocorreram os fatos, havia duas igrejas, estabelecimentos que, no entanto, não se enquadram em nenhum dos locais previstos pelo legislador no referido inciso. Decerto, a razão de ser dessa causa especial de aumento de pena é a de punir, com maior rigor, aquele que, nas imediações ou nas dependências dos locais especificados no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas (aqui incluídos quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da citada lei), justamente porque, em localidades como tais, é mais fácil para o traficante passar despercebido à fiscalização policial, além de ser maior o grau de vulnerabilidade das pessoas reunidas em determinados lugares. No entanto, segundo a doutrina, “em matéria penal, por força do princípio da reserva legal, não é permitido, por semelhança, tipificar fatos que se localizam fora do raio de incidência da norma, elevando-os à categoria de delitos. No que tange às normas incriminadoras, as lacunas, porventura existentes, devem ser consideradas como expressões da vontade negativa da lei. E, por isso, incabível se torna o processo analógico. Nestas hipóteses, portanto, não se promove a integração da norma ao caso por ela não abrangido”. Assim, caso o legislador quisesse punir de forma mais gravosa também o fato de o agente cometer o delito nas dependências ou nas

imediações de igreja, o teria feito expressamente, assim como o fez em relação àquele que pratica o crime nas dependências ou nas imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos. Ademais, no Direito Penal incriminador não se admite a analogia *in malam partem*, não se deve inserir no rol das majorantes o fato de o agente haver cometido o delito nas dependências ou nas imediações de igreja. (HC 528.851-SP; Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 05/05/2020, DJe 12/05/2020. Informativo 671)

**Não incide a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, se a prática de narcotraficância ocorrer em dia e horário em que não facilite a prática criminosa e a disseminação de drogas em área de maior aglomeração de pessoas.**

Consoante entendimento firmado por este Superior Tribunal de Justiça, a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006 tem natureza objetiva, não sendo necessária a efetiva comprovação de mercancia na respectiva entidade de ensino, ou mesmo de que o comércio visa a atingir os estudantes, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações do estabelecimento. Na espécie em exame, contudo, verifica-se a presença de particularidade que, mediante uma interpretação teleológica do disposto no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, permite o afastamento da referida causa de aumento de pena, uma vez que o delito de tráfico ilícito de drogas foi praticado em local próximo a estabelecimento de ensino, tendo o crime ocorrido no período da madrugada, em um domingo, horário em que a escola

não estava em funcionamento. A proximidade da escola, neste caso, tratou-se de elemento meramente circunstancial, sem relação real e efetiva com a traficância realizada. Nesse contexto, observe-se que a razão de ser da norma é punir de forma mais severa quem, por traficar nas dependências ou na proximidade de estabelecimento de ensino, tem maior proveito e facilidade na difusão e no comércio de drogas em região de grande circulação de pessoas, expondo os frequentadores do local a um risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância. Conclui-se, por fim, que, diante da prática do delito em dia e horário (domingo de madrugada) em que o estabelecimento de ensino não estava em funcionamento, de modo a facilitar a prática criminosa e a disseminação de drogas em área de maior aglomeração de pessoas, não há falar em incidência da majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, pois ausente a ratio legis da norma em tela. (*REsp 1.719.792-MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, por unanimidade, julgado em 13/03/2018, DJe 26/03/2018. Informativo n. 622.*)

**Não é necessário que a droga passe por dentro do presídio para que incida a majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006.**

O art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 dispõe que as penas previstas nos arts. 33 a 37 da Lei são aumentadas de um sexto a dois terços se a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, 220 ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos. No caso, parte dos acusados de integrar associação criminosa que movimentava grandes volumes de entorpecentes entre estados diversos da federação estavam presos e organizavam a dinâmica da quadrilha por meio de telefones

celulares possuídos clandestinamente. Assim, em estando os autores dos crimes incluídos no sistema penitenciário, não se pode afastar a conclusão de que seus atos foram praticados no interior do presídio, ainda que os efeitos destes atos tenham se manifestado a quilômetros de distância. O inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 não faz a exigência de que as drogas, objeto do crime, efetivamente passem por dentro dos locais que se busca dar maior proteção, mas apenas que o cometimento dos crimes tenha ocorrido em seu interior. (*HC 440.888-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019. Informativo n. 659.*)

**Na hipótese de o delito praticado pelo agente e pelo menor de 18 anos não estar previsto nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, o réu poderá ser condenado pelo crime de corrupção de menores, PORÉM, se a conduta estiver tipificada em um desses artigos (33 a 37), não será possível a condenação por aquele delito, mas apenas a majoração da sua pena com base no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.**

O debate consistiu no enquadramento da conduta de adulto que pratica tráfico em concurso eventual com criança ou adolescente. Para configuração do crime previsto no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), basta a participação de menor de 18 anos no cometimento do delito, pois, de acordo com a jurisprudência do STJ, o crime é formal e, por isso, independe da prova da efetiva corrupção do menor (Súmula n. 500/STJ). Por sua vez, para incidir a majorante do art. 40, VI, da Lei de Drogas, faz-se necessário que, ao praticar os delitos previstos nos arts. 33 a 37, o réu envolva ou vise atingir criança, adolescente ou quem tenha capacidade de entendimento e determinação diminuída. Não se compartilha do entendimento no sentido de que, se a criança ou adolescente já estiverem corrompidos, não há falar em corrupção de menores e de que responde o agente apenas pelo crime de tráfico majorado, pois, de acordo com

o entendimento do STJ, é irrelevante a prova da efetiva corrupção do menor para que o acusado seja condenado pelo crime do ECA. A solução deve ser encontrada no princípio da especialidade. Assim, se a hipótese versar sobre concurso de agentes envolvendo menor de dezoito anos com a prática de qualquer dos crimes tipificados nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, afigura-se juridicamente correta a imputação do delito em questão, com a causa de aumento do art. 40, VI. Para os demais casos, aplica-se o art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme entendimento doutrinário. (*REsp 1.622.781-MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, por unanimidade, julgado em 22/11/2016, DJe 12/12/2016. Informativo n. 595*)

**Demonstrada mera falta de técnica na sentença, o *habeas corpus* pode ser deferido para nominar de forma correta os registros pretéritos da paciente, doravante chamados de maus antecedentes, e não de conduta social, sem afastar, todavia, o dado desabonador que, concretamente, existe nos autos e justifica diferenciada individualização da pena.**

