



Rumo à Magis

**2025**

# **EXTENSIVO** **MAGISTRATURA** ESTADUAL

## **Direito Penal**

Dosimetria da Pena



**Grupo Educacional RDP**



[www.rumomagistratura.com](http://www.rumomagistratura.com)



[@cursorumoamagis](https://www.instagram.com/@cursorumoamagis)



[@grupoeducacionalrdp](https://www.instagram.com/@grupoeducacionalrdp)



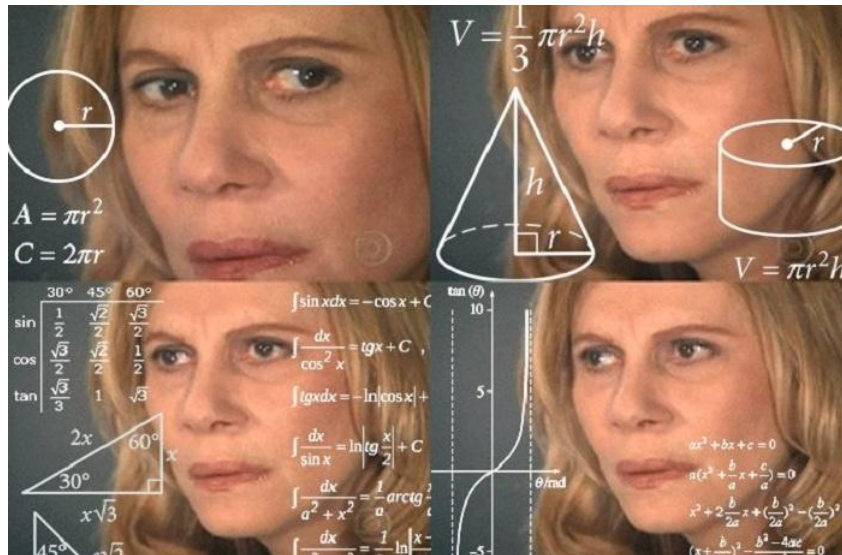
## SUMÁRIO

<b>DIREITO PENAL</b> .....	3
1. SISTEMA TRIFÁSICO .....	3
2. PRIMEIRA FASE: PENA BASE.....	6
2.1 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS .....	7
2.1.1 ESPÉCIES DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS .....	15
2.1.1.1 CULPABILIDADE .....	15
2.1.1.2 MAUS ANTECEDENTES .....	17
2.1.1.3 CONDUTA SOCIAL .....	20
2.1.1.4 PERSONALIDADE DO AGENTE.....	23
2.1.1.5 MOTIVOS DO CRIME .....	23
2.1.1.6 CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME .....	24
2.1.1.7 CONSEQUÊNCIAS DO CRIME .....	25
2.1.1.8 COMPORTAMENTO DA VÍTIMA .....	26
3. SEGUNDA FASE – CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES .....	27
3.1 CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES.....	33
3.1.1 REINCIDÊNCIA .....	33
3.1.2 POR MOTIVO FÚTIL OU TORPE .....	42
3.1.3 PARA FACILITAR OU ASSEGURAR A EXECUÇÃO, A OCULTAÇÃO, A IMPUNIDADE OU VANTAGEM DE OUTRO CRIME.....	42
3.1.4 À TRAIÇÃO, DE EMBOSCADA, OU MEDIANTE DISSIMULAÇÃO, OU OUTRO RECURSO QUE DIFICULTOU OU TORNOU IMPOSSÍVEL A DEFESA DO OFENDIDO.....	42
3.1.5 COM EMPREGO DE VENENO, FOGO, EXPLOSIVO, TORTURA OU OUTRO MEIO INSIDIOSO OU CRUEL, OU DE QUE PODIA RESULTAR PERIGO COMUM .....	43
3.1.6 CONTRA ASCENDENTE, DESCENDENTE, IRMÃO OU CÔNJUGE.....	43
3.1.7 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 .....	43
3.1.8 COM ABUSO DE PODER OU VIOLAÇÃO DE DEVER INERENTE A CARGO, OFÍCIO, MINISTÉRIO OU PROFISSÃO .....	43
3.1.9 CONTRA CRIANÇA, MAIOR DE 60 (SESSENTA) ANOS, ENFERMO OU MULHER GRÁVIDA .....	43
3.1.10 QUANDO O OFENDIDO ESTAVA SOB A IMEDIATA PROTEÇÃO DA AUTORIDADE.....	44
3.1.11 EM OCASIÃO DE INCÊNDIO, NAUFRÁGIO, INUNDAÇÃO OU QUALQUER CALAMIDADE PÚBLICA, OU DE DESGRAÇA PARTICULAR DO OFENDIDO .....	44
3.1.12 EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ PREORDENADA.....	44
3.1.13 AGRAVANTES NO CASO DE CONCURSO DE PESSOAS.....	44
3.2 CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES.....	44
3.2.1 SER O AGENTE MENOR DE 21 (VINTE E UM), NA DATA DO FATO, OU MAIOR DE 70 (SETENTA) ANOS, NA DATA DA SENTENÇA.....	45
3.2.2 O DESCONHECIMENTO DA LEI.....	46
3.2.3 TER O AGENTE COMETIDO O CRIME POR MOTIVO DE RELEVANTE VALOR SOCIAL OU MORAL.....	46
3.2.4 TER O AGENTE PROCURADO, POR SUA ESPONTÂNEA VONTADE E COM EFICIÊNCIA, LOGO APÓS O CRIME, EVITAR-LHE OU MINORAR- .....	47
3.2.5 TER O AGENTE COMETIDO O CRIME SOB COAÇÃO A QUE PODIA RESISTIR, OU EM CUMPRIMENTO DE ORDEM DE AUTORIDADE.....	47
3.2.6 TER O AGENTE CONFESSADO ESPONTANEAMENTE, PERANTE A AUTORIDADE, A AUTORIA DO CRIME .....	48
3.2.7 TER O AGENTE COMETIDO O CRIME SOB A INFLUÊNCIA DE MULTIDÃO EM TUMULTO, SE NÃO O PROVOCOU.....	53
3.2.8 ATENUANTE INOMINADA.....	53
4. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA (CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E AUMENTO).....	54

## DIREITO PENAL

## Dosimetria da pena.

Olá, pessoal. Neste ponto, trabalharemos a aplicação da pena (dosimetria da pena) e suas fases. É, sem dúvidas, um ponto alto para nossas provas de Magistratura, já que você, como juiz ou juíza, precisará entender bastante sobre o cálculo e a aplicação da pena de maneira correta, sobretudo para fase de sentença.



Vamos lá!

## 1. SISTEMA TRIFÁSICO

Como a maioria deve saber, adotamos o sistema trifásico. Portanto, a aplicação da pena deve ocorrer em três fases. Primeiro, analisaremos as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP (pena base). Posteriormente, as atenuantes e agravantes (fase intermediária). Por fim, passaremos às causas de diminuição e aumento (pena definitiva). Esse foi o método proposto pelo professor Nelson Hungria, e está previsto no art. 68 do Código Penal.

O método trifásico de cálculo da pena privativa de liberdade tem por **objetivo** viabilizar o exercício do direito de defesa, explicando para o réu os parâmetros que conduziram o juiz na determinação da reprimenda.

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.

Em resumo, temos o seguinte:

APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE		
1ª FASE	2ª FASE	3ª FASE
Circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.	Atenuantes e agravantes (art. 61 e seguintes)	Causas de diminuição e aumento (previstas na parte geral e especial e em leis especiais)

Cuidado, pois com relação à pena de multa, o sistema adotado é o **bifásico**, sendo a aplicação dividida em duas fases: **a)** a fixação do número de dias- multa; **b)** depois calcula-se o valor de cada dia-multa. Em tabelas, fica da seguinte maneira:

APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA	
1ª FASE	2ª FASE
Fixação do número de dias – multa	Cálculo do valor de cada dia-multa.

Dando continuidade, precisamos saber que a aplicação da pena não acaba com a última fase da dosimetria da pena. Isso porque após encontrar a pena definitiva, o magistrado deverá analisar ainda alguns detalhes na seguinte ordem<sup>2</sup>:

- a) fixação do regime inicial do cumprimento de pena, analisando a pena estabelecida;
- b) após, deve analisar se é cabível a substituição por uma pena restritiva de direito;
- c) não sendo o caso de aplicação de PRD, o magistrado deve analisar se é cabível a concessão de suspensão condicional da pena;
- d) por fim, o magistrado analisará se ainda estão presentes os requisitos da prisão preventiva, a fim de que o réu possa ou não recorrer em liberdade.
- e) por fim, deve o juiz abater da pena final os dias que o réu ficou preso provisoriamente durante o processo, para fixar o regime final. É o que prevê o art. 387, §2º do CPP, que foi incluído em 2012. É também chamado de **detração**, como referência à detração da LEP.

Uma decisão importante do ano de 2021 trata sobre a seguinte situação: o inadimplemento da pena de multa impede a extinção da punibilidade mesmo que já tenha sido cumprida a pena privativa de liberdade ou a pena restritiva de direitos? A resposta é depende<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Em nossas peças criminais de segunda fase, essa ordem também deve ser estabelecida como pedidos subsidiários em tópico específico.

<sup>3</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O inadimplemento da pena de multa obsta a extinção da punibilidade do apenado?**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/95c8ba4434e9db2bf3e20c639b04c56f>>. Acesso em: 25/07/2022





- Regra: **SIM** Se o indivíduo for condenado a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária obsta (impede) o reconhecimento da extinção da punibilidade. Em outras palavras, somente haverá a extinção da punibilidade se, além do cumprimento da pena privativa de liberdade, houver o pagamento da multa.

- **Exceção:** se o condenado comprovar que não tem como pagar a multa. Se o condenado comprovar a impossibilidade de pagar a sanção pecuniária, neste caso, será possível a extinção da punibilidade mesmo sem a quitação da multa. Bastará cumprir a pena privativa de liberdade e comprovar que não tem condições de pagar a multa.

**Foi a tese fixada pelo STJ:** Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade. STJ. 3ª Seção. REsp 1785861/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 24/11/2021 (Recurso Repetitivo – Tema 931).

No entanto, é importante salientar que o STJ, em **01/03/2024**, promoveu a revisão do Tema 931, assim dispondo:

**DESTAQUE:** O **inadimplemento da pena de multa**, mesmo após o cumprimento da pena de prisão ou da pena restritiva de direitos, **não impede a extinção da punibilidade, desde que o condenado alegue hipossuficiência, salvo se o juiz competente, em decisão devidamente fundamentada, entenda de forma diferente, indicando especificamente a capacidade de pagamento da penalidade pecuniária.** STJ. REsp 2.090.454-SP e REsp 2.024.901-SP, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 28/02/2024, DJe 1/3/2024 (Revisão do Tema 931). (Info 803)

#### INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

(...) mesmo aqueles que cumpriram integralmente suas penas, ainda precisam enfrentar a desproporcionalidade e a crueldade do sistema, já que são obrigados a pagar multas que foram fixadas quando condenados. A depender do perfil do réu, essas multas acabam aprofundando ainda mais a desigualdade econômica e social existente na população apenada, uma vez que após a saída da prisão retornam com frequência para a situação anterior a sua prisão, agora sobreposta com o estigma de ex-presos.

(...)

**Não se mostra, portanto, compatível** com os objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito- destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" (Preâmbulo da Constituição da República)- **que se perpetue uma situação que tem representado uma sobrepena dos condenados notoriamente**



**incapacitados** de, já expiada a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, solver uma dívida que, a despeito de legalmente imposta- com a incidência formal do Direito Penal- não se apresenta, no momento de sua execução, em punição estatal.

(...)

No caso, a Corte de origem procedeu ao exame das condições socioeconômicas a que submetido o apenado, a fim de averiguar a possibilidade de incidência da tese firmada no Tema 931, o que levou o Tribunal a concluir pela vulnerabilidade econômica do recorrido. O Tribunal a quo, não obstante haver reconhecido a legitimidade da cobrança da pena de multa pelo Ministério Público, alicerçou sua compreensão na patente hipossuficiência do executado, conjuntura que não foi desconstituída pelo órgão ministerial.

A presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência, a fim de permitir a concessão da gratuidade de justiça, possui amparo no art. 99, § 3º, do Código de Processo Civil, segundo o qual "presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural", podendo ser elidida caso esteja demonstrada a capacidade econômica do reeducando.

Desse modo, conclui-se que o inadimplemento da pena de multa, após cumprida a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, não obsta a extinção da punibilidade, ante a alegada hipossuficiência do condenado, salvo se diversamente entender o juiz competente, em decisão suficientemente motivada, que indique concretamente a possibilidade de pagamento da sanção pecuniária.<sup>4</sup>

Vamos analisar agora fase por fase, detalhe por detalhe, pois o tema é muito importante e rico para nossas provas.

## 2. PRIMEIRA FASE: PENA BASE

Inicialmente, devemos saber que as qualificadoras são institutos que aumentam a pena mínima e a máxima em abstrato. Portanto, não podemos confundir **qualificadora** com **causa de aumento de pena**. Isso porque aquelas são utilizadas na primeira fase da dosimetria (para encontrar o ponto de partida, isto é, a pena mínima e máxima), e estas, na terceira e última fase.

Imagine que estejamos diante de um homicídio qualificado por motivo fútil, por exemplo. Trabalharemos inicialmente com a pena de 12 a 30 anos de reclusão (art. 121, § 2º, II do CP), e não com a pena do homicídio simples, 6 a 20 anos de reclusão. Em resumo, o ponto de partida é a pena **mínima** e a **máxima** cominada.

<sup>4</sup> Se possível, leiam o inteiro teor do julgado disponível em: <https://processo.stj.ius.br/jurisprudencia/externo/informativo/?refinar=S.DISP.&acao=pesquisarumaedicao&aplicacao=informativo&livre=%270803%27.cod.&l=10>. Acesso em 22/04/2024.



Por outro lado, é possível que o crime seja duplamente ou triplamente qualificado, isto é, estejam presentes, ao mesmo tempo, duas ou três qualificadoras (ou até mais). Neste caso, o que fazer?

Perceba que como a qualificadora aumenta a pena mínima e a máxima em abstrato, as outras qualificadoras, se existentes, ficam, em tese, sem utilidade prática. No entanto, segundo a jurisprudência, havendo **mais de uma qualificadora**, o juiz utiliza apenas uma delas para qualificar o crime, podendo as outras serem utilizadas como agravantes genéricas (se houver correspondência) ou, caso não corresponda a nenhuma agravante genérica (art. 61 do Código Penal), poderão ser utilizadas como circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59).

Portanto, encontrado o mínimo e o máximo abstratamente previstos em lei, o magistrado iniciará a busca pela pena base, utilizando-se das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, que veremos agora.

## 2.1 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Como vimos, o art. 59, *caput* do Código Penal traz as chamadas circunstâncias judiciais. É a fase inicial para o encontro da pena base.

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 (...)

Temos, portanto, 8 circunstâncias judiciais:

1. Culpabilidade
2. Antecedentes
3. Conduta social
4. Personalidade do agente
5. Motivos
6. Circunstâncias do crime
7. Consequências do crime
8. Comportamento da vítima.

Nessa primeira fase, o Juiz não poderá reduzir a pena **abaixo do mínimo legal, nem suplantará o limite máximo em abstrato**.

De se notar que uma doutrina minoritária sustenta que seria possível a fixação da pena base **aquém do mínimo legal**. Nesse sentido, ZAFFARONI leciona que *“os juízes podem ultrapassar o limite quantas vezes forem necessárias, nos casos cujas circunstâncias concretas indiquem que as penas, mesmo em seu patamar mínimo, lesam o princípio da humanidade”*.

Antes de falarmos de cada uma das circunstâncias individualmente precisamos entender como funciona o efetivo cálculo da pena-base. Para isso precisamos responder duas grandes questões: (i) **qual o**

ponto de partida e o ponto de chegada (limite) da pena-base; e (ii) qual o percentual de aumento de cada circunstância e qual sua base de cálculo;

Qual o ponto de partida da pena-base?

Em relação a nossa primeira pergunta, conforme redação supracitada do art. 59 do CP, o Legislador não fixou o ponto de partida do cálculo da pena base. Isso posto, surgiram duas posições:

1) **Pena base deve ser dosada a partir da pena mínima em abstrato do tipo penal incriminador.** Isto é, no crime de furto simples (pena 1 a 4 anos), a pena base inicia-se em 1 (hum) ano. **Trata-se da posição majoritária, bem como do entendimento consolidado dos Tribunais superiores.**

2) **Pena base deve ser dosada a partir do “ponto ou termo médio”.** Trata-se de posição doutrinária minoritária e não adotada pelos Tribunais superiores. Em suma, para esses doutrinadores, o marco inicial da pena base deve partir do centro do intervalo mínimo e máximo previsto em abstrato para o tipo penal. Acerca dessa tese rechaçada pelos Tribunais Superiores esclarece a doutrina:

É a hipótese, a título de exemplo, de um crime punido com **pena privativa de liberdade de reclusão de dois a dez anos**, em que se conclui que o ponto médio corresponde a exatos seis anos. **O ponto ou termo médio, portanto, é exatamente o quantitativo de pena que se encontra no meio (centro) do intervalo da pena prevista em abstrato** pelo legislador para o tipo penal incriminador.

No exemplo trazido à tona, vemos que o intervalo entre a pena mínima e máxima previstas em abstrato corresponde exatamente a 8 (oito) anos (pena mínima = 2 / pena máxima = 10 / intervalo de pena 8 anos). Para se chegar ao ponto médio (quantitativo de pena que está no centro do intervalo mínimo e máximo), em qualquer situação, basta encontrarmos o intervalo de pena em abstrato previsto no tipo penal (no exemplo é igual a 8 anos) e, em seguida, encontrarmos a sua metade (no exemplo, será de 4 anos). Com isso, somando-se esse resultado encontrado (4 anos) à pena mínima prevista em abstrato no tipo, chegaremos ao ponto médio (2 + 4 = 6 anos). De forma idêntica, subtraindo-se o resultado encontrado (4 anos) da pena máxima prevista em abstrato no tipo, chegaremos também ao ponto médio (10 – 4 = 6 anos)<sup>5</sup>.