A Terceira Seção pacificou o entendimento de que: “Eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente” (EREsp n. 1.688.077/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª S., DJe 28/8/2019, destaquei). No caso, a paciente possuía outras cinco condenações definitivas por idêntico crime, não valoradas como reincidência nem fracionadas para análise negativa de mais de uma circunstância judicial. As instâncias ordinárias, contudo, classificaram os antecedentes erroneamente, como conduta social negativa. O vício do ato apontado como coator se refere, tão somente, ao incorreto título conferido à vetorial do art. 59 do CP. Uma vez reconhecida a atecnia do Tri-

bunal *a quo*, mas verificado que, de fato, a ré ostenta várias condenações irrecorríveis – o que demanda mais rigorosa repressão penal, para prevenção e repressão de sua conduta reiterada –, o correto é conceder a ordem para corrigir a denominação errada da circunstância judicial negativa. A dicção legal do art. 59 do CP não impõe ao juiz a obrigação de intitular as circunstâncias judiciais na sentença. Na tarefa individualizadora da reprimenda básica é cogente, apenas, indicar as peculiaridades do caso concreto relacionadas aos vetores elencados pelo legislador. Se a sentença simplesmente registrar a existência de várias condenações definitivas anteriores, sem dar um nome específico para essa circunstância, não haverá vício algum. Da mesma forma, se afirmar que o resultado é mais gravoso do que o previsto no tipo penal, sem chamar tal dado de consequências do crime, estará justificado o acréscimo da pena-base. Identificada apenas uma atecnia, não se pode desconsiderar o registro concreto feito pelo Juiz sentenciante, da “prática do mesmo crime de estelionato em outras ações penais”, de modo a punir a ré da mesma forma que um criminoso neófito. Se a defesa não instruiu a impetração com certidão comprobatória de que as anotações não existem, o correto é, tão-somente, corrigir o único vício verificado no ato apontado como coator e consertar a classificação errônea da circunstância judicial, de forma a dar-lhe o nome correto, consoante a classificação jurídica dos vetores do art. 59 do CP. Apenas quando os antecedentes não existirem ou forem fracionados, para análise negativa, também, como marcadores da conduta social ou da personalidade, é possível reduzir a pena em *habeas corpus*, pois estará caracterizado vício de fundamentação e/ou *bis in idem* na exasperação da pena-base. (HC 501.144-SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020 Informativo 669)

**A existência de condenações definitivas anteriores não se presta a fundamentar a exasperação da pena-base como personalidade voltada para o crime.**

Inicialmente, cumpre salientar que o legislador estabeleceu, no caput do art. 59 do Código Penal, oito vetores a serem considerados na primeira fase de aplicação da reprimenda, quais sejam: a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; as circunstâncias; as consequências do crime e o comportamento da vítima. O objetivo foi prever circunstâncias diversas e com regramentos próprios a serem valoradas pelo julgador – na mesma fase de dosimetria – de acordo com a situação fática posta em análise. Referidos vetores, portanto, não se confundem. A consideração desfavorável da personalidade do agente, nesse sentido, deve ser aferida a partir do seu modo de agir, podendo-se avaliar a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade e a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito. Sua aferição somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão. Nesses termos, a Sexta Turma, em recente julgado – cuja *ratio decidendi* é perfeitamente aplicável no presente caso –, considerou que “a valoração negativa da vetorial conduta social com base em condenações definitivas por fatos anteriores é ilegal, pois estas se prestariam ao sopesamento negativo da circunstância judicial relativa aos antecedentes” (HC 457.039/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 07/11/2018). Vê-se, pois, que não há justificativa para se aplicar o referido entendimento para o vetor da conduta social e desprezá-lo no que tange à personalidade, haja vista que, reitera-se, a razão de decidir é a mesma. No mesmo sentido, a Quinta Turma deste Tribunal Superior consolidou o entendimento de que “condenações transitadas em julgado não constituem fundamento idôneo para análise desfavorável da personalidade ou da conduta social do agente”. Ademais, corroborando com a tese ora defendida, o legislador conferiu ao julgador maior discricionariedade – mesmo que ainda vinculada aos parâmetros legais – ao não prever, no art. 59 do Código Penal, um *quantum* mínimo ou máximo para

a exasperação da pena-base. De fato, cabe à prudência do (da) Magistrado(a) fixar, com a devida fundamentação e dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, o patamar que entender mais adequado e justo ao caso concreto. Nessa perspectiva, com o permissivo da lei, é legítimo que o (a) Magistrado (a), na hipótese de haver mais de uma condenação transitada em julgado em desfavor do Réu, eleve a pena, por exemplo, acima do patamar de 1/6 (um sexto), já que a existência de múltiplas sentenças penais definitivas denotam que seus antecedentes lhe são mais desfavoráveis. Respeita-se, concomitantemente, o princípio da legalidade e da individualização da reprimenda. (HC 472.654-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, por unanimidade, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019 Informativo n. 643.)

**Não é possível a utilização de condenações anteriores com trânsito em julgado como fundamento para negar a conduta social.**

A utilização de condenações com trânsito em julgado anteriores para negar a conduta social era admitida porque os antecedentes judiciais e os antecedentes sociais se confundiam na mesma circunstância, conforme o art. 42 do Código Penal, anterior à reforma de 1984. Essa alteração legislativa, operada pela Lei n. 7.209/1984, especificou os critérios referentes ao autor, desmembrando a conduta social e a personalidade dos antecedentes. Cumpre observar que esse tema possuía jurisprudência pacificada no âmbito da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, que admitiam a utilização de condenações com trânsito em julgado como fundamento para negar não só o vetor antecedentes, como também a conduta social e a personalidade. No entanto, após o julgamento do HC n. 366.639/SP (DJe 05/04/2017), a Quinta Turma passou a não admitir a utilização de condenações com trânsito em julgado anteriores para fins de negação da conduta social. A mudança de orientação adotada pela Quinta Turma deste Tribunal Superior, consoante a compreensão da Segunda



Turma do Supremo Tribunal Federal, incrementa significado ao disposto no art. 59 do Código Penal, na medida em que torna a conduta social melhor concretizável, com *locus* específico. Assim, em melhor atenção ao princípio da individualização das penas, as condenações com trânsito em julgado, não utilizadas a título de reincidência, não podem fundamentar a negatização da conduta social, o que significa alteração também da jurisprudência desta Sexta Turma sobre o tema. (*REsp 1.760.972-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, por unanimidade, julgado em 08/11/2018, DJe 04/12/2018. Informativo n. 639.*)

**É inviável o reconhecimento de reincidência com base em único processo anterior em desfavor do réu, no qual – após desclassificar o delito de tráfico para porte de substância entorpecente para consumo próprio – o juízo extinguiu a punibilidade por considerar que o tempo da prisão provisória seria mais que suficiente para compensar eventual condenação.**

Trata-se de habeas corpus em que o impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a reincidência foi considerada de maneira equivocada. Vale salientar que o paciente – condenado por tráfico de drogas – não obteve a redução da pena inerente à figura privilegiada do tipo penal, em face do reconhecimento da reincidência, com base em única ação penal anterior constante em sua vida pregressa. Na oportunidade da referida primeira e única condenação, o Juiz desclassificou o delito pelo qual respondia, atribuindo-lhe o crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, e, ato contínuo, extinguiu a punibilidade por considerar o tempo da prisão provisória mais do que suficiente para compensar eventual medida a lhe ser imposta. De fato, as instâncias ordinárias deixaram de reconhecer a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque concluíram que a extinção da punibilidade, nesses casos, se assemelharia à extinção

do processo executivo pelo cumprimento de pena e, por conseguinte, seria apta a gerar a reincidência. Todavia, não há como desprezar que o tempo de constrição considerado para a extinção da punibilidade se deu no âmbito exclusivo da prisão preventiva, sendo inconcebível compreender, em nítida interpretação prejudicial ao réu, que o tempo de prisão provisória seja o mesmo que o tempo de prisão no cumprimento de pena, haja vista tratar-se de institutos absolutamente distintos em todos os seus aspectos e objetivos. Nessa linha de raciocínio, a decisão de extinção da punibilidade, na hipótese, aproxima-se muito mais do exaurimento do direito de exercício da pretensão punitiva como forma de reconhecimento, pelo Estado, da prática de coerção cautelar desproporcional no curso do único processo em desfavor do paciente – citado anteriormente – do que com o esgotamento de processo executivo pelo cumprimento de pena. Acrescente-se, ainda, que, se o paciente não houvesse ficado preso preventivamente – prisão que, posteriormente, se mostrou ilegal, dada a desclassificação do primeiro delito a ele imputado –, teria feito jus à transação penal, benefício que, como é sabido, não é apto a configurar nem maus antecedentes nem reincidência. Nesse sentido, o único processo anterior existente em desfavor do réu não pode ser considerado para fins de reincidência, devendo a Corte de origem reanalisar o preenchimento dos demais requisitos necessários à aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. (*HC 390.038-SP, Rel. Min. Rogério Schiatti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 06/02/2018, DJe 15/02/2018. Informativo n. 619.*)

**Condenações anteriores pelo delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não são aptas a gerar reincidência.**

Inicialmente cumpre salientar que consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE 430.105/RJ, sabe-se que a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada,

mas não descriminalizada, em outras palavras, não houve *abolitio criminis*. Contudo, ainda que a conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 tenha sido despenalizada e não descriminalizada, essa conduta é punida apenas com “advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Além disso, não existe a possibilidade de converter essas penas em privativas de liberdade em caso de descumprimento. Cabe ressaltar que as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade. Ademais, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21/8/2018, proferiu julgado nesse mesmo sentido. (*HC 453.437-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, por unanimidade, julgado em 04/10/2018, DJe 15/10/2018. Informativo n. 636.*)

**O grande interesse por material que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente é ínsito ao crime descrito no art. 241-A da Lei n. 8.069/1990, não sendo justificável a exasperação da pena-base a título de conduta social ou personalidade.** Cinge-se a controvérsia a decidir se o grande interesse em pornografia infantil é motivo idôneo para valorar negativamente a pena-base do réu, a título de conduta social ou personalidade do agente que cometeu o crime do art. 241-A da Lei n. 8.069/1990. Caracteriza o crime do art. 241-A do ECA oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo

ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (pena de 3 a 6 de reclusão e multa). Nesse contexto, o dado inerente ao tipo penal não justifica a exasperação da pena-base, a título de conduta social ou personalidade. O grande interesse por material que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente é ínsito ao crime descrito no art. 241-A da Lei n. 8.069/1999. O referido dado já foi sopesado pelo legislador para criminalizar a conduta e estabelecer severa sanção penal, com o objetivo, justamente, de proteger a dignidade das crianças e dos adolescentes, pondo-os a salvo de formas desviadas de satisfação sexual. (REsp 1.579.578-PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por maioria, julgado em 04/02/2020, DJe 17/02/2020 . Informativo 666)

**A reincidência de que trata o § 4º do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é a específica.**

Não obstante a existência de precedente em sentido diverso (AgRg no HC 497.852/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 11/06/2019, DJe 25/06/2019) – em que a reincidência genérica era pela prática dos delitos de roubo e de porte de arma –, em revisão de entendimento, embora não conste da letra da lei, forçoso concluir que a reincidência de que trata o § 4º do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é a específica. Com efeito, a melhor exegese, segundo a interpretação topográfica, essencial à hermenêutica, é de que os parágrafos não são unidades autônomas, estando vinculadas ao caput do artigo a que se referem. Vale dizer, aquele que reincidir na prática do delito de posse de drogas para consumo pessoal ficará sujeito a penas mais severas – pelo prazo máximo de 10 meses – não se aplicando, portanto, à hipótese vertente, a regra segundo a qual ao intérprete não cabe distinguir quando a norma não o fez. Desse modo, condenação anterior por crime de roubo não impede a aplicação das penas do art. 28, II e III, da Lei n. 11.343/2006, com a limitação de 5 meses de que dispõe o § 3º do referido dispositivo legal.

(REsp 1.771.304-ES, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 10/12/2019, DJe 12/12/2019. Informativo 662)

**As tabelas de honorários elaboradas unilateralmente pelos Conselhos Seccionais da OAB não vinculam o magistrado no momento de arbitrar o valor da remuneração a que faz jus o defensor dativo que atua no processo penal; servem como referência para o estabelecimento de valor que seja justo e que reflita o labor despendido pelo advogado.**

A indicação de advogado dativo, consoante o art. 22, § 1º, da Lei n. 8.906/1994, resulta em arbitramento de honorários àquele profissional, os quais devem ser suportados pelo Estado, compreendido como ente político a quem incumbia o dever de prestar a assistência judiciária. Assim, no caso da Justiça estadual, tal incumbência é do ente federado respectivo. No que toca ao tema objeto deste Recurso, se há, de um lado, os que defendem que a remuneração do defensor dativo não se enquadra em nenhuma das hipóteses em que incidiria a Lei de Responsabilidade Fiscal, máxime porque sua atuação é imposta por determinação judicial, de outro lado é inquestionável que os gastos com pagamentos de honorários são suportados com o orçamento da Administração Pública, o que reflete, em alguma medida, o objetivo proposto pela referida lei de controle fiscal. A condição *sui generis* da relação estabelecida pelo advogado e o Estado, não só por se tratar de particular em colaboração com o Poder Público, mas também por decorrer de determinação judicial, a fim de possibilitar exercício de uma garantia fundamental da parte, implica a existência, ainda que transitória, de vínculo que o condiciona à prestação de uma atividade em benefício do interesse público. Em outras palavras, a hipótese do parágrafo primeiro do art. 22 do Estatuto da OAB abrange os casos em que não é possível celebrar, sem haver previsão legal, um contrato de honorários convencionais com o Poder Público. O parágrafo segundo, por sua vez,

compreende justamente os casos em que, a despeito de possível o contrato de honorários convencionais, tal não se dá, por qualquer motivo. O arbitramento judicial é a forma de se mensurarem, ante a ausência de contratação por escrito, os honorários devidos. Apesar da indispensável provocação judicial, não se confundem com os honorários de sucumbência, porquanto não possuem natureza processual e independem do resultado da demanda proposta. Especificamente para essa hipótese é que o parágrafo segundo prevê, diversamente do que ocorre com o parágrafo primeiro, que os valores a serem arbitrados não poderão ser inferiores aos previstos nas tabelas da Seccionais da OAB. Assim, há um tratamento explicitamente distinto para ambos os casos. A utilização da expressão “segundo tabela organizada”, prevista no primeiro parágrafo do art. 22 do Estatuto da OAB, deve ser entendida como referencial, visto que não se pode impor à Administração o pagamento de remuneração com base em tabela produzida unilateralmente por entidade representativa de classe de natureza privada, como contraprestação de serviços prestados, fora das hipóteses legais de contratação pública. Já a expressão “não podendo ser inferiores”, contida no parágrafo segundo, objetiva resguardar, no arbitramento de honorários, a pretensão do advogado particular que não ajustou o valor devido pela prestação dos serviços advocatícios. Portanto, na linha de precedentes das Seções de Direito Público, a tabela de honorários produzida pela OAB deve servir apenas como referencial, sem nenhum conteúdo vinculativo, sob pena de, em alguns casos, remunerar, com idêntico valor, advogados com diferentes dispêndios de tempo e labor, baseado exclusivamente na tabela indicada pela entidade representativa. (Informativo n. 659.) Processo REsp 1.656.322-SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 23/10/2019, DJe 04/11/2019 (Tema 984) ramo do direito direito processual penal tema Advogado dativo. Honorários. Quantia indicada na tabela da OAB. Esforços despendidos. Desproporção. Arbitramento motivado de outro valor. Possibilidade.