Ou seja, para essa corrente, no exemplo citado, a pena-base deveria partir de 6 anos e não da mínima em abstrato (2 anos). Caso as circunstâncias fossem positivas a pena base caminharia para redução, e caso negativas a pena-base seria conduzida para majoração.

Ocorre que a tese é rechaçada pois **viola o princípio da individualização da pena ao acarretar uma exasperação prévia da pena-base sem qualquer justificativa.** Evidentemente, é mais favorável ao réu que a

<sup>5</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 17. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023. P. 199.



pena-base seja valorada partindo-se da pena mínima em abstrato do que do “ponto médio”. Nesse sentido, tem-se o ARE n. 1384405/PR; e HC 79186/GO.

**Portanto, a pena-base deve partir da pena mínima em abstrato do tipo penal, perfeito. Mas há algum limite máximo para fixação da pena-base?**

Sobre esse questionamento, há parcela minoritária da doutrina que novamente invocando o “**termo médio**” entende que este deve ser utilizado como limitador máximo à fixação da pena-base sob o pálio da **proporcionalidade**. Isto é, no exemplo supracitado, mesmo com todas as circunstâncias judiciais negativas, o juízo não poderia elevar a pena base acima do “termo médio” (6 anos no nosso exemplo). Essa **tese também é rechaçada pelos Tribunais superiores**, conforme esclarece a doutrina:

Nesse particular, os **Tribunais Superiores (STF e STJ) rechaçam a hipótese simplesmente em decorrência da própria legislação penal em vigor, eis que, por expressa dicção legal no art. 59, inciso II, do Código Penal, a pena-base deverá ser dosada dentro dos limites previstos em abstrato pelo legislador**, ou seja, como vimos anteriormente, ela (pena-base) não poderá ser dosada aquém, e nem além respectivamente, do quantitativo mínimo e máximo previstos no preceito secundário do tipo.

Portanto, para os Tribunais Superiores, **os limites à fixação da pena-base têm os seus contornos definidos pelo próprio legislador (etapa legislativa)**, não podendo, desse modo, existir qualquer outro limitador máximo, a exemplo do ponto ou termo médio para a primeira fase, a não ser a própria pena máxima prevista em abstrato no próprio preceito secundário do tipo penal (art. 59, II, do CP)<sup>6</sup>.

Em suma, a pena-base deve partir da pena mínima em abstrato e terá como limite a pena máxima em abstrato.

**Agora precisamos analisar qual valor fracionário deve ser aplicado à pena (para majorar ou reduzir) por circunstância judicial (negativa/positiva), e qual a base de cálculo.**

Nesse ponto, o legislador novamente deixou de fixar um percentual fixo para cada circunstância judicial. Isso ocorre porque não é possível estabelecer um único critério definitivo e absolutamente engessado para a dosimetria da pena-base, até mesmo pela observância do princípio da individualização da pena:

**Não há um critério matemático para a escolha das frações de aumento em função da negatização dos vetores contidos no art. 59 do Código Penal, sendo garantida a discricionariedade do julgador para a fixação da pena-base, dentro do seu livre convencimento motivado e de acordo com as peculiaridades do caso concreto. STJ.**

<sup>6</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 17. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023. P. 201.

6ª Turma. AgRg no HC n. 665.698/RS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 10/5/2022.

A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme em garantir a discricionariedade do julgador, sem a fixação de critério aritmético, na escolha da sanção a ser estabelecida na primeira etapa da dosimetria. STJ. 6ª Turma. AgRg no HC n. 670.044/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 10/5/2022.

Portanto, fixada a premissa de que não há um único critério ou método para o cálculo da pena-base, temos **4 possibilidades de cálculo usualmente aceitas e utilizadas:**

- 1/6 (hum sexto) sobre a pena mínima em abstrato;
- 1/8 (hum oitavo) sobre intervalo entre as penas mínimas e máximas abstratamente cominadas
- 1/8 (hum oitavo) sobre a média dos extremos previstos para o tipo penal violado;
- Fração superior a 1/6

Antes de analisarmos cada uma é preciso já deixar claro que **não há método correto**, desde que o Juízo fundamente o uso da fração escolhida. Inclusive o STJ já definiu que não há direito subjetivo à dosimetria por alguma fração em específico:

Em relação ao quantum de aumento, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, "não há direito subjetivo do réu à adoção de alguma fração de aumento específica para cada circunstância judicial, seja ela de 1/6 sobre a pena-base, 1/8 do intervalo supracitado ou mesmo outro valor" (AgRg no HC n. 787.967/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 25/05/2023). (AgRg no HC n. 778.266/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Teodoro Silva Santos, DJe de 21/3/2024).

A primeira possibilidade é a fixação da fração de **1/6 por circunstância judicial sobre a pena mínima em abstrato**. Partindo-se do entendimento consolidado dos Tribunais de que na ausência de valores definidos pelo legislador para atenuantes e agravantes seria aplicada a fração mínima de 1/6, grande parte da doutrina e dos Tribunais começou a acolher o entendimento de que a fração cabível seria de 1/6 por circunstância judicial:

Consolidou-se esta Corte no sentido de que, em regra, a elevação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve seguir o parâmetro da fração de **1/6 para cada vetorial negativa**, exceto quando evidenciado, por meio de elementos concretos do caso, a maior gravidade da conduta. No caso, a elevação da pena-base, em relação à vetorial negativada (antecedentes), ocorreu no índice de



1/6, não se evidenciando a alegada desproporcionalidade. STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp n. 1.943.477/SP, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), julgado em 3/5/2022.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da **fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa**, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 647642/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 15/06/2021.

A segunda hipótese é o caso de fixação do percentual de **1/8 para cada circunstância judicial sobre o intervalo entre a pena mínima e máxima em abstrato**. A lógica dessa posição decorre do fato de termos 8 circunstâncias judicial a serem consideradas pelo Juízo no art. 59 do CP. O referido entendimento também encontra guarida nos Tribunais Superiores:

Não há ilegalidade na **exasperação da basilar no patamar de 1/8 a incidir sobre o intervalo entre as penas mínimas e máximas abstratamente cominadas ao crime**, para cada circunstância judicial, em razão da valoração negativa das vetoriais da culpabilidade e das circunstâncias do delito, uma vez que apontados elementos concretos e idôneos para tanto, quais sejam, a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos, de maior potencial lesivo (cocaína e crack), bem como o fato do agravante guardar as substâncias entorpecentes na residência em que morava com seus filhos menores. (AgRg no HC n. 927.292/ES, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 17/9/2024, DJe de 19/9/2024.)

A fixação da pena-base não precisa seguir um critério matemático rígido, de modo que não há direito subjetivo do réu à adoção de alguma fração específica para cada circunstância judicial, seja ela de 1/6 sobre a pena-base, **1/8 do intervalo entre as penas mínima e máxima** ou mesmo outro valor. Tais frações são parâmetros aceitos pela jurisprudência do STJ, mas não se revestem de caráter obrigatório, exigindo-se apenas que seja proporcional e devidamente justificado o critério utilizado pelas instâncias ordinárias. (STJ. EDcl no AgRg no HC 701.231/SC, Relator: Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 14/6/2022.)

Ainda existe jurisprudência que entende ser possível a aplicação da fração de **1/8 sobre o ponto médio das penas mínima e máxima do tipo penal violado**. Geralmente essa conta é mais prejudicial ao réu. Para calcular seguindo esse critério de 1/8 sobre o ponto médio, deve-se realizar a seguinte operação: primeiro soma-se a pena mínima e a máxima, divide o resultado por 2 (atingindo o ponto médio), depois divide o valor por 8 (por serem oito circunstâncias)<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> **Exemplo:** No tráfico de drogas (art. 33 da Lei de Drogas), a pena mínima é de 5 anos e a máxima é de 15 anos de reclusão. Inicialmente deve-se somar a pena mínima com a máxima (portanto, 5+ 15), que dará 20. Depois, deve-se dividir por 2, que chegará a 10. Esse resultado deve ser dividido por 8 (pois há 8 circunstâncias judiciais). O resultado daria 1,25 anos, isto é, 1 ano e 3 meses (pois 0,25



Vejamos alguns precedentes do STJ que acataram essa forma de cálculo:

A jurisprudência desta Corte Superior, valendo-se dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, estabeleceu em caráter orientativo as frações de aumento de 1/6 (um sexto) sobre a pena mínima ou **1/8 (um oitavo) sobre a média dos extremos previstos para o tipo penal violado**. A utilização de tais frações, contudo, não constitui direito subjetivo do acusado e não evidencia a opção por um critério meramente aritmético, o qual, por certo, não se coaduna com a finalidade de prevenção especial que a pena criminal exerce. (AgRg no REsp n. 2.005.425/PR, relator Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do Tjsp), Sexta Turma, julgado em 2/9/2024, DJe de 4/9/2024.)

Esta Corte já manifestou o entendimento de que **a exasperação relacionada a cada circunstância judicial poderá, entre outros critérios, ser calculada com base no termo médio entre o mínimo e o máximo da pena cominada em abstrato ao crime, dividido pelo número de circunstâncias judiciais do art. 59 do CP** (AgRg no AREsp n. 785.834/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 10/8/2017).

Por fim, a jurisprudência também tem admitido a **fixação de percentual superior a 1/6**, desde que o Juízo apresente fundamento idôneo para a incidência da fração. Em casos singulares, **é possível que até mesmo uma única circunstância negativa justifique a fixação da pena-base próxima ao máximo legal**, situação que, evidentemente, exige um ônus argumentativo específico:

Sobre critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que esta Corte Superior de justiça entende que “A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que “o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto” (STJ. AgRg no REsp 143.071/AM, Sexta Turma, Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 6/5/2015). A confecção da dosimetria da pena não é uma operação matemática, **e nada impede que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto** (STF. Primeira Turma, RHC 101576, Relatora: Min. Rosa Weber, DJe 14-08-2012). Ainda, certo é que não há direito do subjetivo do réu à adoção de alguma fração de aumento específica para cada circunstância judicial negativa, seja ela de 1/6 sobre a pena-base, 1/8 do intervalo entre as penas mínimas e máximas ou mesmo outro valor. Precedentes. (STJ. AgRg

---

corresponde a ¼ de ano, ou seja, 3 meses, daí porque 1 ano e 3 meses). Ou seja, considerando essa regra de 1/8 sobre o ponto médio, o juiz deverá aumentar 1 ano e 3 meses sobre cada circunstância judicial valorada negativamente.

no AREsp 2.084.097/RS, Relator: Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFR), Quinta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 3/5/2022.)

[...] **Não há ilegalidade na aplicação da pena-base próxima ao máximo legal quando justificada na natureza e na quantidade de droga apreendida - ¼ de tonelada de crack.** [...] (STJ. AgRg no HC 711.893/SP, Relator: Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/02/2022, DJe 21/02/2022.)

O STJ também já acatou outras formas de cálculo, o que reforça a posição de que não há um único método de cálculo, todavia, caso o Juízo fuja das formas usualmente aplicadas – especialmente nos casos em que o resultado seja prejudicial ao réu – é imperiosa a apresentação de fundamentação idônea:

No presente caso, verifica-se que a pena-base foi fixada em 7 anos de reclusão para o crime de roubo, o que significou o aumento de 1 ano e 6 meses para a culpabilidade e as consequências do crime, o que **representa o aumento de 1/4 do intervalo da pena abstratamente estabelecida no preceito secundário do tipo penal incriminador, para cada circunstância judicial negativa**, não podendo se falar em desproporcionalidade ou ofensa à razoabilidade, **tendo em vista a fundamentação concreta apresentada**, conforme leitura do trecho acima. (AgRg no AREsp n. 2.654.780/MA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/8/2024, DJe de 3/9/2024.)

No caso, considerando que a instância ordinária utilizou-se de **fundamentação idônea para aumentar a pena-base** - "em razão das circunstâncias do crime, que demonstram um dolo excessivo por parte dos agentes, os quais demonstraram intensa preparação, com uso de coletes e distintivos da polícia e diversas armas de fogo" - **e aplicou um critério dentro da discricionariedade vinculada que lhe é assegurada pela lei - 1/4 da pena mínima -, não há falar em violação do art. 59 do CP.** Precedentes. (AgRg no HC n. 826.275/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Sexta Turma, julgado em 11/6/2024, DJe de 14/6/2024.)

Por fim, em relação à possibilidade de fixação de fração superior à 1/6, há parte da doutrina que levanta crítica a essa possibilidade ante a **violação a hierarquização das fases** e dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade:

A **hierarquização do sistema trifásico**, que traduz, portanto, sua essência, revela a imperiosa necessidade do julgador em observar seus degraus nos limites previstos pela lei, pois dela se extrai a vontade legislativa de **gradação dos elementos que formam a sanção definitiva em concreto.**

Isso quer dizer, então, que **durante o sistema trifásico de dosimetria da pena os elementos que integram a fase seguinte sempre terão um patamar de valoração**



mais acentuado do que os que integram a fase anterior, isto é, o *quantum* de valoração das causas de diminuição e aumento de pena deverá ser superior ao *quantum* de valoração das circunstâncias atenuantes e agravantes, enquanto estas deverão ter um *quantum* de valoração superior ao das circunstâncias judiciais<sup>9</sup>.

[...]

No entanto, com a devida vênia a posição assumida pelos Tribunais Superiores, acerca da possibilidade de o magistrado sentenciante, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto, **fixar à pena-base, inclusive, no máximo legal previsto** em abstrato, *ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial* (STF, RHC 101576 e STJ AgRg no REsp 143071/AM), **não nos parece que tal liberalidade reconhecida seja algo recomendável, eis que, certamente, no decorrer do processo de aplicação da pena definitiva em concreto, teremos uma indiscutível afronta a hierarquização das fases e também aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, independentemente da gravidade em concreto demonstrada pela vetorial censurada (negativa)<sup>10</sup>.**

Em suma, temos o seguinte quadro:

PENA-BASE	CRITÉRIOS ACEITOS PELA JURISPRUDÊNCIA
Ponto de partida	Pena mínima em abstrato
Ponto de chegada (limite)	Pena máxima em abstrato
Métodos de Cálculo (Lembrando que, em tese, pode ser utilizado outro método novo, desde que haja fundamentação correspondente)	1/6 sobre a <b>pena mínima</b> em abstrato
	1/8 sobre a <b>diferença</b> entre a pena máxima e mínima em abstrato
	1/8 sobre o <b>ponto médio</b> entre a pena máxima e mínima em abstrato
	Qualquer valor <b>superior a 1/6</b>
	*(STJ permite desde que haja fundamentação robusta)
	*(Crítica doutrinária violação à hierarquização das fases da dosimetria)

**ATENÇÃO** - O que fazer quando há concurso de circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis?

<sup>9</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 17. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023. P. 98/99.

<sup>10</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 17. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023. P. 240.



A primeira corrente diz que se deve fazer **COMPENSAÇÃO** entre as circunstâncias, fixando a pena-base no mínimo. Uma segunda corrente diz que deve ser usado o art. 67, CP, que trata do concurso de agravantes e atenuantes. Mas nesse caso, a analogia só é possível se a pena-base for fixada no mínimo, ou seja, analogia *in bonam partem*; qualquer outro resultado seria analogia *in malam partem*, NÃO podendo ser aplicada.

Por sua vez, os Tribunais Superiores entendem que **não é possível haver a compensação entre as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP**, na medida em que as circunstâncias favoráveis ou neutras impedem o acréscimo da pena-base de seu grau mínimo, mas não anulam outra já considerada desfavorável. **Assim, um único vetor desfavorável já autoriza o acréscimo da pena base, desde que de forma razoável e proporcional (STJ, AgRg no AREsp 1.404.788).**

Vamos analisar, com muita cautela, cada uma das circunstâncias judiciais.

## 2.1.1 Espécies de circunstâncias judiciais

### 2.1.1.1 Culpabilidade

Segundo Márcio André Cavalcante<sup>12</sup>, para fins de dosimetria da pena, culpabilidade consiste na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. Ex.: a culpabilidade (reprovabilidade) do crime de furto é intensa (elevada) se o agente, além de furtar os bens da casa, ainda urina no chão da residência ou nos móveis do proprietário. Neste caso, a pena-base poderia ser aumentada por causa disso.

Essa culpabilidade de que trata o art. 59 do CP não tem nada a ver com a culpabilidade como requisito do crime (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa).<sup>13</sup> É preciso, pois, distinguir a culpabilidade como elemento do crime, da culpabilidade como circunstância judicial.

CULPABILIDADE COMO ELEMENTO DO CRIME	CULPABILIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL
Elemento do crime (constituído por imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa, e potencial conhecimento da ilicitude do fato).	Está prevista no art. 59 como circunstância judicial a ser analisada pelo magistrado, e consiste na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem.
O crime, portanto, é todo <b>fato típico, antijurídico e culpável</b> (teoria finalista).	Há críticas a essa circunstância judicial, pois atua sobre a pessoa do condenado, e não sobre o fato.

<sup>12</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Correto conceito de culpabilidade, princípio da não-culpabilidade e vedação ao bis in idem.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1731592aca5fb4d789c4119c65c10b4b>. Acesso em: 19/01/2021.

<sup>13</sup> Lembrem que o crime é fato típico, ilícito e **culpável**? Pois é. Essa culpabilidade da teoria do crime é outra coisa, distinta da culpabilidade que estamos estudando (circunstância judicial do art. 59).

Nesse aspecto, **umentar a pena do acusado utilizando o argumento genérico de que ele agiu com dolo intenso, sem a indicação de dados concretos, não se presta a atribuir valor negativo à culpabilidade, segundo o STJ (HC 142.370/RJ)**. Isso porque considerações genéricas e inerentes ao próprio tipo penal não servem para agravar a pena.