**Tema 984. Destaque Nas hipóteses em que o juiz da causa considerar desproporcional a quantia indicada na tabela da OAB em relação aos esforços despendidos pelo defensor dativo para os atos processuais praticados, poderá, motivadamente, arbitrar outro valor.**

A tabela de honorários produzida pela OAB deve servir apenas como referencial, sem nenhum conteúdo vinculativo. Entretanto, ao fixar os honorários, o Magistrado, a despeito do caráter não vinculativo da tabela da OAB, deve tê-la como norte para avaliação, em cada situação concreta, de todo o trabalho desempenhado pelo profissional em confronto com os valores ali estabelecidos, de modo que o resultado dessa análise constitua valor justo e que represente um equilíbrio entre aquele que é indicado pela OAB e o extraído do labor e das despesas efetivas despendidas pelo defensor dativo, se, evidentemente, a tabela não possibilite refletir a realidade constatada pelo magistrado. Em outras palavras, nas hipóteses em que o juiz da causa considerar desproporcional a quantia indicada na tabela da OAB em relação aos esforços despendidos pelo defensor dativo para os atos processuais praticados, poderá, motivadamente, arbitrar outro valor. (*REsp 1.656.322-SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 23/10/2019, DJe 04/11/2019. Informativo n. 659.*)

**Diante da *abolitio criminis* promovida pela Lei n. 13.654/2018, que deixou de considerar o emprego de arma branca como causa de aumento de pena, é de rigor a aplicação da *novatio legis in mellius*.**

Preliminarmente cumpre salientar que, sobreveio à decisão impugnada a promulgação da Lei n. 13.654, de 23 de abril de 2018, que modificou o Código Penal nos dispositivos referentes aos crimes de furto e roubo. Essa alteração legislativa suprimiu a previsão contida no inciso I do § 2º, do art. 157, que apresentava hipótese de causa especial de aumento de pena relativa ao emprego de arma. Esta Corte possuía entendimento jurisprudencial consolidado reconhecendo

que a previsão contida no dispositivo revogado abrangia não apenas armas de fogo, mas qualquer “artefato que tem por objetivo causar dano, permanente ou não, a seres vivos e coisas”, nos termos do art. 3º, inciso IX, do Decreto n. 3.665/2000. No entanto, a atual previsão contida no art. 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal, limita a possibilidade de aumento de pena à hipótese de a violência ser cometida mediante emprego de arma de fogo, assim considerado o instrumento que “[...] arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil”, de acordo com o Decreto citado. Portanto, não se está diante de continuidade normativa, mas de abolitio criminis da majorante, na hipótese de o delito ser praticado com emprego de artefato diverso de arma de fogo. Na hipótese, o réu realizou a subtração fazendo uso de arma branca (faca). Diante desse fato, deve-se aplicar a lei nova, mais benéfica ao acusado, em consonância com o art. 5º, XL, da Constituição Federal, afastando-se o aumento de 1/3 aplicado na terceira fase do cálculo da pena (*REsp 1.519.860-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, por unanimidade, julgado em 17/05/2018, DJe 25/05/2018 Informativo n. 626.*)

**A pena de perdimento deve ser restrita ao cargo ocupado ou função pública exercida no momento do delito, à exceção da hipótese em que o magistrado, motivadamente, entender que o novo cargo ou função guarda correlação com as atribuições anteriores.**

Cinge-se a controvérsia a saber se a perda de perdimento prevista no art. 92, I, do CP se restringe à atividade pública exercida no momento do delito. O STJ entende que o reconhecimento de que o réu praticou ato incompatível com o cargo por ele ocupado é fundamento suficiente para a decretação do efeito extrapenal de perda do cargo público (AgRg no REsp 1.613.927-RS, DJe 30/9/2016). Em regra,



a pena de perdimento deve ser restrita ao cargo público ocupado ou função pública exercida no momento do delito. Trilhando esse entendimento, doutrina defende que “A perda deve restringir-se somente àquele cargo, função ou atividade no exercício do qual praticou o abuso, porque a interdição pressupõe que a ação criminosa tenha sido realizada com abuso de poder ou violação de dever que lhe é inerente”. Assim, a perda do cargo público, por violação de dever inerente a ele, necessita ser por crime cometido no exercício desse cargo, valendo-se o envolvido da função para a prática do delito. Porém, salienta-se que se o magistrado de origem considerar, motivadamente, que o novo cargo guarda correlação com as atribuições do anterior, ou seja, naquele em que foram praticados os crimes, mostra-se devida a perda da nova função, uma vez que tal ato visa anular a possibilidade de reiteração de ilícitos da mesma natureza, o que não ocorreu no caso. (*REsp 1.452.935-PE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, por unanimidade, julgado em 14/3/2017, DJe 17/3/2017. Informativo n. 599*)

# SÚMULAS DO STF SOBRE DOSIMETRIA DA PENA

**SÚMULA 499** - Não obsta à concessão de *sursis* (CP, art. 77) a condenação anterior a pena de multa.

**SÚMULA 716** - Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

**SÚMULA 717** - Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.<sup>140</sup>

**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

---

140. Essa progressão justifica-se para quando o sujeito não fizer mais jus à prisão especial, pois, assim, quando sair dessa espécie de prisão poderá ingressar no seu verdadeiro regime.

# SÚMULAS DO STJ SOBRE DOSIMETRIA DA PENA

**SÚMULA 74** - Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.

**SÚMULA 171** - Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa.

**SÚMULA 174 (CANCELADA)** - ~~No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena. (SÚMULA 174, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/1996, DJ 31/10/1996, p. 42124)~~ **SÚMULA CANCELADA:** A Terceira Seção, na sessão de 24/10/2002, ao julgar o REsp 213.054/SP, determinou o CANCELAMENTO da Súmula 174 do STJ (DJ 11/11/2002, p. 148).

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

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

**SÚMULA 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.

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

**SÚMULA 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.

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

**SÚMULA 511** - É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva.

**SÚMULA 545** - Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.

**SÚMULA 587** - Para a incidência da majorante prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, é desnecessária a efetiva transposição de fronteiras entre estados da Federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual.

**SÚMULA 588** - A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

**SÚMULA 607** - A majorante do tráfico transnacional de drogas (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006) configura-se com a prova da destinação internacional das drogas, ainda que não consumada a transposição de fronteiras.

**SÚMULA 630** - A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio.

**SÚMULA 636** - A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência.

**SÚMULA 631** - O indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais.

~~SÚMULA 512(CANCELADA) - 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. (SÚMULA 512, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/06/2014, DJe 16/06/2014)~~SÚMULA CANCELADA:A Terceira Seção, na sessão de 23/11/2016, ao julgar a QO na Pet 11.796/DF, determinou o CANCELAMENTO da Súmula 512 do STJ (DJ 28/11/2016).