### COCULPABILIDADE E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Segundo **Rogério Sanches**, em seu Manual de Direito Penal (2019), “a teoria da coculpabilidade imputa ao Estado parcela da responsabilidade social pelos atos criminosos dos agentes em razão das desigualdades sociais. Não há exclusão da culpabilidade, mas essas circunstâncias externas devem ser consideradas na dosimetria da pena. O nosso Código Penal possibilita a adoção dessa teoria ao prever, em seu artigo 66, uma atenuante inominada: “A pena poderá ser ainda ATENUADA em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.” No HC 411.243/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 07/12/2017, o STJ entendeu que **é possível, a depender do caso concreto, que o juiz reconheça a teoria da coculpabilidade como sendo uma atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal**. STJ. 5ª Turma. HC 411.243/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 07/12/2017.

**Culpabilidade pela vulnerabilidade: você sabe o que é?** Zaffaroni sustenta que a seleção criminalizadora opera sobre alguns estereótipos e diante da criminalidade corriqueira perpetrada pelos membros marginalizados, existe uma preferência por certo perfil específico (homem, jovem, preto, pobre...), razão pela qual o sistema penal não se mostra uniforme. Zaffaroni propõe que isso resulte na atenuação da pena do acusado quando da segunda fase do cálculo penal, mais especificamente como atenuante inominada (art. 66, CP). Porém, nada impede que o juízo utilize a vulnerabilidade como fundamento para um juízo favorável da culpabilidade.

Em março de 2022, no AREsp 1964508-MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas (Info 731), o STJ entendeu que ameaçar a vítima na presença de seu filho menor de idade **justifica** a valoração negativa da culpabilidade do agente:

(...) **Na primeira fase da dosimetria, a culpabilidade foi valorada negativamente pelo fato de que as ameaças foram lançadas quando a vítima se encontrava com seu filho menor de idade, circunstância que revela maior desvalor na conduta do acusado**. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 1.964.508/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 1/4/2022.)

Por fim, a 6ª Turma do STJ, em análise ao HC 834.126-RS, entendeu que o fato de o réu mentir em interrogatório judicial, imputando prática criminosa a terceiro, **não autoriza a majoração da pena-base**. Caso concreto: réu, acusado de tráfico de drogas, afirmou que o entorpecente teria sido “plantado” em sua casa pelo vizinho. Isso não ficou comprovado e o réu foi condenado. A pena não pode ser aumentada, sob o argumento de circunstância judicial negativa, pelo fato de o acusado ter imputado a prática do crime a terceiro. STJ. 6ª Turma. HC 834.126-RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 5/9/2023 (Info 789)<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Informativo STJ-789. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/informativo/detalhes/84f7e69969dea92a925508f7c1f9579a>>. Acesso em: 17/11/2023



### 2.1.1.2 Maus antecedentes

Segundo a jurisprudência, poderá ser utilizada para valorar a circunstância “maus antecedentes” como desfavorável, a sentença condenatória transitada em julgado que **não sirva para os fins da reincidência**. Ou seja, havendo uma sentença transitada em julgado que não sirva para reincidência (agravante), em tese poderá servir para negativar a circunstância “maus antecedentes”, mas isso deve ser visto com alguns temperamentos.

Por isso, **condenação por fato anterior ao crime em julgamento, mas com trânsito em julgado posterior a este crime não pode gerar reincidência, mas pode gerar maus antecedentes (STJ, HC 251.417/MG)**.

**CAIU NO TJ-SP – Magistratura Estadual – 2024 – VUNESP:** O acusado Tirso da Silva possui condenação anterior, com trânsito em julgado ocorrido durante outro processo em curso, por novo crime, posterior ao primeiro. Diante disso, o juiz, ao proferir sentença condenatória, deve

- A) elevar a pena na segunda fase da dosimetria, pois é reincidente.
- B) deixar de elevar a pena em razão do crime anterior.
- C) elevar sua pena na primeira etapa, já que tem maus antecedentes.
- D) elevar a pena na terceira fase, pela causa de aumento de pena.<sup>15</sup>

**CAIU NO TJ-ES – Magistratura Estadual – 2023 – FGV:** No processo em que Alberto é réu por crime de estupro (Art. 213, CP), fato cometido em 17/05/2022, constam de sua folha de antecedentes criminais, devidamente esclarecida por certidões cartorárias, as seguintes anotações: 1. Condenação transitada em julgado em 07/10/2013, por crime de violação de domicílio (Art. 150, CP), fato praticado em 02/07/2013, com pena de multa cumprida em 02/02/2014; 2. Condenação transitada em julgado em 14/02/2015, por crime de assédio sexual (Art. 216-A, CP), fato ocorrido em 15/05/2013, com pena de um ano e dois meses de detenção cumprida em 10/05/2017.

Na sentença condenatória, ao realizar a dosimetria da pena, o magistrado, à luz das anotações criminais do acusado, deverá fixar a pena-base:

- A) acima do mínimo legal cominado ao crime, em atenção aos antecedentes criminais;
- B) no mínimo legal cominado ao crime, e, na fase seguinte, agravar a pena, reconhecendo a reincidência;
- C) acima do mínimo legal cominado ao crime, em atenção aos antecedentes criminais e à conduta social do agente;
- D) acima do mínimo legal cominado ao crime, em atenção aos antecedentes criminais, e, na fase seguinte, agravar a pena, reconhecendo a reincidência;
- E) acima do mínimo legal cominado ao crime, em atenção aos antecedentes criminais, à personalidade e à conduta social do agente.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Gabarito: C.

<sup>16</sup> Gabarito: A.



Primeiro, importante saber que nos termos do **Enunciado de Súmula 444-STJ**, é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Destarte, inquérito policial ARQUIVADO ou EM ANDAMENTO NÃO caracteriza maus antecedentes, em respeito ao **princípio da presunção de inocência ou não culpa**. No mesmo sentido, **ação penal com absolvição ou ação penal em curso NÃO configura maus antecedentes**, mais uma vez, em respeito ao princípio da presunção de inocência.

Segundo o art. 64, I do Código Penal, não prevalece a condenação anterior, para fins de reincidência, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação. **Esse prazo de cinco anos é o chamado PERÍODO DEPURADOR.**

**Enunciado 636-STJ:** A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência. Aprovado em 26/06/2019, DJe 27/06/2019.

**CAIU NO TJ-SCP – Magistratura Estadual – 2024 – VUNESP:** Considera-se documento suficiente para a comprovação dos maus antecedentes do acusado:

- A) folha de antecedentes, mesmo sem a indicação do trânsito em julgado da condenação anterior.
- B) o registro, em certidão, de ações penais, ainda que em andamento.
- C) folha de antecedentes com indicação da data do trânsito em julgado da condenação anterior.
- D) o registro, em certidão, de inquéritos policiais em andamento.<sup>19</sup>

Façamos a seguinte pergunta: após esse período depurador (cinco anos), a condenação anterior poderá ser valorada como maus antecedentes, já que não servirá para fins de reincidência? Isto é, após o período depurador, será possível considerar a condenação para fins de maus antecedentes, ou os maus antecedentes podem ser valorados *ad eternum*?

Diante da existência de divergência entre o STF e STJ, em 18 de agosto de 2020, nos autos do **Recurso Extraordinário 593818**, o STF pacificou o tema e seguiu a orientação do STJ, fixando a seguinte tese no tema 150:

**Tese do tema 150 fixada em 2020:** "Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal".

Porém, em **24/04/2023**, o STF revisou a referida tese, passando a entender que além de não se aplicar ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal, o magistrado poderá, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes, ou demasiadamente distanciadas no tempo, e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59, do Código Penal.

<sup>19</sup> Gabarito: C.



Em outras palavras, para o STF, a partir de agora, não é mais obrigatório o julgador considerar condenações criminais extintas há mais de cinco anos **como maus antecedentes** para a fixação da pena-base em novo processo criminal. Essa decisão deve ser fundamentada quando o julgador avaliar que as condenações anteriores têm pouca importância ou são muito antigas, e, portanto, desnecessárias à prevenção e repressão do crime.

#### Tese do tema 150 revista em 2023:

"Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal, podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes, ou demasiadamente distanciadas no tempo, e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59, do Código Penal".<sup>20</sup>

TESE DO TEMA 150 (STF)	TESE DO TEMA 150 DO STF (REVISADO em 2023)
Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal.	Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal, <u>podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes, ou demasiadamente distanciadas no tempo, e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59, do Código Penal.</u>

Com efeito, a decisão do STF é criticada por parte da doutrina por violar o **direito ao esquecimento** e ainda por transformar a condenação anterior como uma mancha perpétua na vida do agente (**vedação das sanções de caráter perpétuo**). Sustentam que o mesmo prazo depurador da reincidência deveria incidir para fins de maus antecedentes (ex.: Salo de Carvalho).

Outros defendem que deve ser aplicado por analogia o prazo referente à **reabilitação** (art. 94, CP), ou seja, para configurar antecedente, o trânsito em julgado da sentença condenatória da primeira infração deve ter ocorrido até **dois anos** da data da nova condenação (ex.: Martinelli e De Bem).

ROIG, por sua vez, sustenta que a análise dos antecedentes do agente deve ser feita à luz do princípio da razoabilidade, de modo que **deveriam ser desconsideradas as anotações criminais sem conexão ou dissociadas do novo delito objeto de condenação**. Assim, não deveria ser considerada como mau

<sup>20</sup>

Disponível

em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2642160&numeroProcesso=593818&classeProcesso=RE&numeroTema=150>

antecedente anterior condenação por lesão corporal culposa de trânsito em uma nova condenação por peculato ou prevaricação. Por outro lado, seria considerado mau antecedente a condenação anterior pelo mesmo crime ou por crime de mesma natureza.

Para nossas provas, é importante nos atermos ao entendimento do STF, revisado em 2023, sem desconhecer, é claro, pensamentos divergentes.

Por fim, não confundam **maus antecedentes** com **reincidência**, pois são institutos diferentes:

MAUS ANTECEDENTES	REINCIDÊNCIA
<p>É uma condenação penal transitada em julgado em desfavor do agente, que não poderá servir como reincidência, sob pena de <i>bis in idem</i>. <b>É uma circunstância judicial</b>, portanto, a incidir na <b>primeira fase</b> da dosimetria da pena.</p> <p>STF/STJ: como vimos, adotam o <b>sistema da perpetuidade</b>. Ou seja, mesmo após o transcurso do período depurador, <b>a condenação anterior ainda poderá gerar maus antecedentes</b>, nos termos da tese 150 do STF revista em 2023.</p>	<p>Quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. <b>É uma agravante</b>, portanto, a incidir na <b>segunda fase</b> da dosimetria da pena.</p> <p><b>IMPORTANTE:</b> salvo nos casos de <b>crimes militares próprios e políticos</b>, não será considerada a condenação anteriores se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos (art. 64, I, do CP). Como vimos, esse prazo é o <b>chamado período depurador e decorre da lei</b>.</p>
<ul style="list-style-type: none"><li>• <b>Maus antecedentes:</b> acolhe-se o sistema da perpetuidade.</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• <b>Reincidência:</b> adota-se o sistema da temporariedade.</li></ul>

**CAIU NO I ENAM – 2024 – FGV (Reaplicação):** Na verificação da reincidência não são considerados os crimes políticos, exceto se restar concomitantemente configurada a prática de infração penal militar.<sup>21</sup>

### 2.1.1.3 Conduta social

A circunstância judicial “conduta social” também traz polêmicas quando de sua aplicação. Alguns conceituam como sendo o estilo de vida do réu perante a sociedade. No entanto, não há unanimidade em seu conceito.

Está claro que a avaliação da conduta social não pode extrapolar os limites do injusto, ou seja, não pode burlar o princípio da reserva legal e pretender punir o agente por juízo de caráter moral, sob pena de se olvidar o fato e recorrer ao direito penal do autor.

<sup>21</sup> Incorreto.

Como bem conceitua Márcio André Cavalcante<sup>22</sup>, a circunstância judicial:

“conduta social”, prevista no art. 59 do Código Penal representa o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. **Os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais.** São circunstâncias distintas, com regramentos próprios. Assim, não se mostra correto o magistrado utilizar as condenações anteriores transitadas em julgado como “conduta social desfavorável”. Não é possível a utilização de condenações anteriores com trânsito em julgado como fundamento para negar a conduta social. STF. 2ª Turma. RHC 130132, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 10/5/2016 (Info 825). STJ. 5ª Turma. HC 475436/PE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 13/12/2018. STJ. 6ª Turma. REsp 1760972-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 08/11/2018 (Info 639)”.

É importante saber, ainda, que na dosimetria da pena **as condenações por fatos posteriores ao crime em julgamento não podem ser utilizadas como fundamento para valorar negativamente a culpabilidade, a personalidade e a conduta social do réu.** STJ. 6ª Turma. HC 189385-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 20/2/2014 (Info 535). Além disso, o fato de o réu ser usuário de drogas não pode ser considerado, por si só, **como má-conduta social para o aumento da pena-base.** A dependência toxicológica é, na verdade, um infortúnio. STJ. 6ª Turma. HC 201453-DF, julgado em 2/2/2012.

Pelas mesmas razões, **o fato de o agente não trabalhar**, por si só, não evidencia a negatividade das circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade, porque a falta de emprego, diante de nossa realidade social, é infortúnio, e não algo tencionado (STJ, HC 120.154).

No caso abaixo, o STJ entendeu ser possível a valoração negativa da conduta social.

EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE DE RÉU ATLETA EM FUNÇÃO DE CONDUZIR-SE DE FORMA DESREGRADA NA SUA ATIVIDADE PROFISSIONAL. “1. O fundamento utilizado pelo Juiz de primeiro grau, qual seja, o fato de o recorrido, no exercício da atividade de atleta profissional, ingerir bebida alcoólica e fumar maconha, frequentar orgias ou mesmo ter agredido torcedor, é idôneo a justificar a exasperação da pena-base, haja vista que a vetorial da conduta social avalia o comportamento do réu no meio social, familiar ou profissional.” (Resp 1.535.955/RJ)

No entanto, a própria Corte Cidadã também tem precedentes no sentido de que o uso de entorpecente pelo réu, por si só, não pode ser considerado como má-conduta social para o aumento da pena-base.

<sup>22</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Condenações anteriores transitadas em julgado não podem ser utilizadas como conduta social desfavorável.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/091bc5440296cc0e41dd60ce22fbaf88>. Acesso em: 19/01/2021.



“Na hipótese, o juiz de primeiro grau fixou a pena-base acima do mínimo legal com o argumento de que o acusado seria usuário de drogas. Apresentado recurso da defesa, o Tribunal de origem manteve a decisão de primeiro grau e agregou novas fundamentações à decisão recorrida. Nesse contexto, a Turma reiterou o entendimento de que o uso de entorpecente pelo réu, por si só, não pode ser considerado como má-conduta social para o aumento da pena-base. HC 201.453/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 2-2-2012.

Por sua vez, o **intenso envolvimento do acusado com o tráfico de drogas** constitui fundamento idôneo para valorar negativamente a conduta social na primeira fase da dosimetria da pena do crime de homicídio, conforme entendeu o STJ no **HC 807.513/ES**. Nesse contexto, é plenamente justificada a negatização dessa circunstância judicial, porquanto reflete o temor causado pelo agente, pois trata-se de uma avaliação de natureza comportamental, pertinente ao relacionamento do agente no trabalho, na vizinhança, perante familiares ou amigos, não havendo uma delimitação mínima do campo de análise, podendo ser pequena como no núcleo familiar ou mais ampla como a comunidade em que o indivíduo mora. No caso, o fato de o sentenciado estar envolvido com o tráfico de drogas denota sua periculosidade, destemor às instituições constituídas, e também demonstra sua propensão para violar as regras sociais, sendo o caso, portanto, de manter a negatização da conduta social.

Além disso, cuidado com um detalhe: atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, **tampouco podem ser utilizados para caracterizar personalidade voltada para a prática de crimes ou má conduta social**. Há impropriedade na majoração da pena-base pela consideração negativa da personalidade do agente em razão da prévia prática de atos infracionais, pois é impossível exacerbar a reprimenda criminal com base em passagens pela Vara da Infância. STJ. 5ª Turma. HC 499987/SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 30/05/2019. STJ. 6ª Turma. Resp 1702051/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 06/03/2018.

**Por outro lado, o fato de o acusado ter mentido em seu interrogatório poderia justificar a valoração negativa de sua conduta social ou de sua personalidade no cálculo da primeira fase da pena?**

Uma corrente minoritária entende que SIM, porém STF e STJ NÃO admitem o aumento da pena base, através da negatização da personalidade ou da conduta social do acusado, sob o fundamento de que ele teria mentido em seu interrogatório. Isso porque o réu tem o **direito de permanecer calado e até mesmo de mentir** para não se autoincriminar com as declarações prestadas, não tendo, por conseguinte, o dever de dizer a verdade (STF, HC 75.257). Da mesma forma, o STJ entende que **o ordenamento pátrio não prevê o perjúrio e tampouco o dever do acusado de dizer a verdade**. Por essa razão, não se admite que a mentira em interrogatório impacte negativamente na reprimenda que será aplicada ao acusado (HC 195.937).

**OBS:** O histórico de ato infracional pode ser considerado para afastar a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei nº 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. STJ. EREsp 1916596-SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Rel. Acđ. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 08/09/2021 (Info 712).



O STF possui a mesma posição? Para o STF, a existência de atos infracionais pode servir para afastar o benefício do § 4º do art. 33 da LD?

**1ª Turma do STF: SIM.** RHC 190434 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 23/08/2021.

**2ª Turma do STF: NÃO.** STF. 2ª Turma. HC 202574 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 17/08/2021.<sup>24</sup>

#### 2.1.1.4 Personalidade do agente

A personalidade do agente é a síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Trata-se de um **retrato psíquico do agente**. A definição de personalidade do agente não encontra enquadramento em um conceito jurídico, em uma atividade de subsunção, devendo o magistrado voltar seu olhar não apenas à Ciência Jurídica.

A valoração negativa da personalidade, **embora possa prescindir de laudos técnicos de especialistas da área de saúde**, exige uma **análise ampla da índole do réu, do seu comportamento e do seu modo de vida, a demonstrar real periculosidade e perversidade**.

É de se notar que o STF já decidiu que **a personalidade do agente não pode ser negada sem menção a laudo técnico (RHC 209.693)**. No mesmo sentido: *quanto à personalidade do agente, ausente menção a laudo técnico ou outro instrumento hábil para aferir a personalidade, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, não há como reputá-la negativa (STF, HC 224.296)*. No entanto, há decisões do próprio STF e diversas decisões do STJ em sentido contrário, ou seja, considerando prescindível a existência de laudo técnico para exame da personalidade do agente.

Para o STJ, a existência de condenações definitivas anteriores não se presta a fundamentar a exasperação da pena-base como personalidade voltada para o crime. Isso porque **condenações transitadas em julgado não constituem fundamento idôneo para análise desfavorável da personalidade do agente**. STJ. 5ª Turma. HC 466746/PE, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 11/12/2018. STJ. 6ª Turma. HC 472654-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 21/02/2019 (Info 643).<sup>25</sup>

#### 2.1.1.5 Motivos do crime

Em síntese, nos “motivos do crime” verificam-se os fatores que motivaram o agente a praticar o crime. **No entanto, é importante anotar que se o motivo do crime constar no próprio tipo penal como elementar, por razões óbvias não** poderá ser considerado como circunstância judicial, sob pena de *bis in idem*.

<sup>24</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O histórico infracional é suficiente para afastar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006?. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ec79d4bed810ed64267d169b0d37373e>>. Acesso em: 15/07/2023

<sup>25</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A existência de condenações definitivas anteriores não se presta a fundamentar o aumento da pena-base como personalidade voltada para o crime**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d28d76b4592325c3bafc1840d4bb2957>. Acesso em: 19/01/2021.



Além disso, a simples **falta de motivos para o delito não constitui fundamento idôneo para o incremento da pena-base** ante a consideração desfavorável da circunstância judicial, **que exige a indicação concreta de motivação vil para a prática delituosa**. STJ. 6ª Turma. HC 289788/TO, Rel. Min. Ericson Maranhão (Des. Conv. Do TJ/SP), julgado em 24/11/2015.<sup>32</sup>

Ademais, não é possível a majoração da pena base sob o argumento de o motivo do crime é a obtenção de lucro fácil. Veja-se jurisprudência do STJ nesse sentido:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. BEM SUBTRAÍDO AVALIADO EM R\$ 120,00. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE RECONHECIMENTO DO FURTO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO, PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ANTECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 444/STJ. MOTIVOS INERENTES AO TIPO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

(...)

VI. Os motivos não podem ser valorados negativamente, porquanto o ganho fácil, em detrimento do prejuízo alheio, é circunstância inerente ao delito de furto, não havendo, portanto, fundamentação idônea para a exasperação da pena-base.

(...)

(AgRg no REsp 1413263/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 28/04/2015)“

#### 2.1.1.6 Circunstâncias do crime

Segundo Luiz Regis Prado, as circunstâncias do crime são os fatores de tempo, lugar, modo de execução, excluindo-se aqueles previstos como circunstâncias legais." **(PRADO, Luiz Regis et al. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 428).**

Não há muitos comentários por aqui, mas quero frisar para tomarem cuidado com eventuais casos de *bis in idem*. Ex.: se a denúncia constar o uso da arma de fogo como majorante na terceira fase da dosimetria da pena, não pode essa mesma circunstância ser usada na primeira fase.

**JURIS:** É possível a valoração da quantidade e natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na

<sup>32</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Falta de motivos para o crime não é circunstância desfavorável**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerdireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4da04049a062f5adfe81b67dd755cecc>. Acesso em: 19/01/2022.

primeira fase do cálculo da pena. STJ. 3ª Seção. HC 725.534-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 27/04/2022 (Info 734).

### 2.1.1.7 Consequências do crime

No tocante às consequências do crime, precisamos entender que é o resultado do crime em relação à vítima, sua família ou sociedade. No caso de ser morto, por exemplo, o arrimo da família, entende-se que as consequências do crime são mais gravosas, tendo em vista que outras pessoas dependiam do de cujus.

Em **2023** o STJ entendeu ser idônea a mensuração da repercussão internacional do delito na majoração da pena-base pelas consequências do crime. Processo em segredo de justiça, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em **22/8/2023, DJe 28/8/2023. (STJ, Inf. 786)**

Vale lembrar que para o STF as consequências do crime **não** têm relação com as despesas – ainda que excessivas – dos órgãos estatais com a persecução criminal. Portanto, se o Estado gastou muito dinheiro na investigação de determinado crime, não pode o magistrado, por causa desse motivo, valorar negativamente as **“consequências do crime”**.

Em 2020 entendeu o STJ que a tenra (jovem) idade da vítima é fundamento idôneo para a majoração da pena-base do crime de homicídio pela valoração negativa das consequências do crime. 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. Nesse sentido o Informativo 679:

(...) 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.”

Além disso, precedente importante também é sobre a impossibilidade de valoração negativa das consequências do crime **caso a vítima não consiga recuperar os bens subtraídos:**

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO MAJORADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. CONTEXTOS FÁTICOS DISTINTOS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. DOSIMETRIA DAS PENAS. TIPO DE ARMA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE MAIOR GRAVIDADE. MOTIVOS DO CRIME. PRÁTICA DE OUTROS DELITOS. CULPABILIDADE. POSIÇÃO DE LIDERANÇA. ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE RECUPERAÇÃO DO BEM SUBTRAÍDO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 6. **Não é possível, no crime de roubo, a valoração negativa das consequências do delito com amparo exclusivamente no fato de não haver sido recuperado o objeto subtraído.** 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido para afastar a avaliação negativa da culpabilidade do Agente no crime de porte de arma de fogo e das consequências do delito no crime de roubo majorado, redimensionando-se as penas impostas. (STJ - REsp: 1783637 PA 2018/0321477-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 12/11/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/12/2019)"

Por fim, o STJ tem a orientação de que no crime de furto contra empresa de segurança e transporte de valores, o prejuízo está inserido no risco do negócio e não autoriza a exasperação da pena basilar na circunstância **“consequências do crime”**, porquanto ínsito ao próprio tipo penal. **AgRg no REsp 2.322.175-MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 30/5/2023. (Inf. 777, STJ).**

**ATENÇÃO** – **Valoração negativa das consequências do crime e concurso de pessoas:** o STF decidiu no HC 212.596 que, tratando-se de contexto e crime únicos, presente o concurso de agentes, **a circunstância judicial “consequências do crime” não pode ser valorada negativa apenas em relação a um dos réus, revelando-se, assim, conflitantes as dosimetrias das penas.**

#### 2.1.1.8 Comportamento da vítima

Segundo o escólio de Ricardo Augusto Schmitt<sup>34</sup>,

“na valoração desta última circunstância judicial é preciso perquirir em que medida a vítima, com a sua atuação, contribuiu para a ação delituosa. Muito embora o crime não possa de modo algum ser justificado, não há dúvida de que em alguns casos a vítima, com o seu comportamento, contribui ou facilita o agir criminoso. Não raro a vítima, por seu comportamento temerário ou descuidado, facilita ou até estimula a atuação do criminoso. Como exemplos, podemos citar os seguintes casos: a) vítima de furto que não toma os devidos cuidados na guarda da coisa; b) órgão público vítima de estelionato que apresenta desídia administrativa ou problemas estruturais [...] ou falta de controles efetivos que possam evitar ou minimizar as fraudes etc. [...]

<sup>34</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 140.



**Esta circunstância judicial não pode ser valorada para fins de recrudescimento da pena-base do condenado.”**

Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini, no entanto, em teor crítico, estabelecem que “a vitimologia (...) tem como principal objeto de estudo a vítima das infrações e, sob o ponto de vista sociológico, tem como um de seus focos a análise de qual influência determinados comportamentos podem ter na prática delitiva. A utilização de tais dados pelo juiz na dosagem da pena, aceita pelo legislador, **é contestada por setores da doutrina, sob o argumento de que o comportamento lícito da vítima não pode, a partir de juízos morais ou arbitrários do julgador, interferir positiva ou negativamente na dosagem da pena.** Assim, não se poderia considerar menos protegida, ou não merecedora da proteção jurídica, a jovem que prefere passear com roupas curtas – exercendo direito constitucional –, o que poderia redundar em raciocínio preconceituoso, machista e injusto.”<sup>35</sup>

Inclusive, há orientação firme do STJ no sentido de que o comportamento da vítima em contribuir ou não para a prática do delito **NÃO** acarreta o aumento da pena-base, **pois a circunstância judicial é neutra e não pode ser utilizada em prejuízo do réu.** Precedentes: HC 297988/AL, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. em 18-9-2014, DJe 2-10-2014; HC 261544/ES, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. em 12-8-2014, DJe 26-8-2014; HC 182572/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. em 3-6-2014, DJe 20-6-2014.

### 3. SEGUNDA FASE – CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES

Encontrada a pena base, o magistrado passará para a segunda fase da dosimetria. Nela, ele buscará aplicar as circunstâncias atenuantes e agravantes previstas em Lei. As agravantes e atenuantes podem ser definidas como circunstâncias objetivas ou subjetivas que não integram a estrutura do tipo penal, mas se vinculam ao crime, devendo ser consideradas pelo juiz no momento de aplicação da pena.

Obs.: Legislação extravagante pode criar outras agravantes ou atenuantes fora das previstas no CP. Ex.: art. 15 da Lei dos crimes ambientais traz agravantes, como o agente ter cometido o crime num domingo ou feriado.

É importante ressaltar que o Código Penal também **não** fixa o *quantum* de aumento ou diminuição para as agravantes. Na prática, no entanto, os magistrados utilizam-se do **quantum de 1/6 sobre a pena base.**<sup>37</sup>

Nesse sentido, o STF já decidiu que **a atenuante deve observar o patamar de 1/6.** Para reduzir menos a pena, o juiz precisa fundamentar. No **RHC 219.293**, o STF corrigiu a dosimetria operada pelo juízo, que havia atenuado a pena em apenas 1/53. Com a correção, a diminuição da pena em 1/6 passou de 15 dias para 132 dias.

<sup>35</sup> JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 168.

<sup>37</sup> No procedimento do júri, as agravantes e atenuantes genéricas são aplicadas diretamente pelo juiz-presidente (art. 492 do CPP).

Ademais, apesar de não existir previsão legal nesse sentido, entende-se que **a pena intermediária também NÃO pode ficar abaixo do mínimo legal e nem acima do máximo legal**, previstos no tipo penal, devendo respeitar os limites legais. É isso que traz a **súmula 231, STJ: A incidência de circunstância atenuante NÃO pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.**

Saibam, de antemão, que as agravantes estão previstas em rol taxativo, isso porque não é possível analogia *in malam partem* no Direito Penal. Por outro lado, o próprio art. 66 do Código Penal informa que a pena poderá ser ainda **atenuada** em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, **embora não prevista expressamente em lei**. É aí que entra a ideia de **coculpabilidade** vista anteriormente.

É importante saber que as circunstâncias agravantes genéricas não se aplicam aos crimes culposos, **exceto a reincidência**.

Em síntese:

ATENUANTES	AGRAVANTES
Incidem em crimes dolosos e culposos.	Incidem apenas em crimes dolosos. No entanto, a reincidência (que é um agravante) incide tanto em crimes dolosos como em crimes culposos, por não dizer respeito propriamente ao crime, mas sim à figura do agente (mais abaixo faremos uma crítica sobre isso).

Vale lembrar, contudo, que existe um precedente antigo (1993) do STF afirmando que as agravantes genéricas poderiam ser aplicadas também na hipótese de crimes culposos. Desta maneira, e agora? Se o réu praticou um crime culposos, sua pena poderá ser majorada por força das agravantes? Em outras palavras, as agravantes incidem também no caso de crimes culposos?

SIM <sup>39</sup>	NÃO
Existe um precedente antigo do STF afirmando que as agravantes genéricas poderiam ser aplicadas também na hipótese de crimes culposos. Trata-se do famoso naufrágio do navio “ <i>Bateau Mouche</i> ”, ocorrido no RJ, por conta do excesso de passageiros:  (...) Não obstante a corrente afirmação apodítica em contrário, além da reincidência, outras circunstancias agravantes podem incidir na hipótese de crime culposos (...)	Regra: as agravantes genéricas não se aplicam no caso de crimes culposos. Somente incidem quando o agente pratica um delito doloso.  Exceção: a reincidência é uma agravante e ela majora a pena do réu mesmo em caso de crimes culposos.  É a posição majoritária na doutrina e jurisprudência.

<sup>39</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **As agravantes (tirante a reincidência) não se aplicam aos crimes culposos**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c6036a69be21cb660499b75718a3ef24>. Acesso em: 12/12/2022



STF. 1ª Turma. HC 70362, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 05/10/1993.  Neste caso concreto do "Bateau Mouche", o STF reconheceu a possibilidade de incidir a agravante do motivo fútil (art. 61, II, a, do CP) para o crime culposo.	Assim decidiu a 1ª Turma do STF. HC 120165, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/02/2014.
--	--

**CUIDADO** – Crime preterdoloso deve ser tratado como doloso, admitindo todas as agravantes, ou como culposo, admitindo apenas a reincidência?

A maioria da doutrina entende que ele deve ser tratado como crime CULPOSO, admitindo apenas a agravante da reincidência. Todavia, o STJ decidiu que **é POSSÍVEL a aplicação das agravantes genéricas do art. 61 do CP aos crimes preterdolosos**. Isso porque, nos crimes preterdolosos, a conduta-base dolosa preenche autonomamente o tipo legal e o resultado culposo exprime uma mera consequência que irá interferir apenas na determinação do aumento da pena. Em outras palavras, mesmo sem o resultado culposo agravador, a conduta inicial dolosa já constitui crime (**Info 541**).

**CAIU NO TJGO – Magistratura Estadual – 2012 – FCC:** As circunstâncias agravantes não incidem nos crimes culposos, salvo a reincidência<sup>41</sup>.

Antes de analisarmos individualmente cada circunstância agravante e atenuante, vejamos quais são elas.

Primeiro, as **agravantes** estão previstas no art. 61, vejamos:

#### Circunstâncias agravantes

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;

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;

<sup>41</sup> GAB: C.

- 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.

**CAIU NO TJ-SP – Magistratura Estadual – 2023 – VUNESP:** A embriaguez deve ser considerada circunstância agravante do crime quando

- A) decorre de estado de violenta emoção.
- B) poderia ser evitada.
- C) é preordenada.
- D) decorre involuntariamente.<sup>43</sup>

Agora veremos as circunstâncias **atenuantes**, expostas no art. 65 do Código Penal:

#### Circunstâncias atenuantes

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.

**CAIU NO TJ-SP – Magistratura Estadual – 2023 – VUNESP:** É circunstância que sempre atenua a pena:

- A) o desconhecimento da lei.
- B) a ausência de dolo antecedente.
- C) a conduta da vítima.
- D) o estado de embriaguez involuntária.<sup>44</sup>

**PEGADINHA DE PROVA:** as agravantes sempre agravam a pena? Não. Cuidado. Veja que o *caput* do art. 61 diz o seguinte: “são circunstâncias que sempre agravam a pena, **quando não constituem ou qualificam o crime**”. Imagine, por exemplo, o crime de aborto sem consentimento da gestante. O art. 61, II, “h”, traz uma agravante no caso de cometimento de crime em face de mulher grávida. No entanto, neste caso do aborto sem o

<sup>43</sup> Gabarito: C.

<sup>44</sup> Gabarito: A.



consentimento da gestante o fato de estar grávida já **é uma elementar do crime**, portanto, **não se aplica a referida agravante**.

Importante assinalar que o entendimento do STJ é o de que, de fato, a prática do crime de roubo no interior de transporte coletivo **autoriza o aumento da pena-base** por revelar maior gravidade do delito, tendo em conta a exposição de maior número de pessoas. STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1976758/TO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em **08/02/2022**.

Porém, a mesma 5ª Turma entendeu que o roubo em transporte coletivo **vazio** é circunstância concreta que **não justifica a elevação da pena-base**. STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 693.887-ES, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 15/02/2022 (Info 727).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 157, CAPUT, DO CP. DOSIMETRIA. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MOTIVOS DO CRIME. OBTENÇÃO DE DINHEIRO PARA COMPRA DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. CRIME PRATICADO NO INTERIOR DE ÔNIBUS VAZIO E COM SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. ELEMENTOS CONCRETOS QUE DEMONSTRAM QUE A AÇÃO NÃO DESBORDOU DA PERICULOSIDADE PRÓPRIA DO TIPO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA. DECOTE DEVIDO. PLEITO MINISTERIAL DE RESTABELECIMENTO DO AUMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. No que toca aos motivos do crime, destacou-se na dosimetria da pena que a subtração ocorreu para o sustento do vício de drogas do réu. Contudo, predomina nesta Corte o entendimento de que, mesmo em crimes patrimoniais, é inadmissível a valoração da pena-base quando a subtração do bem é motivada no interesse do agente de adquirir drogas para consumo próprio, tratando-se de circunstância que não pode ser utilizada em seu desfavor. 3. A prática de crimes de roubo dentro de transportes coletivos autoriza, nos termos da abalizada jurisprudência desta Corte Superior, a elevação da pena-base por consistir, via de regra, em fundamento idôneo para considerar desfavorável circunstância judicial. Isso porque no transporte público há comumente grande circulação de pessoas, o que eleva a periculosidade da ação. 4. No caso, todavia, sem que se faça necessário o revolvimento fático-probatório dos autos, observa-se que as circunstâncias concretas do presente caso demonstram que a ação não desbordou da periculosidade própria do tipo. **Conforme mencionado pela própria vítima, o ônibus estava vazio no momento do delito, o qual foi praticado com simulacro de arma de fogo. Tais circunstâncias concretas (ônibus vazio e uso de simulacro de arma de fogo) evidenciam que o modus operandi do delito foi normal à espécie, não se justificando a elevação da reprimenda.** 5. Portanto, de rigor o afastamento da valoração negativa das circunstâncias judiciais relativas aos motivos e circunstâncias do crime. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 693.887/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2022, DJe 21/02/2022)



**ATENÇÃO** - Concurso de agravantes e atenuantes: Se há concurso de agravantes e atenuantes, aplica-se o art. 67, CP, que estabelece que deve haver uma **aplicação conforme a PREPONDERÂNCIA de atenuante ou agravante**. A jurisprudência estabeleceu uma ordem de preponderância: 1º - **Atenuantes da Menoridade** (menor de **21 anos** na **data dos fatos**) ou da **Senilidade** (maior de **70 anos**, na **data da SENTENÇA**): portanto, se há essa atenuante em concurso com qualquer agravante, o juiz DEVE atenuar a pena; 2º - **Agravante da Reincidência**; 3º - **Atenuantes ou Agravantes Subjetivas**; 4º - **Atenuantes ou Agravantes Objetivas**.