## ROTEIRO DE DOSIMETRIA DA PENA<sup>141</sup>

DOSIMETRIA (CPP, art. 381, IV)

### 1. Réu *Fulano de tal*

#### 1.1 Crime de .....

Analisadas as circunstâncias ditas judiciais elencadas no art. 59, do Código Penal, verifico, em relação à culpabilidade, que o grau de reprovabilidade da conduta do acusado é intenso, porque ... OU é mediana porque ....

Não registra antecedentes OU registra antecedentes porque conforme a certidão de fl. (...) tem outra condenação que não implica reincidência, tratando-se de mau antecedente, conforme certidão de fl. [...]. OU possui condenação transitada em julgado após os fatos apurados neste processo por crime praticado anteriormente.

A conduta social não é recomendável, pois o réu costuma embriagar-se constantemente e provocar confusão [...] OU A conduta social do réu não foi desabonada.

A personalidade é mal formada, pois [...]. OU não há elementos nos autos sobre a personalidade do réu.

Os motivos do crime devem ser valorados negativamente porque [...]. OU Os motivos foram inerentes ao tipo penal em questão.

As circunstâncias do crime assumiram relevo, na medida em que [...]. OU As circunstâncias do crime foram normais à espécie.

---

141. Roteiro adaptado do material da aula de Técnica e Prática da Sentença Penal da ESMESC, ministrada pelo Prof. Des. Jaime Ramos.

Das consequências do crime pode-se dizer que a vítima foi despojada de seus bens e até agora não lhe foram restituídos, sofrendo considerável prejuízo, como demonstra a prova colhida (*ou os bens foram apreendidos e não houve prejuízo, ou o resultado foi a morte, o estupro, ou outra circunstância*). OU As consequências do crime não ultrapassaram os previstos para o tipo.

O comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática do delito OU contribuiu para a prática do ilícito porque [...].

Considerando desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais (*discriminar quais são elas*), supra analisadas, fixo a pena-base em: a) [...] ( ) anos e [...] ( ) meses de reclusão (*detenção ou prisão simples, acima do mínimo legal*); b) restrição(ões) de direito(s) consistente(s) de [...] (*quando cumulativa com a pena privativa de liberdade, como nos crimes de trânsito, em que se comina também a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor*); e c) multa de [...] ( ) dias-multa, no valor unitário de [...] do salário mínimo vigente à época do fato, considerando a vulnerabilidade econômica do réu, devendo ser monetariamente atualizado desde o trânsito em julgado desta condenação até o efetivo recolhimento (arts. 49, e 60 do CP). (*\*não deve deixar a multa para fixar depois; já coloca aqui, na pena-base, tanto a privativa de liberdade quanto a multa, se esta for cumulativa*).

Considerando a presença da agravante genérica da reincidência em crime, uma vez que, de acordo como a certidão de antecedentes criminais de fls. (...), o acusado foi condenado por crime não militar nem político, por sentença transitada em julgado na data de [...], portanto, anteriormente ao crime de que trata esta dosimetria, não tendo decorrido ainda o prazo de cinco anos contado da extinção da pena ou da punibilidade (CP, arts. 61, I, 63 e 64), aumento a pena-base em um sexto (1/6), resultando em [...].

Levando em conta que o acusado, à data do crime, era menor de 21 anos, reconheço a atenuante da menoridade relativa (CP, art. 65, I), e diminuo a pena em [...] ( ) ano(s)

ou [...] ( ) mês(es) . Diminuo também a pena em mais [...] ( ) ano(s) ou [...] ( ) mês(es), em face da atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, “d”).

Assim, a pena resta estabelecida, nesta segunda fase da dosimetria, em: a) [...] ( ) ano(s) e [...] ( ) mês(es) de reclusão (*detenção ou prisão simples*); b) restrição(ões) de direito(s) (*desde que cumulativa(s) com a pena privativa de liberdade, como visto acima*) consistente(s) de [...], pelo período de [...]; c) multa de [...] ( ) dias-multa.

Incidindo a causa especial de aumento de pena consistente de [...] (CP, art. [...]), elevo a(s) pena(s) acima em 1/3 (um terço) (*ou outra fração*), para majorar a reclusão para [...] ( ) ano(s) e/ou [...] ( ) mês(es) de reclusão (*ou outra privativa de liberdade*), a(s) pena(s) restritiva(s) de direito(s) consistente(s) de [...], para [...] (*tempo, com a majoração*), e a multa para [...] ( ) dias-multa.

Presente a causa especial de diminuição de pena consistente de [...]. (CP, art. [...]), diminuo a pena em 1/3 (um terço) (*ou outra fração*), para deixar a pena privativa de liberdade reduzida para [...] ( ) ano(s) e/ou [...] ( ) mês(es) de reclusão (*ou outra*); a(s) restritiva(s) de direito(s) consistente(s) de [...], para [...] (*tempo ou valor de cada restritiva, com a redução*); e a multa para [...] ( ) dias-multa.

Reconhecida a causa geral de aumento (*inclusive concurso formal e continuidade delitiva, sendo desnecessário dosimetrar, nesse caso, a pena de cada um dos crimes em concurso que não seja material, uma vez que apenas incide a causa de aumento aqui referida*) de pena consistente de [...] (CP, art. [...]), aumento as penas antes totalizadas, em 1/6 (um sexto) (*ou outra fração*), para deixar a privativa de liberdade estabelecida em [...] ( ) ano(s) e/ou [...] ( ) mês(es) de reclusão (*ou outra*); a(s) restritiva(s) de direito(s) em [...] (*tempo ou valor de cada pena restritiva*); e a multa em [...] ( ) dias-multa.

Admitida a causa geral de diminuição de pena consistente de [...] (CP, art. [...]) (*ex.: CP, arts. 14, parágrafo único, 16, 26, parágrafo único, 28, § 2º*), reduzo as penas imediatamente acima orçadas em 1/6 (um sexto) (*ou outra fração*), para



deixar a privativa de liberdade agora estabelecida em [...] ( ) ano(s) e/ou [...] ( ) mês(es) de reclusão (*ou outra*); a(s) restritiva(s) de direito(s) em [...] (*tempo ou valor de cada restritiva*); e a multa em [...] ( ) dias-multa.

A pena definitiva é de: [...] ( ) ano(s) e/ou [...] ( ) mês(es) de reclusão (*ou outra*); a(s) restritiva(s) de direito(s) em [...] (*tempo ou valor de cada restritiva*); e a multa em [...] ( ) dias-multa.

Fixo o **regime inicial fechado**, considerando a quantidade de pena fixada / a reincidência / a análise desfavorável dos vetores do art. 59 do CP, nos termos do art. 33, §2º, “a” e § 3º, do CP c/c art. 42 da Lei de Drogas. (Súmula 269 STJ) (OU *outro regime de acordo com o caso concreto*)

## 1.2 Crime do art. [...]

*(Como se faz a dosimetria da pena em relação a cada um dos crimes pelos quais o acusado aqui individualizado foi condenado, prossegue-se agora com o segundo crime, depois o terceiro, e assim por diante. Aplica-se toda a fundamentação das três fases da dosimetria da pena do mesmo acusado para esse segundo crime e para os demais seguintes, quando for o caso, desde que se trate de concurso material, já que se o concurso é formal ou ocorre a continuidade delitiva, o aumento decorrente da incidência dos arts. 70 ou 71 ou parágrafo deste já terá sido aplicado na 3ª fase da dosimetria da pena referente aos crimes que integram a unidade jurídica ficcional correspondente. É que no caso de concurso formal próprio e no de continuidade delitiva normal ou específica, não se analisam as penas de cada crime, de per si, e sim no conjunto, fazendo incidir o aumento decorrente da causa geral correspondente ao concurso de delito respectivo.*

A pena definitiva é de: [...] ( ) ano(s) e/ou [...] ( ) mês(es) de reclusão (*ou outra*); a(s) restritiva(s) de direito(s) em [...] (*tempo ou valor de cada restritiva*); e a multa em [...] ( ) dias-multa.

Fixo o **regime inicial fechado**, considerando a quantidade de pena fixada / a reincidência / a análise desfavorável dos vetores do art. 59 do CP, nos termos do art. 33, §2º, “a” e § 3º, do CP c/c art. 42 da Lei de Drogas. (Súmula 269 STJ) (OU *outro regime de acordo com o caso concreto*)

*Concurso de crimes (CP, art. 69, 70 e 71) – faz aqui.*

Assim, ficam definitivamente estabelecidas para o réu Fulano as seguintes penas: a) [...] b) [...] c) [...], para o(s) crime(s) do art. [...], c/c o art. 71, *caput* (ou *parágrafo*), ambos do Código Penal; a) [...] b) [...] c) [...], para o crime do art. [...], c/c o art. 69, *caput*, ambos do Código Penal.

Para o cumprimento da pena de reclusão cuja soma é de [...] anos, portanto, superior a 8 (*ou entre 4 e 8 anos, com reincidência*), **fixo o regime inicialmente fechado** (CP, art. 33, §§ 1º, “a” e 2º, “a”). (*Ou outro regime, dependendo sempre da quantidade da pena e das circunstâncias judiciais. – CP, art. 33, §3*).

Para o cumprimento da pena de detenção totalizada em [...] anos (*quantidade superior a quatro anos, sem limite, porque o CP não permite regime fechado para a detenção*), fixo o regime semiaberto (CP, art. 33, *caput*). (*Se a pena de detenção não excede a 4 anos, o regime correto é o aberto, tal qual na reclusão*). Considerando que a pena total de reclusão (*ou detenção ou prisão simples*) aplicada ao réu em virtude do crime do art. [...], praticado com violência ou grave ameaça à pessoa (*que impede a substituição por restritiva de direito – CP, art. 44, I*) não é superior a seis (6) meses; que o réu não é reincidente em crime doloso (*a reincidência em crime culposo ou com aplicação de somente pena de multa anterior não impedem a substituição em pauta*); e que são favoráveis ao réu as circunstâncias ditas judiciais, do art. 59, do Código Penal; substituo tal pena privativa de liberdade pela de multa de [...] dias-multa, o que faço com base no art. 60, § 2º, do Código Penal.

OU

Considerando que a pena total de reclusão (*ou detenção ou prisão simples*) aplicada ao réu pelos crimes que praticou sem violência ou grave ameaça à pessoa, não é superior a um (1) ano; que o réu não é reincidente em crime doloso; e lhe são favoráveis as circunstâncias judiciais, denotando que a substituição é suficiente; com base nos arts. 43, IV (*ou outro inciso pertinente à restrição que será aplicada aqui*), 44 e seus parágrafos, especialmente o § 2º, primeira parte, e 46 e seus parágrafos (*ou outro artigo pertinente à restrição aqui aplicada – prestação pecuniária ou outra*), substituo a referida pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito consistente de prestação de serviços à comunidade ou a uma entidade pública, pelo período de [...] (*igual ao da pena privativa de liberdade aqui substituída*), a ser cumprida nos termos do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, conforme vier a ser determinado pelo Juízo da Execução Penal. (*A substituição, no caso de pena totalizada em até um ano, pode ser feita por uma multa, somente, ou por uma pena restritiva de direito, devendo o juiz optar conforme a sua convicção da necessidade de tal ou qual pena substitutiva para reprimir o delito*).

OU

Considerando que a pena total de reclusão (*ou detenção ou prisão simples*) aplicada ao réu pelos crimes que praticou sem violência ou grave ameaça à pessoa, é de [...] anos, portanto, superior a um (1) ano; que o réu não é reincidente em crime doloso; e lhe são favoráveis as circunstâncias judiciais, denotando que a substituição é suficiente; com base nos arts. 43, I e IV (*ou outros dois incisos pertinentes à restrições que serão aplicadas aqui*), 44 e seus parágrafos, especialmente o § 2º, segunda parte, 45 e 46 e seus parágrafos (*ou outros artigos pertinentes às duas restrição aqui aplicadas – limitação de fim de semana, perda de bens ou valores, interdição temporária de direitos*), substituo a referida pena privativa de liberdade por duas (2) restritivas de direitos consistentes em: a) prestação pecuniária no valor equivalente a um (*ou tantos quantos o juiz entender cabíveis segundo a gravidade do crime e a possibilidade*

*econômica do réu, não podendo exceder a 360 salários-mínimos – CP, art. 45, § 1º) salário(s) mínimo(s) da data do pagamento que será feito à vítima, no prazo de trinta dias contados do trânsito em julgado desta condenação, deduzindo-se de eventual indenização que eventualmente vier a ser fixada em ação de reparação civil (ou aos pais da vítima menor falecida, ou a outro familiar próximo; ou a uma entidade beneficente que pode ser desde logo determinada – APAE, Abrigo de Menores, Asilo etc. –, se a vítima não teve prejuízo); b) prestação de serviços à comunidade ou a uma entidade pública, pelo período de [...] (igual ao da pena privativa de liberdade aqui substituída), a ser cumprida nos termos do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, conforme vier a ser determinado pelo Juízo da Execução Penal. (A substituição, no caso de pena totalizada superior a um ano, pode ser feita por uma pena restritiva de direito e uma multa ou por duas restritivas de direito, devendo o juiz optar conforme a sua convicção da necessidade e da suficiência para reprimir o delito).*

*(\*A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva(s) de direitos não torna sem efeito a multa cumulativa ou outra pena restritiva de direito cumulativa, como aquelas dos crimes de trânsito, aplicadas na dosimetria da pena, podendo coexistir perfeitamente).*

OU

Considerando que, embora não tenha sido possível a substituição da pena privativa de liberdade por multa, em razão do montante superior a seis meses, ou por penas restritivas de direito, porque o(s) crime(s) foi(ram) praticado(s) com violência ou grave ameaça à pessoa, o réu preenche os requisitos do art. 77 e seus parágrafos, do Código Penal, uma vez que a pena corporal não é superior a dois anos (*pode ser até quatro anos, se o condenado tem mais de setenta anos de idade ou está em precárias condições de saúde – CP, art. 77, § 2º*), o acusado não é reincidente (*a pena de multa que tenha sido aplicada em processo anterior com sentença transitada em julgado não impede a concessão deste benefício – CP, art. 77, § 1º*), e lhe são favoráveis as circunstâncias judiciais do

art. 59, do Código Penal, concede-se-lhe o benefício da suspensão condicional da pena (*também denominado sursis*), estabelecendo em dois (2) anos (*pode ser 3 ou 4 anos, sendo que no caso de sursis etário ou humanitário o prazo pode ser de até 6 anos*) o período de prova durante o qual o condenado deverá cumprir as condições que serão estabelecidas no dispositivo desta sentença. (*É obrigatória a fixação, na sentença, das condições que serão cumpridas durante o prazo do sursis, porque ao acusado poderá verberá-las em recurso*).