**CAIU NO I ENAM – 2024 – FGV (Reaplicação):** No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, inclusive a reincidência.<sup>45</sup>

Nesse sentido, o STJ decidiu que, **no concurso entre agravantes e atenuantes, a atenuante da confissão espontânea deve preponderar sobre a agravante da dissimulação**, nos termos do art. 67 do Código Penal. Isso porque a confissão espontânea é circunstância preponderante, ao passo que a agravante da dissimulação não é prevista como circunstância preponderante por não se encaixar nos quesitos previstos no art. 67 do CP. Portanto, nesse caso, não deve haver a compensação da agravante com a atenuante, e sim a efetiva redução da pena (HC 557.224/PR).

**É possível a compensação de atenuantes e agravantes? SIM**, desde que as atenuantes e as agravantes estejam no **mesmo patamar**. Logo, é possível compensar uma atenuante subjetiva com uma agravante subjetiva; da mesma forma, é possível compensar uma atenuante objetiva com uma agravante objetiva. Mas **NÃO** cabe compensar atenuante subjetiva com agravante objetiva e vice e versa.

**É possível compensar a reincidência com a confissão?** A reincidência está no segundo nível de preponderância, mas a confissão espontânea está entre as atenuantes subjetivas, ou seja, no 3º nível de preponderância. Portanto, em tese, **NÃO** caberia compensação das duas, preponderando a reincidência sobre a confissão. **Porém, o STJ entende que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são IGUALMENTE PREPONDERANTES, PODENDO SER COMPENSADAS**. Isso porque a atenuante da confissão espontânea, por envolver a **PERSONALIDADE DO AGENTE**, deve ser utilizada como **circunstância preponderante quando do concurso entre agravantes e atenuantes (Info 555, STJ)**.

**Exceção:** se o réu for **multirreincidente**, prevalece a reincidência (multirreincidente é aquele réu que, quando praticou o novo crime pelo qual está sendo sentenciado, já possuía duas ou mais condenações transitadas em julgado por outros delitos).

Portanto, é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de **multirreincidência**, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, CP, sendo admissível sua **compensação proporcional** com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos **princípios da individualização da pena e da proporcionalidade (STJ, REsp 1.931.145/SP)**.

<sup>45</sup> Correto.

Situação fática	Compensa ou não?
Confissão + reincidência	Sim, compensação integral
Confissão + reincidência específica	Sim, compensação integral.
Confissão + multireincidência	Não há compensação integral.

Feitas essas considerações, vamos tratar sobre as agravantes propriamente ditas, um assunto importante para nossa prova.

### 3.1 CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES

#### 3.1.1 Reincidência

A reincidência é uma agravante genérica, prevista nos artigos 61, I, 63 e 64 do Código Penal. Segundo o art. 63, *verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.*

Além disso, para entender bem a reincidência deve-se conjugar o art. 63 do CP com o art. 7º da Lei de Contravenções Penais. Para uma melhor compreensão, vejam esse quadro feito pelo Dizer o Direito, inspirado no quadro contido no livro de Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 401):

SE A PESSOA É CONDENADA DEFINITIVAMENTE POR	E DEPOIS DA CONDENAÇÃO DEFINITIVA PRÁTICA NOVO(A)	QUAL SERÁ A CONSEQUÊNCIA?
CRIME (no Brasil ou exterior)	CRIME	REINCIDÊNCIA
CRIME (no Brasil ou exterior)	CONTRAVENÇÃO (no Brasil)	REINCIDÊNCIA
CONTRAVENÇÃO (no Brasil)	CONTRAVENÇÃO (no Brasil)	REINCIDÊNCIA
CONTRAVENÇÃO (no Brasil)	CRIME	NÃO HÁ reincidência. Foi uma falha da lei. Mas gera maus antecedentes.
CONTRAVENÇÃO (no estrangeiro)	CRIME ou CONTRAVENÇÃO	NÃO HÁ reincidência. Contração no estrangeiro não influi aqui.

**Obs.:** Nos termos do art. 9º CP, não há necessidade de homologação, pelo STJ, da sentença condenatória estrangeira para caracterizar reincidência.

**CAIU NO I ENAM – 2024 – FGV (Reaplicação):** A reincidência se configura quando o agente comete infração penal depois de transitada em julgado a sentença condenatória por prática de infração penal anterior.<sup>46</sup>

<sup>46</sup> Incorreto.



Obs.2: Se o crime praticado no estrangeiro é fato ATÍPICO no Brasil, NÃO pode gerar reincidência.

De se notar que a condenação definitiva anterior ao pagamento de multa caracteriza reincidência. Portanto, NÃO importa a espécie de pena imposta ao crime antecedente, pois o que importa é a condenação definitiva pelo referido crime.

Ou seja, para que alguém seja reincidente, é preciso que haja a prática de um novo fato, quando o fato anterior já esteja transitado em julgado. Vou trazer abaixo algumas situações práticas, para que a gente possa analisar de perto.

CASO 01		
DATA DO FATO CRIME 01	TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO CRIME 01	DATA DO FATO (CRIME 02)
21/12/2015	05/07/2019	06/06/2018

Neste “CASO 01”, na hipótese de o magistrado condenar o agente pelo CRIME 02, este poderá ser considerando reincidente? A resposta é negativa. Veja que na data do fato do CRIME 02 não havia trânsito em julgado pelo CRIME 01. Como vimos, verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Ficou claro? Na data do NOVO FATO (no caso, crime 02), o trânsito já deveria existir.

Vamos para uma nova situação:

CASO 02		
DATA DO FATO CRIME 01	TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO CRIME 01	DATA DO FATO (CRIME 02)
12/06/2015	12/12/2016	21/12/2016

Neste caso, perceba que a data do CRIME 02 foi POSTERIOR ao trânsito em julgado pelo CRIME 01. Assim, caso o magistrado condene o agente pelo CRIME 02, este poderá ser considerado reincidente.

Vamos agora para um novo exemplo:

CASO 03		
DATA DO FATO CRIME 01	TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO CRIME 01	DATA DO FATO (CRIME 02)
10/11/2010	05/07/2014	06/08/2024





Neste caso, como se pode observar, a prática do **CRIME 02**, novo fato, foi posterior ao trânsito em julgado do **CRIME 01**. Então, em tese, o agente é considerando reincidente, não é, professor? Calma. Não é bem assim. É que devemos ter cuidado com o art. 64, I do Código Penal.

**CAIU NO TJ-GO – Magistratura Estadual – 2023 – FGV:** Felisberto, réu em ação penal por crime de ameaça, cuja pena cominada é de detenção, de 1 a 6 meses, ou multa, é condenado ao final do processo. No curso da ação penal, restou demonstrado que o acusado é reincidente, pois possui condenação anterior definitiva por crime de ato obsceno, em que foi condenado à pena de multa, além de apresentar circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Diante do caso narrado, deverá o juiz aplicar, na sentença condenatória:

- A) somente pena de multa;
- B) pena de detenção, em patamar superior ao mínimo legal cominado, com a fixação de regime inicialmente fechado;
- C) pena de detenção, em patamar superior ao mínimo legal cominado, com a fixação de regime inicialmente semiaberto;
- D) pena de detenção, no mínimo legal cominado, com a fixação de regime inicialmente aberto, concedendo ao réu a suspensão condicional da execução da pena;
- E) pena de detenção, em patamar superior ao mínimo legal cominado, com a fixação de regime inicialmente semiaberto, e a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos ou multa.<sup>48</sup>

**CAIU NO I ENAM – 2024 – FGV:** Em uma ação penal por crime ocorrido em 04/03/2023, o réu, ao ser interrogado, confessa espontaneamente, perante o juiz, a prática do delito que lhe é imputado. Na folha de antecedentes criminais do acusado, constam as seguintes anotações, devidamente esclarecidas por certidões cartorárias:

I. condenação transitada em julgado em 08/06/2016 por crime anterior, praticado em 06/02/2014, com pena de reclusão extinta em 15/03/2022, diante do término do livramento condicional, cujo período de prova se iniciara em 14/08/2017;

II. condenação transitada em julgado em 02/09/2022 por contravenção penal anterior, praticada em 07/01/2022, com pena de prisão simples cumprida em 03/03/2023; e

III. ação penal em curso, por crime posterior, praticado em 05/03/2024.

À luz das informações apresentadas, conclusos os autos ao juiz para sentença, no dia de hoje, na segunda fase da dosimetria da pena, a pena deverá ser

- A) atenuada, incidindo a atenuante da confissão espontânea, sendo o réu primário.

<sup>48</sup> Gabarito: C.

- B) atenuada, preponderando a atenuante da confissão espontânea sobre a agravante da reincidência.
- C) mantida, compensando-se integralmente a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.
- D) agravada, compensando-se proporcionalmente a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.
- E) agravada, preponderando a agravante da reincidência, sem qualquer compensação em relação à atenuante da confissão espontânea.<sup>49</sup>

Veja o que ele diz:

Art. 64 - Para efeito de **reincidência**:

I - **não** prevalece a **condenação anterior**, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de **tempo superior a 5 (cinco) anos**, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

Pois bem, acontece que no caso narrado, se o agente começou a cumprir a pena de, por exemplo, 5 anos, no outro dia do trânsito em julgado, ou até mesmo antes (já estava preso preventivamente, por exemplo, oportunidade em que haverá a detração), ele não será reincidente, tendo em vista que o **CRIME 02** foi praticado, em tese, 5 anos depois de **extinta** a pena privativa de liberdade.

É importante também ter cuidado com inciso II do art. 64, tendo em vista que, **PARA EFEITOS DE REINCIDÊNCIA, NÃO SE CONSIDERAM OS CRIMES MILITARES PRÓPRIOS E POLÍTICOS.**

#### **ATENÇÃO - A extinção da punibilidade do crime anterior gera reincidência?**

Depende do momento da extinção da punibilidade. Deve-se analisar se ela ocorreu ANTES ou DEPOIS da sentença condenatória transitada em julgado. Se a extinção se dá **antes do trânsito em julgado**, claro que **NÃO gera reincidência**, porque a extinção impede o trânsito em julgado, que é pressuposto da reincidência. Todavia, se a causa extintiva da punibilidade só aparece **DEPOIS do trânsito em julgado**, então **gera SIM reincidência**, porque NÃO impediu a formação do trânsito em julgado, que é pressuposto da reincidência. Ex.: Prescrição da Pretensão Executória, onde se impede a execução da pena, mas NÃO desaparece o trânsito em julgado da sentença condenatória. Sem embargos, há duas **EXCEÇÕES**, em que a extinção da punibilidade ocorre **DEPOIS do trânsito em julgado** e mesmo assim **NÃO gera reincidência**: a) **Anistia**; e b) **Abolitio Criminis**. Nesses dois casos, apagam-se TODOS os efeitos penais da condenação, inclusive a reincidência.

**O perdão judicial gera reincidência?** Também NÃO gera reincidência, porque o art. 120, CP, deixa claro que a sentença que concede o perdão judicial NÃO é considerada para efeitos de reincidência.

Da mesma forma, a **transação penal** firmada em sede de procedimento sumaríssimo não gera reincidência. Na verdade, **servirá apenas para impedir a concessão de novo benefício de transação penal dentro do prazo de 5 anos** (art. 77, §6º, Lei 9.099/95). Assim entendeu o STJ no **HC 24.997/SP**.

<sup>49</sup> Gabarito: A.

Nessa esteira, você deve saber distinguir a reincidência genérica e específica:

REINCIDÊNCIA GENÉRICA	REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA
O agente pratica crimes diferentes. Crime 01 (roubo) Crime 02 (furto)	O agente pratica crimes idênticos. Crime 01 (extorsão) Crime 02 (extorsão)
A reincidência genérica e específica não tem nenhuma implicação na referida agravante. No entanto, há situações em que o reincidente específico recebe tratamento mais gravoso, como por exemplo, o art. 44 §3º veda ao reincidente específico a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e o art. 83, V, que proíbe ao reincidente específico o livramento condicional em crimes hediondos e equiparados.	

Recentemente, o STJ entendeu que 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. AREsp 1.716.664-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 25/08/2021.

No informativo que noticia este julgado, 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.

Por fim, saibam que algumas situações não geram reincidência, como por exemplo: a) sentença condenatória em razão do crime de consumo pessoal de drogas (art. 28); b) sentença absolutória imprópria (que impõe medida de segurança); c) perdão judicial; d) transação penal; e) suspensão condicional do processo.

**CAIU NO TJ-MS – Magistratura Estadual – 2023 – FGV:** Ao elaborar uma sentença condenatória em um processo pela prática de determinado crime, na dosimetria da pena, após haver fixado a pena-base, o juiz verifica que o acusado possui uma condenação anterior transitada em julgado por porte ou posse de droga para consumo pessoal (Art. 28 da Lei nº 11.343/2006), cuja pena aplicada, prestação de serviços à comunidade, fora cumprida três anos antes da prática do delito objeto do processo em julgamento. Diante da situação narrada, deverá o magistrado:

- A) agravar a pena-base, ainda que tenha sido fixada no máximo de pena cominada legalmente ao crime, reconhecendo a reincidência;
- B) manter a pena-base, pois a condenação anterior pelo fato previsto no Art. 28 da Lei nº 11.343/2006 não gera reincidência;
- C) atenuar a pena-base, pois a pena de prestação de serviços à comunidade não produz reincidência;
- D) manter a pena-base, tendo em vista o tempo decorrido entre a extinção da pena aplicada anteriormente e a prática do crime objeto do processo;
- E) atenuar a pena-base, pois o fato previsto no Art. 28 da Lei nº 11.343/2006 é contravenção penal e não gera reincidência.<sup>50</sup>

### CONSEQUÊNCIAS DA REINCIDÊNCIA

Quais são as consequências da reincidência<sup>51</sup>? Vejamos

- a) torna mais gravoso o regime inicial de cumprimento de pena (art. 33, § 2º do CP);
- b) o reincidente em crime doloso não tem direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, II);
- c) o reincidente em crime doloso não tem direito à suspensão condicional da pena – sursis (art. 77, I), salvo se condenado apenas a pena de multa (§ 1º do art. 77);

<sup>50</sup> Gabarito: B.

<sup>51</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O aumento pela reincidência é compatível com a Constituição Federal.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8597a6cfa74defcbde3047c891d78f90>. Acesso em: 19/01/2021.



- d) o réu reincidente não poderá ser beneficiado com o privilégio no furto (art. 155, § 2º), na apropriação indébita (art. 170), no estelionato (art. 171, § 1º) e na receptação (art. 180, § 5º, do CP);
- e) a reincidência impede a concessão da transação penal e da suspensão condicional do processo (arts. 76, § 2º, I e 89, caput da Lei nº 9.099/95);
- f) no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (art. 67 do CP);
- g) influencia no tempo necessário para a concessão do livramento condicional (art. 83);
- h) o prazo da prescrição executória aumenta em 1/3 se o condenado é reincidente (art. 110) (obs.: não influencia na prescrição da pretensão punitiva);
- i) é causa de interrupção da prescrição executória (art. 117, VI);
- j) é causa de revogação do sursis (art. 81, I e § 1º), do livramento condicional (art. 86, I e II, e art. 87) e da reabilitação, se a condenação for a pena que não seja de multa (art. 95).

**CAIU NO I ENAM – 2024 – FGV (Reaplicação):** A execução da pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos poderá ser suspensa desde que o condenado não seja reincidente em crime culposo ou doloso.<sup>54</sup>

Segundo o STJ, a **multirreincidência** revela maior necessidade de repressão e rigor penal, a prevalecer sobre a atenuante da confissão, sendo vedada a compensação integral. Assim, em caso de multirreincidência, como vimos, prevalecerá a agravante e haverá apenas a compensação parcial/proporcional (mas não integral). STJ. 5ª Turma. HC 620640, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 02/02/2021.

#### Observações finais sobre reincidência:

**Como se comprova a reincidência?** Deve ser comprovada por **CERTIDÃO CARTORÁRIA**. Portanto, se a acusação ou o juízo não juntarem aos autos essa certidão, a defesa deve requerer o afastamento da agravante da reincidência. No entanto, o STJ editou a **Súmula 636**, no sentido de que **a FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência**.

**Condenação Passada pode servir como maus antecedentes e reincidência, ao mesmo tempo?** Obviamente NÃO, pois configuraria BIS IN IDEM, de acordo com a **súmula 241, STJ: a reincidência penal NÃO pode ser considerada como agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial**. Nesse caso, **o juiz deve considerar apenas como AGRAVANTE**. Todavia, o magistrado pode utilizar uma condenação anterior distinta como mau antecedente e utilizar outra condenação anterior como reincidência; SÓ NÃO pode usar a mesma condenação anterior como reincidência e como maus antecedentes.

**Qual o patamar de aumento de pena a ser observado em caso de incidência da reincidência?** Em regra, a reincidência, assim como as demais agravantes, observa o patamar de aumento de 1/6 da pena, conforme jurisprudência do STF e do STJ. Para passar de 1/6, o juízo deve apresentar fundamentação idônea. Destarte, **a reincidência plúrima, observada a existência de 5 condenações anteriores, respalda a aplicação da agravante no patamar de 1/2 (STF, AgRg no HC 211.200)**.

<sup>54</sup> Incorreto.



No Tema 1172, o STJ fixou a tese de que a reincidência específica como único fundamento só justifica o agravamento da pena em fração **mais gravosa que 1/6 em casos excepcionais e mediante detalhada fundamentação baseada em dados concretos do caso**. REsp 2.003.716-RS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 25/10/2023 (Tema 1172). (STJ, Inf. 793)

Por fim, no Tema 1208, a Terceira Seção do STJ fixou a tese de que a reincidência pode ser admitida pelo juízo das execuções penais para análise da concessão de benefícios, **ainda que não reconhecida pelo juízo que prolatou a sentença condenatória**. REsp 2.055.920-MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, por maioria, julgado em 17/10/2023, DJe 20/10/2023. (Tema 1208) (STJ, Inf. 792)

**CAIU NO TJ-PR – Magistratura Estadual – 2023 – FGV:** Em ação penal na qual se imputa ao réu a prática do crime de roubo, na modalidade tentada, constam de sua Folha de Antecedentes Criminais as seguintes anotações, devidamente esclarecidas por certidões cartorárias: 1. condenação transitada em julgado, por crime de ameaça, à pena de multa, cumprida 3 anos e 8 meses antes da prática do crime objeto do processo e 2. condenação transitada em julgado, por contravenção penal de exercício ilegal de profissão ou atividade, à pena de prestação pecuniária, cumprida 2 anos e 9 meses antes da prática do crime objeto do processo. À vista das citadas anotações, é correto afirmar que:

- A) ambas as anotações geram reincidência, sendo possível a concessão de suspensão condicional da pena privativa de liberdade aplicada, caso esta não supere os 2 anos e sejam favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais;
- B) ambas as anotações geram reincidência, não sendo possível a concessão de suspensão condicional da pena privativa de liberdade aplicada, mesmo que esta não supere os 2 anos e sejam favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais;
- C) somente a anotação número 1 gera reincidência, sendo possível a concessão de suspensão condicional da pena privativa de liberdade aplicada, caso esta não supere os 2 anos e sejam favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais;
- D) somente a anotação número 1 gera reincidência, não sendo possível a concessão de suspensão condicional da pena privativa de liberdade aplicada, mesmo que esta não supere os 2 anos e sejam favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais;
- E) nenhuma das anotações gera reincidência, sendo possível a concessão de suspensão condicional da pena privativa de liberdade aplicada, caso esta não supere os 2 anos e sejam favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais.<sup>58</sup>

**CAIU NO I ENAM – 2024 – FGV:** Em 2024, Guilherme, Américo, Lucas, Rogério e Vladimir praticaram um crime. De acordo com as informações de antecedentes criminais fornecidas a seguir, assinale a opção que indica qual deles é tecnicamente primário (não reincidente).

- A) Guilherme, enquanto policial militar, foi definitivamente condenado por corrupção passiva prevista no Código Penal Militar e terminou de cumprir a pena no ano de 2023.

<sup>58</sup> Gabarito: C.

B) Américo, na condição de ocupante de cargo político, praticou crime de peculato, tendo sido definitivamente condenado em 2023, sendo que ainda não terminou de cumprir as penas restritivas de direito que lhe foram impostas.

C) Lucas foi definitivamente condenado em 2015, tendo sua pena sido extinta em 2020, pela concessão de indulto pleno. Em 2022, Lucas obteve sua reabilitação.

D) Rogério foi definitivamente condenado em 2023, mas, após o trânsito em julgado de sua condenação, o Juiz reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa.

E) Vladimir foi definitivamente condenado na Espanha, por tráfico de drogas, a uma pena de 6 anos de reclusão, fato ocorrido em 2017 e transitado em julgado em 2018; porém, ainda não cumpriu a pena porque logrou se evadir para o Brasil.<sup>59</sup>

### 3.1.2 Por motivo fútil ou torpe

Trata-se de mais uma agravante genérica, que está prevista no art. 61, II, “a” do CP. Não podemos confundir o motivo fútil com o motivo torpe:

MOTIVO FÚTIL	MOTIVO TORPE
Motivo insignificante, sem muita importância. Ex.: Homem que mata seu amigo porque este não ofereceu a ele uma dose de bebida.	Motivo nojento, que traz repulsa. Ex.: matar os pais para ficar com a herança.

### 3.1.3 Para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime

Essa agravante está prevista no art. 61, II, “b”, do Código Penal. Traduz na conexão entre dois ou mais crimes. O agente pratica um novo crime, para facilitar ou assegurar a execução de outro. Por exemplo, para que ninguém saiba que o agente furtou determinado bem, ele ameaça uma única testemunha que presenciou os fatos.

### 3.1.4 À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido

Tem previsão no art. 61, II, “c” do Código Penal. Neste caso, o agente utiliza-se de traição, dissimulação, ou qualquer outro recurso que dificulte ou torne impossível o direito de defesa do ofendido.

**SE LIGA NA JURIS.** No concurso entre agravantes e atenuantes, **a atenuante da confissão espontânea deve preponderar sobre a agravante da dissimulação**, nos termos do art. 67 do Código Penal.

*“Art. 67. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.”*

STJ. 6ª Turma. HC 557224-PR, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 16/08/2022 (Info 745).<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Gabarito: D.

<sup>60</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A atenuante da confissão espontânea deve preponderar sobre a agravante da dissimulação.** Buscador      Dizer      o      Direito,      Manaus.      Disponível      em:

### 3.1.5 Com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum

Está previsto no art. 61, II, “d” do Código Penal. Entende-se que para caracterizar o meio insidioso (dissimulado), exige-se que o meio não seja notado pela vítima (sub-repticiamente).

### 3.1.6 Contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge

Está previsto no art. 61, II, “e” do Código Penal. Só poderá ser aplicada diante da existência de prova documental da relação de parentesco. Como a lei não mencionou a união estável, entende-se que, em razão da vedação da interpretação *in malam partem*, não se encaixa essa agravante.

### 3.1.7 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

Está previsto no art. 61, II, “f” do Código Penal. Neste caso, a união estável se encaixa nessa espécie de agravante, embora não se encaixe no art. 61, II, “e”, caso o agente aja com abuso de autoridade ou prevalecendo-se das relações doméstica ao praticar violência contra a mulher.

### 3.1.8 Com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão

Tem previsão no art. 61, II, “g” do Código Penal. Cuidado, pois em algumas situações o abuso de poder ou violação ao dever inerente ao cargo pode constituir crime autônomo, como é o caso do art. 325 (violação de sigilo funcional). Neste caso, é importante dizer que não será possível aplicar a referida agravante, sob pena de violação ao princípio do *non bis in idem*.

### 3.1.9 Contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida

Previsto no art. 61, II, “h” do CP. Sobre essa agravante, é importante dizer que o agente deve saber da situação de fragilidade do réu, isso porque não se admite a responsabilidade penal objetiva em nosso ordenamento.

Para o STJ, não se aplica a agravante do art. 61, II, “h”, do CP ao furto praticado aleatoriamente em residência **sem a presença do morador idoso**.

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. *Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena,*

*quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime: h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; STJ. 5ª Turma. HC 593219-SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 25/08/2020 (Info 679).*

### 3.1.10 Quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade

Previsto no art. 61, II, “i” do CP. Neste caso, se o ofendido estava sob proteção imediata da autoridade, a pena será aplicada de maneira mais rigorosa, considerando o destemor do agente em enfrentar a referida situação.

### 3.1.11 Em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido

A previsão legal é no art. 61, II, “j” do CP. Se o agente pratica o crime em situação de incêndio, inundação, ou outra calamidade pública, e até mesmo “desgraça particular do ofendido”, a pena será agravada.

No entanto, o legislador utilizou-se de um conceito jurídico indeterminado, afinal de contas, o que significa “desgraça particular do ofendido”? Assim, somente conseguimos visualizar a possibilidade de incidência da agravante nessa circunstância em casos muito extremos como, por exemplo, uma pessoa que está desmaiada na rua aguardando o socorro e o agente aproveita-se dessa situação para furtar-lhe a carteira.

### 3.1.12 Em estado de embriaguez preordenada

Por fim, segundo o art. 61, II, “l” do CP, o agente terá a pena agravada caso pratique crime em estado de embriaguez preordenada. **Mas o que significa embriaguez preordenada?** Simples. O agente se embriaga para se encorajar a cometer o crime, pois “sóbrio” ele não conseguiria. No entanto, considerando a teoria da *actio libera in causa*, o agente responderá pelo crime cometido e ainda mais agravado.

### 3.1.13 Agravantes no caso de concurso de pessoas

O art. 62 do Código Penal ainda aduz que 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.

## 3.2 CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES

Agora, analisaremos as circunstâncias atenuantes genéricas, que em nossas provas são uma das mais importantes. Inicialmente, elas estão previstas no art. 65 e 66 do Código Penal. Perceba que o art. 65 informa que as circunstâncias atenuantes **SEMPRE** reduzem a pena; por outro lado, o STF entende que se a pena base já estiver fixada no mínimo legal, as atenuantes estarão prejudicadas (contrariando, portanto, a disposição legal e constitucional). Nesse sentido o enunciado de súmula 231 do STJ:

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

Além desse caso, a aplicação da atenuante não irá reduzir a pena quando:

a) **A circunstância já constitui ou privilegia o crime:** busca evitar a dupla valoração. Todavia, Zaffaroni diz que a dupla valoração, no caso, é BENÉFICA, não havendo vedação legal. Portanto, **a presente exceção viola a legalidade.**

b) **Quando em concurso de agravantes e atenuantes, a agravante for preponderante.**

Obs.: **As atenuantes incidem em TODOS os crimes**, sejam eles dolosos, culposos ou preterdolosos. **Diferente, portanto, das agravantes que, em regra, só incidem nos crimes dolosos, com EXCEÇÃO da reincidência** (ressaltando que o STF já vem entendendo pela aplicação das agravantes do art. 61, quando se tratar de crime preterdoloso, sob o argumento de que eles são, em seu fundamento, dolosos).

Vejam as atenuantes previstas no Código Penal:

#### Circunstâncias atenuantes

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.

Agora, analisaremos cada uma individualmente.

#### 3.2.1 Ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença

O legislador entendeu que quem tem menos de 21 anos não tem sua personalidade plenamente formada. Por isso, não teria responsabilidade total, razão pela qual justificaria sua reprimenda em menor patamar. Segundo a jurisprudência, essa é a mais importante das atenuantes (a chamada menoridade relativa). **Cuidado com um detalhe:** com relação ao menor de 21 anos, a idade considerada é a **data do fato**.

No entanto, com relação ao **maior de 70 anos**, considera-se sua idade quando **da prolação da sentença**. É claro que se na data do fato ele já tiver 70 anos, terá direito à atenuante da mesma forma, por razões óbvias. Por outro lado, se na data do fato não tiver os 70, mas até a prolação da sentença este completar os 70 anos, passará a ter o direito à atenuante.

Por fim, importante saber a respeito do Enunciado de súmula 74 do STJ:

**ENUNCIADO Nº 74:** Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.<sup>64</sup>

### 3.2.2 O desconhecimento da lei

Sabemos que o fato de o agente desconhecer a lei não importa em isenção de pena, pois segundo art. 21 do Código Penal o desconhecimento da lei é inescusável.

No entanto, embora seja inescusável, o agente poderá ter sua pena atenuada, caso fique comprovado que não tinha conhecimento da lei penal sobre aquele determinado fato.

### 3.2.3 Ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral

Sobre essa atenuante, precisamos saber a diferença entre motivo de relevante valor **social** e valor **moral**. No entanto, antes de saber tal distinção, não confunda essa atenuante (art. 65, III, a) com a causa de diminuição de pena prevista no art. 121, § 1º do Código Penal, que traz a seguinte redação:

§ 1º Se o agente comete o crime **impelido por motivo de relevante valor social ou moral**, ou **sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima**, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Perceba que, neste caso, há uma **causa de diminuição de pena**, a incidir na terceira fase da dosimetria, além de outros requisitos (ex.: logo em seguida a injusta provocação da vítima).

Agora vamos entender a diferença entre relevante valor social e valor moral.

RELEVANTE VALOR SOCIAL	RELEVANTE VALOR MORAL
O agente age pensando estar em consonância com os anseios da <b>sociedade</b> . Ex.: matar o traidor da pátria.	Neste caso, age o agente de acordo com seus próprios sentimentos, sobretudo relacionados a sentimentos éticos e morais.

<sup>64</sup> Isso tanto para a incidência da atenuante como para a possibilidade de condenação do acusado por crimes como corrupção de menores.





Ex.: eutanásia – matar para aliviar a dor de outro é menos reprovável que matar por matar, por exemplo.

### 3.2.4 Ter o agente 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

Inicialmente, não confunda essa atenuante com o **arrependimento eficaz**, previsto no art. 15 do Código Penal. Nessa atenuante, não se exige eficácia, bastando que o agente procure, por sua espontânea vontade, diminuir ou evitar as consequências da infração.

Além disso, também tenha cuidado para não confundir com o **arrependimento posterior**. Primeiro, o arrependimento posterior é uma causa de diminuição de pena, portanto, deverá incidir na terceira fase da dosimetria da pena, e não na segunda.

Em segundo lugar, o art. 16 do CP, que trata sobre o arrependimento posterior, afirma que nos crimes cometidos **sem violência ou grave ameaça à pessoa**, reparado o dano ou restituída a coisa, **até o recebimento** da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, **a pena será reduzida de um a dois terços**. Portanto, duas conclusões são importantes:

A primeira é que para haver arrependimento posterior o crime não pode ter sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. A segunda é que a reparação ou a restituição da coisa precisa ser até o **recebimento** da denúncia.

Assim, temos o seguinte:

- a) se o agente repara o dano ou restitui a coisa quando pratica um crime com violência ou grave ameaça à pessoa, ele poderá receber a atenuante do art. 65, III, “b” do CP;
- b) se o agente repara o dano ou restitui a coisa quando pratica um **SEM** violência ou grave ameaça à pessoa, mas o faz **APÓS** o recebimento da denúncia, ele poderá receber a atenuante do art. 65, III, “b” do CP.

Desta forma, para que incida o arrependimento posterior, deve-se conjugar as duas situações vistas: **crime SEM violência ou grave ameaça + reparação antes do recebimento da denúncia**.

### 3.2.5 Ter o agente 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

Essa atenuante, trata da coação resistível, tanto moral como física. Lembre-se que se a coação for irresistível, não haverá crime, em razão da exclusão da culpabilidade prevista no art. 22 do Código Penal.

No tocante à ordem de superior hierárquico, trata-se de ordem emanada de funcionário público, onde exista hierarquia. É necessária que a ordem seja manifestamente ilegal, pois se for “não manifestamente ilegal”, não haverá isenção de pena por parte do subordinado (art. 22 do CP).

### 3.2.6 Ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime

Trata-se, sem dúvidas, de uma das mais importantes atenuantes para a nossa prova. A confissão pode ser realizada tanto na fase policial, perante o delegado de polícia, como na fase judicial, perante o juiz.

Importante ter conhecimento sobre o Enunciado de Súmula 545 do STJ, isso porque 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.

**Enunciado 630-STJ:** 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.** Aprovada em 24/04/2019.

Veremos agora, de maneira breve, os tipos de confissões.

TIPOS DE CONFISSÕES	
CONFISSÃO SIMPLES	O agente apenas confessa a prática delituosa.
CONFISSÃO COMPLEXA	O agente reconhece a prática de mais de um delito.
CONFISSÃO QUALIFICADA	Apesar do réu reconhecer a prática do crime, alega excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Neste caso, em razão da súmula 545 do STJ: <i>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.</i>
CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL	É aquela feita <b>fora</b> do curso do processo judicial. É válida!
CONFISSÃO JUDICIAL	Realizada <b>em juízo</b> , e geralmente ocorre durante o interrogatório.

Em relação à confissão extrajudicial, é importante destacar que em 2024 o STJ fixou importante tese acerca da sua admissibilidade. Vejamos:

1: A confissão extrajudicial **SOMENTE será admissível no processo judicial se feita formalmente e de maneira documentada**, dentro de um estabelecimento estatal público e oficial. Tais garantias **não podem ser renunciadas pelo interrogado e, se alguma delas não for cumprida, a prova será inadmissível.** A inadmissibilidade permanece mesmo que a acusação tente introduzir a confissão extrajudicial no processo por outros meios de prova (como, por exemplo, o testemunho do policial que a colheu).

2: A **confissão extrajudicial admissível** pode servir **APENAS** como meio de **obtenção de provas**, indicando à polícia ou ao Ministério Público possíveis fontes de provas na investigação, mas **não pode embasar a sentença condenatória**.

3: A confissão **judicial**, em princípio, é, obviamente, **lícita**. Todavia, para a condenação, apenas será considerada a confissão que encontre algum sustento nas demais provas, tudo à luz do art. 197 do CPP.

STJ. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2123334 - MG (2022/0137982-5). Relator. Min. Ribeiro Dantas. S3 - TERCEIRA SEÇÃO. Data do Julgamento 20/06/2024. DJE 02/07/2024.

Nesse contexto, o relator em questão explanou que “ao condenar o acusado confesso, o **juiz sentenciante precisa indicar provas para cada um dos elementos essenciais do crime** (conduta, materialidade e autoria) **que a corroborem, segundo o rigoroso standard probatório do processo penal**. Diferentemente, se a confissão for o único de comprovação de qualquer elemento do crime, será IMPOSSÍVEL a condenação do réu. Essa é a interpretação adequada dos arts. 155, 156, 158, 197 e 200 do CPP, com a aplicação do critério da corroboração sem desconsiderar as perspectivas atomista e holística, ambas com seus momentos de incidência próprios.”

Reforçou-se, ainda, que mesmo que sejam eventualmente descumpridos os requisitos de validade ou admissibilidade, qualquer tipo de confissão (judicial ou extrajudicial, retratada ou não) confere ao réu **o direito à atenuante respectiva** (art. 65, III, "d", do CP) em caso de condenação, ainda que o juízo sentenciante não utilize a confissão como um dos fundamentos da sentença.

Ademais, modulou-se os efeitos dessa decisão para fatos ocorridos a partir do primeiro dia após a publicação do acórdão no DJe, isto é, após 02/07/2024.