A suspensão condicional da pena privativa de liberdade não se estende às penas restritivas de direito nem à multa (CP, art. 80).

Com base nos arts. 49 e seus parágrafos, e 60 e seu § 1º, do Código Penal, considerando a situação econômica do réu, que transparece dos autos, fixo em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à data do crime, o valor unitário do dia-multa a ser considerado, devendo ser monetariamente atualizado desde o trânsito em julgado desta condenação, até o efetivo recolhimento dessa pena pecuniária. (*O valor do dia multa pode ser estabelecido entre 1/30 do salário-mínimo, que é o patamar, e cinco (5) vezes o salário-mínimo, que é o teto – CP, art. 49, § 1º, podendo ser elevado até o triplo, se o juiz entender que, dada a condição econômica do réu, o valor final é irrisório – CP, art. 60, § 1º*).

Realizada detração, nos termos do § 2.º do art. 387 do CPP, o resultado impõe o início do resgate da reprimenda em regime [...] (*semiaberto ou aberto*).

OU

Nos termos do § 2.º do art. 387 do CPP, o tempo de prisão provisória é insuficiente para fixação de regime mais brando.

OU

Por tratar-se de réu reincidente e/ou considerando em que a fixação de regime inicial mais gravoso decorreu da análise desfavorável das circunstâncias judiciais, a detração prevista no § 2º do art. 387 do CPP fica prejudicada porque a quantidade de pena não foi fator determinante para fixação do regime.

Nos termos do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, deixo de fixa **valor mínimo indenizatório**, ante a falta de pedido nesse sentido pelo ofendido, seja por seu assistente ou pelo representante do Ministério Público, a fim de violar os princípios do contraditório e ampla defesa (art. 5º, XL, CF).

OU

Nos termos do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, considerando que houve pedido expresso na denúncia, bem como prova documental acerca do prejuízo suportado pela vítima, fixo o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração em R\$ [...].

*Efeitos especiais da condenação aqui.*

Embora a perda dos bens não decorra automaticamente da condenação, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, o ônus da prova de demonstrar a origem lícita dos bens apreendidos é dos acusados.

OU

O art. 63, *caput*, da Lei n. 11.343/06 determina, ainda, que o juiz se manifeste sobre o perdimento dos bens apreendidos. Quanto **veículo** [...], nos termos do art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal, declaro-o confiscado em favor do fundo especial. Ressalto que o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese em relação ao tema n. 647: *É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal.*

Na hipótese, não há qualquer dúvida de que o bem foi efetivamente utilizado na prática ilícita, haja vista que, no momento da abordagem policial e prisão em flagrante dos

acusados, confirmou-se, que eles transportavam as drogas no veículo.

No tocante ao montante **R\$ [...]** (... reais) em espécie, constato que não houve requerimento de devolução, tampouco comprovação da origem lícita, e tal ônus incumbia ao(s) proprietário(s) do valor (art. 156, do CPP), razão pela qual **DECRETO** a perda em favor da União (art. 91, II “b” do Código Penal), devendo ser repassado ao **FUNAD**. Quanto à **embalagem plástica**, constato que não houve requerimento de devolução, devendo ser destruída e encaminhada ao descarte em lixo apropriado, diante do seu irrisório valor econômico.

Quanto às **drogas** apreendidas, **DETERMINO** a sua imediata incineração, nos moldes do art. 50-A da Lei de Drogas, caso assim já não tenha sido feito. Porém deverá ser mantida amostra para fins de contraprova, até o trânsito em julgado da presente sentença. Com o trânsito em julgado, incinere-se a amostra.

## **2. Réu Beltrano de tal:**

### **2.1. Crime de [...]**

*(Agora cabe a individualização e dosimetria da pena do segundo acusado e mais adiante as dos demais, cada um à sua vez. Fundamentar a dosimetria trifásica da pena conforme as indicações retro atinentes ao primeiro réu, levando em conta, no entanto, as circunstâncias pessoais e quais os crimes praticados por esse segundo, terceiro [...] acusado. Também serão fundamentados o regime, a substituição por multa ou restritiva e o sursis, conforme o cabimento de cada, para cada um dos acusados).*

## **IV - DISPOSITIVO**

*Ver Caderno da ESMESC de Técnica e Prática da Sentença Penal*

# ROTEIRO DE DOSIMETRIA DA PENHA COM VÁRIOS CRIMES E RÉUS - ANÁLISE CONJUNTA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL

## DOSIMETRIA (CPP, art. 381, IV)

Quanto à primeira fase da dosimetria, em homenagem aos princípios da instrumentalidade, da celeridade e da eficiência (arts. 5º, LXXVIII e 37, da CF), mas sem descurar dos primados constitucionais da individualização da pena, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV e XLVI, CF), passo a analisar as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) de todos os crimes relacionados a um réu de forma conjunta, destacando aquelas que são específicas, conforme precedentes do STJ e TJSC.

### **1 Réu *FULANO DE TAL***

A culpabilidade (grau de reprovabilidade) de todos os crimes foi em grau médio.

Não registra antecedentes (Súmula 244 STJ).

Sua conduta social não foi desabonada.

A ausência de exame técnico impede a análise segura da sua personalidade.

Os motivos foram normais às espécies.

As circunstâncias não assumiram relevo, *com exceção de: a) Tráfico de drogas, porque [...]; b) Roubo, porque [...].*

As consequências foram inerentes ao tipo, *exceto em relação ao crime de roubo na medida em que [...]*

O comportamento da vítima não contribuiu para a prática dos crimes, à exceção do crime de [...]

Ante o exposto, considerando a análise dos vetores acima:



### 1.1) Crime de tráfico de drogas

Na primeira fase da dosimetria, fixo a pena base (art. 59, CP e 42 da lei 11.343/06) em [...] de reclusão/detenção e [...] dias-multa.

Na segunda fase, presente a agravante/atenuante [...], assim, elevo/reduzo [ou nada consta] (Súmula 231 STJ)

Na terceira fase, presente a causa de aumento/diminuição..., assim, aumento/diminuo [ou nada consta]

Fixo o **regime inicial fechado**, considerando a quantidade de pena fixada / a reincidência / a análise desfavorável dos vetores do art. 59 do CP, nos termos do art. 33, § 2º, “a” e § 3º, do CP c/c art. 42 da Lei de Drogas. (Súmula 269 STJ)

### 1.2) Crime de Roubo

Na primeira fase (art. 59, CP), fixo a pena-base em [...] de reclusão/detenção e [...] dias-multa.