Obs.: **No caso de confissão qualificada, qual deve ser a fração de diminuição da pena decorrente do reconhecimento da atenuante?** A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o aumento para cada agravante ou de diminuição para cada atenuante deve ser realizado em 1/6 da pena-base, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar concretamente fundamentado. **No presente caso, em razão da confissão ter sido qualificada e não ter se prestado para a elucidação dos fatos, justificada a redução da pena em fração inferior a 1/6** (STJ, AgRg no Ag em REsp 2.231.252).

**CUIDADO** - CONFISSÃO PARCIAL ≠ CONFISSÃO DE CRIME DIVERSO: Veja agora uma situação um pouco diferente: acusado por roubo confessa em juízo a subtração do bem, mas diz que o fez sem violência ou ameaça. **Neste caso, o juiz deverá aplicar a atenuante da confissão espontânea?**

**NÃO**. O fato de o denunciado por roubo ter confessado a subtração do bem, negando, porém, o emprego de violência ou grave ameaça, é circunstância que não enseja a aplicação da atenuante da confissão espontânea. **Isso porque a atenuante da confissão espontânea pressupõe que o réu reconheça a autoria do fato típico que lhe é imputado**. Ocorre que, no caso, o réu admite o crime de furto, mas não o de roubo.

Nesse caso, em que se nega a prática do tipo penal apontado na peça acusatória, não é possível o reconhecimento da circunstância atenuante (Informativo 569 do STJ).

**Em Julho de 2022**, no REsp 1972098, em decisão unânime que alterou sua jurisprudência, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou a tese de que o réu terá direito à diminuição da pena pela confissão sempre que houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, como prevê o **artigo 65, inciso III, "d", do Código Penal – independentemente de a confissão ser usada pelo juiz como um dos fundamentos da condenação, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada.**

“Em decisão unânime que alterou sua jurisprudência, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou a tese de que o réu terá direito à diminuição da pena pela confissão sempre que houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, como prevê o **artigo 65, inciso III, "d", do Código Penal** – independentemente de a confissão ser usada pelo juiz como um dos fundamentos da condenação, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada.

Com a nova orientação, o colegiado negou provimento ao recurso especial em que o Ministério Público de Santa Catarina (MPSC) sustentava que um homem condenado por roubo não teria direito à atenuação de pena concedida pelo tribunal de origem, pois o juiz não considerou sua confissão na sentença.

O MPSC baseou seu entendimento na Súmula 545 do STJ, a qual dispõe que o réu fará jus à atenuante quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador; portanto, para o órgão de acusação, se a confissão não é utilizada pelo juiz, o réu não tem esse direito.

O ministro Ribeiro Dantas, relator do recurso, afirmou que viola o princípio da legalidade condicionar a redução da pena à citação expressa da confissão na sentença, como razão decisória, principalmente porque o direito concedido ao réu sem ressalvas na lei não pode ficar sujeito ao arbítrio do julgador.

### **Segundo o Código Penal, a confissão sempre atenua a pena**

O relator observou que, embora alguns julgados do STJ tenham adotado a posição defendida pelo MPSC, eles não têm amparo em nenhum dos precedentes geradores da Súmula 545, os quais não ordenaram a exclusão da atenuante quando a confissão não for empregada na motivação da sentença. "Até porque esse tema não foi apreciado quando da formação do enunciado sumular", disse o ministro.

Ribeiro Dantas destacou que o artigo 65, inciso III, "d", do Código Penal estabeleceu que a confissão é uma das circunstâncias que "sempre atenuam a pena", de modo que o direito subjetivo à diminuição surge no momento em que o réu confessa (momento constitutivo), e não quando o juiz cita sua confissão na sentença condenatória (momento meramente declaratório).

De acordo com o ministro, a súmula buscou ampliar essa garantia de atenuação em casos de confissão parcial ou mesmo de retratação da confissão – que anteriormente eram controversos –, motivo pelo qual é incabível a interpretação sugerida pelo MPSC, que impõe uma condição não prevista no texto legal.



### Atenuante da confissão é diferente de delação premiada

Ao contrário da colaboração e da delação premiadas, observou o relator, a atenuante da confissão não se fundamenta nos efeitos ou facilidades que a admissão dos fatos pelo réu eventualmente traga para a investigação do crime, mas, sim, no senso de responsabilidade pessoal do acusado – a única pessoa que pode decidir sobre a confissão.

Segundo Dantas, o legislador, se quisesse, "poderia, tranquilamente, limitar a atenuação da pena aos casos em que a confissão gerasse um ganho prático à apuração do crime, como fez nos casos de colaboração e delação premiadas".

### Juiz não pode desconsiderar a confissão

Sobre a eventual existência de outras provas da culpa do acusado ou mesmo sobre a hipótese de prisão em flagrante, o ministro considerou que tais circunstâncias não autorizam o julgador a recusar a atenuação da pena, especialmente porque a confissão, por ser espécie única de prova, corrobora objetivamente as demais.

No entender do relator, é contraditório que o Estado quebre a confiança depositada pelo acusado na lei penal, ao garantir a atenuação da pena, estimulando-o a confessar, para depois desconsiderar esse ato no processo judicial. Afinal, a decisão pela confissão é ponderada pelo réu a partir do confronto entre a diminuição de suas chances de absolvição e a expectativa de redução da reprimenda, apontou.

"Por tudo isso, o réu fará jus à atenuante do artigo 65, inciso III, 'd', do CP quando houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória", concluiu o ministro.

**IMPORTANTE:** De acordo com o STF, o juiz-presidente do Tribunal do Júri, ao elaborar a sentença, pode reconhecer a atenuante da confissão ainda que esta **não tenha sido debatida no Plenário** (o réu confessou, mas nem a defesa nem a acusação pediram que fosse reconhecida esta circunstância). Veja o que diz o art. 492:

*Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: I – no caso de condenação: b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;<sup>67</sup>*

Com efeito, em relação aos jurados, vige a íntima convicção, razão pela qual não há como saber qual o grau de influência que uma atenuante, como a confissão espontânea, produziu nos julgadores. Por isso, o STJ já consolidou o entendimento de que, **no julgamento realizado perante o Tribunal do Júri, considerando a dificuldade em se concluir pela utilização pelos jurados da confissão espontânea para justificar a condenação, é suficiente que a tese defensiva tenha sido debatida em Plenário, seja arguida pela defesa técnica ou alegada pelo réu em seu depoimento, para fins de seu reconhecimento (AgRg no AREsp 1.754.440/MT).**

<sup>67</sup> Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2015/01/10-temas-importantes-sobre-confissao.html>



No mesmo sentido, recentemente o STJ concluiu que, no julgamento perante o Tribunal do Júri, no qual a íntima convicção dos jurados não se revela exteriormente de maneira fundamentada, não é possível avaliar diretamente qual o peso atribuído pelos julgadores às declarações do acusado. **Nesse contexto, revela-se adequada a redução da pena, pela incidência da atenuante da confissão espontânea, ao menos no patamar de 1/6 (AgRg no AREsp 2.102.375/MS).**

De acordo com o STJ, é possível compensar a **atenuante da confissão espontânea** (art. 65, III, "d", do CP) **com a agravante da promessa de recompensa** (art. 62, IV). STJ. 5ª Turma. HC 318594-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 16/2/2016 (Info 577).<sup>68</sup>

O que fazer quando há uma agravante e uma atenuante? Neste caso, como procede o magistrado para encontrar o cálculo correto?

O art. 67 do Código Penal aduz que no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas **circunstâncias preponderantes**, entendendo-se como tais as que resultam dos **motivos** determinantes do crime, da **personalidade** do agente e da **reincidência**. Então, se o julgador estiver diante da reincidência (agravante) e da confissão (atenuante), o que deve acontecer?

Sobre esse tema, ainda há divergência:

Para o STJ, é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a **compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não**. Todavia, nos casos de **multirreincidência**, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. STJ. 3ª Seção. REsp 1.931.145-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em **22/06/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 585)**

O STF, no entanto, tem posicionamento mais gravoso. Para a Corte, a teor do disposto no art. 67 do Código Penal, **a circunstância agravante da reincidência, como preponderante, prevalece sobre a confissão**. (STF. 2ª Turma. RHC 120677, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18/03/2014)

Em resumo:

STJ	STF
Em regra, reincidência e confissão se COMPENSAM.	A agravante da REINCIDÊNCIA prevalece.

<sup>68</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da promessa de recompensa**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c3e0c62ee91db8dc7382bde7419bb573>. Acesso em: 19/01/2021.



Exceção: se o réu for multirreincidente ou reincidente específico, casos em que prevalecerá a reincidência.<sup>69</sup>

**CAIU NO TJ-ES – Magistratura Estadual – 2023 – FGV:** Ao proferir uma sentença condenatória em uma ação penal, o juiz vislumbra que o réu confessou em juízo a autoria do delito e que constam em sua folha de antecedentes criminais duas anotações, assinalando condenações anteriores definitivas à prática do crime objeto do processo, cujas penas foram cumpridas um e quatro anos antes, respectivamente, do cometimento do crime em julgamento.

Diante da situação narrada, deverá o magistrado.

- A) Atenuar a pena-base, na segunda fase da dosimetria da pena, fazendo prevalecer a atenuante da confissão espontânea sobre a agravante da reincidência;
- B) manter a pena-base, na segunda fase da dosimetria da pena, compensando integralmente a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea;
- C) agravar a pena-base, na segunda fase da dosimetria da pena, fazendo prevalecer a agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea;
- D) agravar a pena-base, na segunda fase da dosimetria da pena, fazendo prevalecer a agravante da reincidência e compensando a atenuante da confissão espontânea com uma das anotações criminais geradora de reincidência;
- E) fixar a pena-base acima do mínimo legal cominado ao crime, reconhecendo os maus antecedentes, e, na fase seguinte da dosimetria, manter a pena, compensando integralmente a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.<sup>70</sup>

### 3.2.7 Ter o agente cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou

Caso o agente tenha praticado a infração sob a influência de multidão, desde que não tenha provocado, terá sua pena atenuada. O legislador entendeu que, nestes casos, o agente age por impulso.

### 3.2.8 Atenuante inominada

O art. 66 do Código Penal informa que a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. Com base nesse dispositivo, a depender do caso concreto, é possível que o juiz reconheça a teoria da **coculpabilidade** como sendo uma atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal. Nesse sentido, a 5ª Turma do STJ no HC 411.243/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 07/12/2017.

Destaque-se que a atenuante inominada pode também ser denominada de “**clemência**”.

<sup>69</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Reincidência x confissão: qual das duas prepondera?**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7c9d0b1f96aebd7b5eca8c3edaa19ebb>. Acesso em: 19/01/2021.

<sup>70</sup> Gabarito: D.

Obs.: O fato de o réu ter bons antecedentes pode ser considerado como uma atenuante inominada do art. 66 do CP? De acordo com o STJ, NÃO. Não caracteriza circunstância relevante anterior ao crime (art. 66 do CP) o fato de o condenado possuir bons antecedentes criminais. Isso porque os antecedentes criminais são analisados na 1ª fase da dosimetria da pena, na fixação da pena-base, considerando que se trata de uma circunstância judicial do art. 59 do CP (Informativo 569).

#### 4. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA (CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E AUMENTO)

Chegamos na última fase da dosimetria da pena.

Nessa fase, o magistrado deve considerar as causas de diminuição e aumento de pena. Importante dizer que essas causas não estão presentes em um único rol. Ao contrário, estão previstas tanto na parte geral como na parte especial. Por exemplo, a tentativa (art.41, II), o arrependimento posterior (art. 16), o tráfico privilegiado (§ 4º do art. 32, Lei de Drogas), o furto privilegiado (art. 155, § 2º) e o homicídio privilegiado (art. 121, § 1º), todas são hipóteses de causas de diminuição de pena. Outras previstas na Parte Geral do Código Penal, outras previstas na Parte Especial do CP, outras previstas em leis extravagantes.

Chamo sua atenção para um fato importante: é possível que, com a aplicação das causas de aumento ou de diminuição de pena, a pena possa ser reduzida abaixo ou acima do mínimo legal? Sim, é possível. Como vimos, na primeira e na segunda fase da dosimetria, isso não é possível.

Diferente das atenuantes e agravantes, as causas de diminuição e aumento já trazem o *quantum* exato. Veja, por exemplo, o art. 121, § 1º do Código Penal.

Art. 121.

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

No entanto, caso haja concurso de várias causas de aumento, ou várias causas de diminuição, o que deve fazer o magistrado?

Para isso, o art. 68 do Código Penal, em seu parágrafo único, traz a seguinte regra:

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte ESPECIAL, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, **prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua**<sup>71</sup>.

**CAIU NO TJ-SP – Magistratura Estadual – 2024 – VUNESP:** No caso de réu condenado por roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes, na fixação da pena, em relação ao aumento pelas majorantes, é correto afirmar:

<sup>71</sup> Prevalece que quando se fala em parte especial, o dispositivo também se refere à legislação penal extravagante.

- A) deve-se, em qualquer hipótese, aplicar os dois aumentos.  
B) deve-se, em qualquer hipótese, aplicar a que menos aumente a pena.  
C) pode-se aplicar somente a que mais aumente a pena.  
D) pode-se aplicar a que menos aumenta a pena.<sup>72</sup>

Vamos fazer uma tabela para ficar melhor a compreensão:

CONCURSO DE CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO		
2 CAUSAS DE AUMENTO	1 da parte geral e outra da parte especial	Ambas incidem
2 CAUSAS DE DIMINUIÇÃO	1 da parte geral e outra da parte especial	Ambas incidem
1 CAUSA DE AUMENTO E 1 CAUSA DE DIMINUIÇÃO	1 da parte geral e outra da parte especial	Ambas incidem
2 CAUSAS DE AUMENTO OU 2 CAUSAS DE DIMINUIÇÃO	Ambas na parte especial	Pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, <b>prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.</b>

Atentem-se ainda que, com relação ao estudo das causas de aumento e diminuição, podem aparecer em prova as seguintes expressões:

Concurso homogêneo	Há apenas causas de aumento OU diminuição a incidir (alternativos). Quando há duas causas de aumento, o juiz deve aplicar as duas causas de aumento. <b>Tanto o primeiro quanto o segundo aumento devem incidir sobre a pena intermediária, isto é, o segundo aumento NÃO pode incidir sobre a pena já aumentada pela primeira causa.</b> Esse é o <b>PRINCÍPIO DA INCIDÊNCIA ISOLADA</b> . Por sua vez, quando há duas causas de diminuição, o juiz deve aplicar as duas causas de diminuição. Mas nesse caso, <b>a segunda diminuição recairá sobre a pena já diminuída pela primeira causa.</b> Aplica-se, portanto, o <b>PRINCÍPIO DA INCIDÊNCIA CUMULATIVA</b> (já que a aplicação do princípio da incidência isolada aqui poderia resultar em pena igual a zero).
Concurso heterogêneo	Diferente do anterior, aqui há tanto causa de aumento quanto de diminuição a incidir (cumulativos). Quando há uma causa de aumento E uma causa de diminuição, o juiz deve aplicar <b>AMBAS as causas</b> , seguindo o <b>PRINCÍPIO DA INCIDÊNCIA CUMULATIVA</b> , ou seja, o juiz <b>primeiro aplica a causa de aumento sobre a pena intermediária e depois aplica a causa de diminuição sobre a pena aumentada, e não sobre a pena intermediária.</b>

<sup>72</sup> Gabarito: C.



**DE OLHO NA DOCTRINA<sup>73</sup>:** "Concurso entre causas de aumento e de diminuição: todas as causas de aumento e de diminuição previstas na Parte Geral do Código Penal devem ser aplicadas, sem possibilidade de compensação. Aplicam-se, ainda, todas as causas de aumento ou diminuição previstas na Parte Geral em confronto com a Especial. Entretanto, as previstas na Parte Especial podem concorrer entre si, admitindo compensação da seguinte forma: tratando-se de duas ou mais causas de aumento ou duas ou mais causas de diminuição, o juiz pode aplicar a mais ampla delas ou todas. Ex.: no crime de incêndio (art. 250), tendo sido praticado com o intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio (§ 1.º, com aumento de 1/3) e tendo causado lesão grave para a vítima (art. 258, com aumento de metade), o juiz pode aplicar as duas causas de aumento ou somente a mais grave. Se iguais, qualquer delas. Parece-nos que a medida do julgador para aplicar ambos os aumentos (ou diminuições) ou somente a mais ampla (ou maior) deve concentrar-se no elemento subjetivo do agente. No exemplo supra do incêndio, o motivo do agente era alcançar vantagem pecuniária em proveito próprio; quanto ao resultado qualificador, em que medida se deu a sua culpa é o que se precisa analisar (culpa grave, leve ou levíssima). Se houver culpa grave, aplicam-se os dois aumentos. Se houver culpa leve, apenas o mais amplo, ou seja, a metade. Em legislação especial, dá-se a aplicação do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, valendo-se da analogia *in bonam partem*. Desse modo, no concurso dos aumentos possíveis, previstos nos arts. 19 e 20 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), pode o juiz aumentar a pena duas vezes, ou apenas uma, dependendo do caso concreto. (...)." (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 529-530). (grifos no original).

Para o STJ, o deslocamento da **MAJORANTE SOBEJANTE<sup>74</sup>** 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. De forma que havendo pluralidade de causas de aumento de pena e sendo apenas uma delas empregada na terceira fase, **as demais podem ser utilizadas nas demais etapas da dosimetria da pena**. Exemplo: Camila foi condenada pela prática do crime de roubo circunstanciado com o reconhecimento de três causas de aumento de pena (art. 157, § 2º, II, V e VII). O juiz pode empregar a majorante do inciso II (concurso de agentes) na terceira fase da dosimetria e utilizar as outras na primeira fase como circunstâncias judiciais negativas. STJ. 3ª Seção. HC 463.434-MT, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 25/11/2020 (Info 684).<sup>75</sup>

**SE LIGA NA JURIS.** Pessoal, a causa de aumento de pena não pode ser reconhecida de ofício, pelo juiz, na sentença, conforme entendimento dos Tribunais Superiores:

**"RECURSO ESPECIAL. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADES DE TELECOMUNICAÇÃO. ART. 183 DA LEI 9.472/1997. CAUSA DE AUMENTO APLICADA NA SENTENÇA SEM A CORRESPONDENTE DESCRIÇÃO NA PEÇA ACUSATÓRIA. AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DO SUPOSTO DANO CAUSADO A TERCEIRO NA DENÚNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PENA REMANESCENTE ESTABELECIDO EM 2 (DOIS) ANOS DE DETENÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. 1.**

<sup>73</sup> Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/causas-de-diminuicao-e-de-aumento-de-pena/concurso-de-causas-de-aumento-ou-de-diminuicao-de-pena>. Acesso em 19/01/2021.