Na segunda fase, presente a agravante/atenuante [...], assim, elevo/reduzo [ou nada consta] (Súmula 231 STJ)

Na terceira fase, presente a causa de aumento/diminuição [...], assim, aumento/diminuo [ou nada consta]

Fixo o **regime inicial fechado**, considerando a quantidade de pena fixada / a reincidência / a análise desfavorável dos vetores do art. 59 do CP, nos termos do art. 33, §2º, “a” e § 3º, do CP.

### 1.3) Crime de [...]

[...]

### 1.4 Concurso de crimes

Concurso formal (2 crimes: 1/6; 3: 1/5; 4: 1/4; 5: 1/5; 6 ou +: 1/2) e/ou continuado (2 crimes: 1/6; 3: 1/5; 4: 1/4; 5: 1/5; 6: 1/2; 7 ou +: 2/3)

## 1.5 Do valor do dia-multa

Arbitro o valor do dia-multa no mínimo legal (1/30 do salário mínimo à época do fato) ante a ausência de informações sobre as condições econômicas do acusado (CP, arts. 49 e 60).

## 1.6 Substituição da pena privativa de liberdade

A quantidade de pena / reincidência impede a substituição por multa (CP, art. 60, § 2º<sup>142</sup>) e a substituição do art. 44 do CP / Cabível a substituição da pena aplicada por duas restritiva de direitos (ou uma multa e uma restritiva de direito) (art. 44, §2º, CP) [*ou uma restritiva de direito ou multa, se a pena for igual ou menos a 1 ano*], uma vez preenchidos os requisitos do art. 44, I, II e III, do CP.

\*\*\*Neste momento, só se for para conceder (fundamentação grande).

\*\*\* Não cabendo 44, dizer se pode conceder ou não, o *sursis*, em qualquer modalidade (simples, especial, etário ou humanitário).

## 1.7 Suspensão condicional da pena

A quantidade da pena / reincidência impede o ‘*sursis*’ (CP, art. 77) / Cabível a concessão do “**sursis**”, pelo prazo de 3 anos (de 2 a 4), uma vez preenchidos os requisitos do art. 77 do CP. Assim, no primeiro ano, deverá o condenado prestar serviço à comunidade, a ser fixado pelo juízo da execução (art. 78, § 1º, CP), sob pena de revogação. [ou – tendo o réu reparado o dano, deverá o condenado observar todas as condições do art. 78, §2º, CP].

---

142. Cuidado: há entendimento de que o § 2º do art. 60 do CP teria sido ab-rogado pelo art. 44 § 2º do CP (lei posterior mais abrangente). Luiz Flavio Gomes e Fernando Capez.

## **1.8 Detração de pena**

Realizada detração, nos termos do § 2.º do art. 387 do CPP, o resultado impõe o início do resgate da reprimenda em regime [...] (*semiaberto ou aberto*).

OU

Nos termos do § 2.º do art. 387 do CPP, o tempo de prisão provisória é insuficiente para fixação de regime mais brando.

OU

Por tratar-se de réu reincidente e/ou considerando em que a fixação de regime inicial mais gravoso decorreu da análise desfavorável das circunstâncias judiciais, a detração prevista no § 2º do art. 387 do CPP fica prejudicada porque a quantidade de pena não foi fator determinante para fixação do regime.

## **1.9 Fixação do valor mínimo indenizatório**

Nos termos do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, deixo de fixar valor mínimo indenizatório, ante a falta de pedido nesse sentido pelo ofendido, seja por seu assistente ou pelo representante do Ministério Público, a fim de violar os princípios do contraditório e ampla defesa (art. 5º, XL, CF).

OU

Nos termos do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, considerando que houve pedido expresso na denúncia, bem como prova documental acerca do prejuízo suportado pela vítima, fixo o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração em R\$ [...].

## **1.10 Efeitos não automáticos da condenação**

Declarar os efeitos não automáticos da condenação, conforme artigo 92 do Código Penal (destinação de bens apreendidos, droga, arma etc), ou previsão em outros diplomas, como por exemplo no art. 201, § 2º do Código de Processo

Penal, que determina a comunicação do ofendido acerca da sentença e do ingresso e saída do acusado da prisão.

## **2 Réu *BELTRANO DE TAL*:**

A culpabilidade (grau de reprovabilidade) de todos os crimes foram em grau médio.

Não registra antecedentes (Súmula 244 STJ).

Sua conduta social não foi desabonada.

A ausência de exame técnico impede a análise segura da sua personalidade.

Os motivos foram normais às espécies.

As circunstâncias não assumiram relevo, *com exceção de: a) Tráfico de drogas, porque [...] b) Roubo, porque [...]*

*As consequências foram inerentes ao tipo, exceto em relação ao crime de roubo na medida em que [...]*

O comportamento da vítima não contribuiu para a prática dos crimes, à exceção do crime de: a) corrupção de menores, posto que o menor anteriormente praticara atos infracionais graves, facilitando a corrupção.

Ante o exposto, considerando a análise dos vetores acima:

### **2.1) Crime de [...]**

Na primeira fase da dosimetria, fixo a pena base (art. 59, CP e 42 da lei 11.343/06) em [...] de reclusão/detenção e [...] dias-multa.

[...]

### **2.2) Crime de [...]**

[...] *vai até final, igual item 1 (até 1.10)*

## **3) Ré *CICLANA DE TAL***

A culpabilidade (grau de reprovabilidade) de todos os crimes foi em grau médio.

Não registra antecedentes (Súmula 244 STJ).

Sua conduta social não foi desabonada.

A ausência de exame técnico impede a análise segura da sua personalidade.

Os motivos foram normais às espécies.

As circunstâncias não assumiram relevo, com exceção de:

a) Tráfico de drogas, [...]. B) tráfico de medicamento, [...]

As consequências foram todas inerentes aos tipos.

O comportamento da vítima não contribuiu para a prática dos crimes, à exceção do crime de: a) corrupção de menores, posto que o menor anteriormente praticara atos infracionais graves, facilitando a corrupção.

Ante o exposto, considerando a análise dos vetores acima:

### **3.1) Crime de [...]**

Na primeira fase da dosimetria, fixo a pena base (art. 59, CP e 42 da lei 11.343/06) em [...], de reclusão/detenção e [...], dias-multa.

[...]

### **3.2) Crime de [...]**

[...] *vai até final, igual item 1 (vai até 1.10)*

## **IV - DISPOSITIVO**

[...] *ver Caderno da ESMESC de Técnica de Sentença Penal*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Sentença penal: doutrina – jurisprudência – prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. v.1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELMANTO, Celso ...[et al]. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 5.ed. Salvador: Juspidivm, 2020.

LUNARDI, Fabrício Castagna; REZENDE, Luiz Otávio. **Curso de sentença penal: técnica, prática e desenvolvimento de habilidades**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: jurisprudência; conexões lógicas com os vários ramos do direito**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSSETTO, Enio Luiz. **Teoria e aplicação da pena**. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condênatória**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 13. ed. São Paulo: RT, 2019.





Composto com a família tipográfica Adobe Garamond Pro.

Miolo impresso em papel Pólen Soft 80g/m2.

Capa impressa em papel Tripléx 250g/m2.