<sup>74</sup> Sobejar significa aquilo que sobra, que está em excesso. Ex: majorante que não pode ser usada na terceira fase da dosimetria, poderá ser usada, segundo o STJ, na primeira fase (circunstâncias judiciais), sem que isso importe em violação ao sistema dosimétrico. É também utilizada a expressão SOBRESSALANTE.

<sup>75</sup> Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2021/02/info-684-stj-resumido.pdf>. Acesso em 25 de fevereiro de 2021.



*O princípio da correlação entre acusação e sentença, também chamado de princípio da congruência, representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, visto que assegura a não condenação do acusado por fatos não descritos na peça acusatória, é dizer, o réu sempre terá a oportunidade de refutar a acusação, exercendo plenamente o contraditório e a ampla defesa. 2. A causa de aumento de pena deve estar devidamente descrita na denúncia ou no aditamento à denúncia para que possa ser reconhecida pelo juiz na sentença condenatória, sob pena de cerceamento de defesa. 3. No caso dos autos, a despeito de ter sido aplicada a causa de aumento prevista no preceito secundário do art. 182 da Lei nº 9.472/97, percebe-se da denúncia que em nenhum momento foi narrado o suposto dano causado pela conduta dos recorrentes, evidenciando a violação ao princípio da correlação. 4. Considerando a pena estabelecida, após a exclusão da causa de aumento, verifica-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, visto que transcorridos mais de 4 (quatro) anos desde a publicação da sentença condenatória. 5. Recurso provido para excluir a causa de aumento fixada na sentença, declarando a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. (STJ - REsp: 1193929 RJ 2010/0086244-7, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 27/11/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/12/2012)"*

Registre-se que o art. 68 do Código Penal afirma que a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 do Código Penal; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. Ou seja, traz a adoção do sistema trifásico que acabamos de estudar.

Por fim, o art. 387, IV do CPP prevê que o juiz, ao proferir sentença condenatória fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. A previsão da indenização contida no inciso IV do art. 387 surgiu com a Lei nº 11.719/2008.

Pergunta-se: se o crime ocorreu antes da Lei e foi sentenciado após a sua vigência, pode ser aplicado o dispositivo e fixado o valor mínimo de reparação dos danos? Para o STJ, NÃO.

A regra do art. 387, inciso IV, do CPP, que dispõe sobre a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, é norma híbrida, de direito processual e material, razão pela que não se aplica a delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo. STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1.206.643/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 12/02/2015. STF. Plenário. RvC 5437/RO, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/12/2014 (Info 772).

O STF já decidiu que a sentença ou acórdão penal condenatório, ao fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração (art. 387, IV, do CPP), poderá condenar o réu ao pagamento de **danos morais coletivos**. STF. 2ª Turma. AP 1002/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 9/6/2020 (Info 981).

E **agosto de 2023**, a 5ª Turma do STJ alinhou-se à 6ª Turma, passando a entender que para fixação de indenização mínima por danos morais, nos termos do art. 387, IV, do CPP, **não se exige instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de sofrimento da vítima, bastando que conste pedido expresso na inicial acusatória, garantia suficiente ao exercício do contraditório e da ampla defesa.** AgRg no REsp 2.029.732-

MS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 22/8/2023, DJe 25/8/2023. (STJ, Inf. 784).

## ENUNCIADOS DE SÚMULA IMPORTANTES SOBRE O TEMA

### DOSIMETRIA DA PENA

**Súmula 171-STJ:** Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa.

**Súmula 231-STJ:** A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal

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

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

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

**Súmula 636-STJ:** A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência. **Aprovada em 26/06/2019, DJe 27/06/2019.**

**CAIU NO I ENAM – 2024 – FGV (Reaplicação):** Na fixação da pena, o juiz não poderá, em qualquer hipótese ou fase da dosimetria, aplicá-la abaixo do mínimo legal abstratamente previsto, sob pena de nulidade da decisão por violação ao princípio da legalidade.<sup>76</sup>

### REGIME INICIAL

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

**Súmula 718-STF:** 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-STF:** A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

**Súmula 440-STJ:** 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.

<sup>76</sup> Incorreto.



**CAIU NO TJDF – Magistratura Estadual – 2023 – CEBRASPE:** Marcos, reincidente, foi preso em flagrante pelo crime de roubo e condenado a cumprir pena privativa de liberdade de quatro anos de reclusão. Em relação a essa situação hipotética, assinale a opção correta.

- A) Marcos poderá iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto, uma vez presentes os requisitos para a concessão do benefício.
- B) O regime inicial de cumprimento da pena deve ser definido considerando-se apenas o quantum da pena aplicada.
- C) Ainda no início do cumprimento da pena em regime fechado, Marcos poderá ser liberado para trabalho externo.
- D) Caso alcance o direito ao trabalho externo, Marcos perderá tal direito apenas se cometer novo crime ainda no decorrer do cumprimento da pena.
- E) Tratando-se de roubo, crime hediondo, é obrigatória a fixação do regime fechado.<sup>77</sup>

## 5. REABILITAÇÃO

O instituto da reabilitação está previsto nos artigos 93, 94 e 95 do CP e também é muito importante para fins de prova.

Segundo Juarez Cirino, a **reabilitação** “é providência judicial suspensiva de determinados efeitos da sentença condenatória – que podem, eventualmente, ser restabelecidos –, e não causa de extinção desses efeitos, como as causas de extinção da punibilidade (entre as quais constava, na legislação penal anterior), que produzem efeitos irreversíveis”.<sup>83</sup>

### CAPÍTULO VII DA REABILITAÇÃO Reabilitação

Art. 93 - A **reabilitação** alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o **sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação**.

Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

O art. 94 do CP estabelece que o pedido de reabilitação pressupõe alguns requisitos, entre eles a reparação do dano, ou comprovação de impossibilidade absoluta de reparação, ou renúncia da vítima, ou novação da dívida (art. 94, I-III, CP) e, além disso, exige decurso de 2 anos em relação a cada uma das seguintes hipóteses: a) de extinção da pena (por qualquer causa), ou do término de sua execução, computado o tempo de suspensão ou de livramento condicional não revogados; b) de efetivo domicílio no país; c) de efetiva demonstração permanente de bom comportamento público e privado.

<sup>77</sup> Gabarito: A.

<sup>83</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed. - Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 560.



Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, **decorridos 2 anos** do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:

I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;

II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;

III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

**CAIU NO I ENAM – 2024 – FGV (Reaplicação):** A condenação anterior não é computada para fins de reincidência se entre a data do cumprimento ou de extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, excluindo-se o período de prova da suspensão ou do livramento condicional.<sup>84</sup>

Pertinente lembrar que caso a reabilitação seja negada, ela poderá ser requerida novamente, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com **novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários**.

Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

No que diz respeito à **revogação** da reabilitação, o art. 95 do CP estabelece que esta será revogada, de **ofício** ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.

Art. 95 - A reabilitação será **revogada**, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que **não seja de multa**.

**CAIU NO TJ-MS – Magistratura Estadual – 2023 – FGV:** Marx foi condenado à pena de reclusão de quatro anos pela prática de corrupção passiva, bem como foi decretada a perda de seu cargo público. Sua pena foi extinta em outubro de 2020. Em seguida, Marx se mudou para a Áustria, local de residência de seus pais. Em novembro de 2022, retornou ao Brasil com a pretensão de realizar novo concurso público, o que o motivou a requerer a sua reabilitação. Diante desses fatos, é correto afirmar que:

A) a reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação relativos à perda do cargo público, sendo possível a reintegração de Marx na situação anterior;

<sup>84</sup> Incorreto.



B) a reabilitação deverá ser indeferida, uma vez que para ser requerida é necessário o decurso de cinco anos do dia em que foi extinta a pena, o que não ocorreu;

C) o fato de Marx ter se mudado para a Áustria o impede de ter a reabilitação deferida em novembro de 2022, em razão da ausência de domicílio no Brasil;

D) poderá haver deferimento da reabilitação na hipótese de Marx ter ressarcido o dano causado pelo crime e desde que tenha dado, durante o período de dois anos, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;

E) a reabilitação eventualmente deferida poderá ser revogada caso Marx seja condenado, por decisão definitiva, à pena privativa de liberdade ou de multa.<sup>85</sup>

**CAIU NO TJ-SP – Magistratura Estadual – 2023 – VUNESP:** Quais são os efeitos da reabilitação e condições para seu requerimento?

A) Sigilo dos registros do processo e condenação, devendo ser requerida no prazo de 2 (dois) anos da extinção da pena, acarretando a reintegração do condenado ao cargo, função pública ou mandato eletivo.

B) Sigilo dos registros do processo e condenação, sem interferência no prazo de 02 (dois) anos do dia que julgada extinta, por sentença, a pena imposta.

C) Sigilo dos registros do processo e da condenação, devendo ser requerida no prazo de 02 (dois) anos da data da extinção ou cumprimento da pena, sob pena de preclusão.

D) Sigilo dos registros do processo e condenação, e decurso do prazo de 02 (dois) anos do dia em que extinta ou cumprida a pena.<sup>86</sup>

### JURISPRUDÊNCIA IMPORTANTE SOBRE DOSIMETRIA DA PENA

Os atos infracionais podem ser valorados negativamente na circunstância judicial referente à personalidade do agente? Para a 5ª e 6ª Turmas do STJ, os atos infracionais **não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco podem ser utilizados para caracterizar personalidade voltada para a prática de crimes ou má conduta social**. Há impropriedade na majoração da pena-base pela consideração negativa da personalidade do agente em razão da prévia prática de atos infracionais, pois é impossível exacerbar a reprimenda criminal com base em passagens pela Vara da Infância. STJ. 5ª Turma. HC 499987/SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 30/05/2019. STJ. 6ª Turma. REsp 1702051/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 06/03/2018.

REGISTRO DE ATOS INFRACIONAIS PRETÉRITOS PODEM SER UTILIZADOS CONTRA O INVESTIGADO/ACUSADO? <sup>87</sup>	
Dosimetria: <b>NÃO</b>	Atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco podem ser utilizados para caracterizar personalidade voltada para a prática de crimes ou má conduta social.

<sup>85</sup> Gabarito: C.

<sup>86</sup> Gabarito: D.

<sup>87</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Os atos infracionais não podem ser valorados negativamente na dosimetria da pena**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/806a19775027cf2f84c129d410ce1c8a>>. Acesso em: 22/08/2021

	STJ. 5ª Turma. HC 499.987/SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 30/05/2019.
<b>Reincidência: NÃO</b>	Atos infracionais pretéritos não se prestam a configurar reincidência. STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 1665758/RO, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 19/05/2020.  <b>OBS:</b> O histórico de ato infracional pode ser considerado para afastar a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei nº 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. STJ. EREsp 1916596-SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Rel. Ac. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 08/09/2021 (Info 712).  O STF possui a mesma posição? Para o STF, a existência de atos infracionais pode servir para afastar o benefício do § 4º do art. 33 da LD? <b>1ª Turma do STF: SIM.</b> RHC 190434 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 23/08/2021. <b>2ª Turma do STF: NÃO.</b> STF. 2ª Turma. HC 202574 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 17/08/2021. <sup>88</sup>
<b>Decretar prisão preventiva: SIM</b>	Anotações de atos infracionais podem ser utilizadas para amparar juízo concreto e cautelar de risco de reiteração delitiva, de modo a justificar a necessidade e adequação da prisão preventiva. STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 572.617/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 09/06/2020.
<b>Negar tráfico privilegiado: SIM</b>	O registro de atos infracionais pode justificar a negativa da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (tráfico privilegiado), por indicar a dedicação do réu à prática delituosa. STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 573.149/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 02/06/2020.
<b>Negar o princípio da insignificância: SIM</b>	Não se mostra possível reconhecer um reduzido grau de reprovabilidade na conduta de quem, de forma reiterada, comete habitualmente atos infracionais. STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 1550027/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26/05/2020.

Outra importante decisão foi a proferida no EAREsp 1311636/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2019, em que se entendeu **que as condenações anteriores transitadas em julgado não podem ser utilizadas como personalidade ou conduta social desfavorável.**

A leitura da ementa é recomendável:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMISSÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO DE JANEIRO COMO *AMICUS CURIAE*: DESNECESSIDADE. DOSIMETRIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DE MAUS ANTECEDENTES

<sup>88</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O histórico infracional é suficiente para afastar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006?. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ec79d4bed810ed64267d169b0d37373e>>. Acesso em: 15/07/2023



E DA PERSONALIDADE. RÉU QUE OSTENTA MÚLTIPLAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DECOTE DA VETORIAL PERSONALIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. O *amicus curiae* atua, no processo, como um verdadeiro colaborador da justiça, cuja intervenção se justifica na necessidade de se abrir o diálogo jurídico à sociedade, haja vista a existência de questões que ultrapassam os interesses meramente das partes. Possibilita-se, outrossim, o debate não apenas jurídico, mas também metajurídico, qualificando-se as informações dos autos, a fim de contribuir para decisões com maior legitimidade democrática, por meio de um processo cooperativo. Sua admissão no processo penal (art. 3º do CPP), no entanto, a par dos requisitos descritos no art. 138 do CPC/2015 (relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia), é pautada fundamentalmente na sua aptidão de contribuir para a elucidação do tema objeto de controvérsia, tendo em conta sua expertise e/ou experiência no campo de atuação relacionado à questão analisada no bojo do processo, sem descurar da necessidade de manutenção da paridade de armas, de maneira a não agravar a situação processual do réu. Não se revela útil a admissão de outro Ministério Público estadual como *amicus curiae* se a instituição já se encontra suficientemente representada pelo Ministério Público estadual que deu início à ação penal e figura como recorrido nos embargos de divergência, bem como pelo Ministério Público Federal, ambos com possibilidade de se manifestar nos autos e fazer uso da palavra por ocasião do julgamento, tanto mais quando a única contribuição referente ao mérito da controvérsia trazida pelo pretense interveniente foi a citação de precedentes desta Corte sobre o tema, o que não configura argumentação inédita apta a trazer uma nova luz sobre a questão. De outro lado e tendo em conta que a instituição do Ministério Público é una, nada impede o acompanhamento da questão pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em reforço à interpretação defendida pela acusação, mas sempre em colaboração com o Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul, ora recorrido. 2. **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. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte.** 3. 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). Já a circunstância judicial dos antecedentes se presta eminentemente à análise da folha criminal do réu, momento em que eventual histórico de múltiplas condenações definitivas pode, a critério do julgador, ser



valorado de forma mais enfática, o que, por si só, já demonstra a desnecessidade de se valorar negativamente outras condenações definitivas nos vetores personalidade e conduta social. 4. Havendo uma circunstância judicial específica destinada à valoração dos antecedentes criminais do réu, revela-se desnecessária e "inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente" (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017). Tal diretriz passou a ser acolhida mais recentemente pela colenda Sexta Turma deste Tribunal: REsp 1760972/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 04/12/2018 e HC 472.654/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019. Uniformização jurisprudencial consolidada. 5. *In casu*, a condenação imposta ao recorrente aumentou sua pena-base acima do mínimo legal, valorando, indevidamente, tanto no delito de lesão corporal (129, § 9º, do Código Penal) quanto no de ameaça (art. 147, CP), sua personalidade e seus maus antecedentes com base em diferentes condenações criminais transitadas em julgado. 6. Extirpada a vetorial da personalidade, na primeira fase da dosimetria, remanesce ainda, em ambos os delitos, a vetorial "antecedentes criminais", o que justifica a elevação da pena-base acima do mínimo legal. 7. Embargos de divergência providos, para, reformando o acórdão recorrido, dar provimento ao agravo regimental do réu e, por consequência, conhecer de seu agravo e dar provimento a seu recurso especial, reduzindo, as penas impostas ao recorrente na proporção do aumento indevidamente atribuído ao vetor "personalidade", na primeira fase da dosimetria. (EAREsp 1311636/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2019, DJe 26/04/2019)

Também precisamos ficar atentos à decisão proferida no REsp 1760972/MG, julgado em 08/11/2018. Nesse Recurso Especial, o STJ entendeu que a utilização de condenações com trânsito em julgado anteriores para negatar 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 nº 7.209/1984, especificou os critérios referentes ao autor, **desmembrando a conduta social e a personalidade dos antecedentes**. 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 negatar não só o vetor antecedentes, como também a conduta social e a personalidade. **Por outro lado, em atenção ao princípio da individualização das penas, hoje as condenações com trânsito em julgado não podem servir como fundamento para a negatização da conduta social.**

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59 DO CP. NEGATIVAÇÃO DA CONDUTA SOCIAL COM BASE EM CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO. 1. **A utilização de condenações com trânsito em julgado anteriores para negatar 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. 2. 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 negativar não só o vetor antecedentes, como também a conduta social e a personalidade. Mudança de orientação no âmbito da Quinta Turma. 3. Em atenção ao princípio da individualização das penas, as condenações com trânsito em julgado não podem servir como fundamento para a negatificação da conduta social. 4. *In casu*, prevaleceu na origem a negatificação da conduta social com base na condenação anterior com trânsito em julgado. Conforme a nova compreensão adotada, é necessário afastar a negatificação dessa circunstância judicial, prevalecendo, assim, no ponto, o voto divergente proferido na origem. 5. Afastada a negatificação da conduta social, fixa-se a pena em 6 anos e 6 meses de reclusão, mantendo-se, no entanto, a pena de multa imposta na origem por configurar reformatio in pejus a alteração da pena de multa proposta no voto divergente do julgamento da apelação. 6. Recurso especial provido a fim de redimensionar a pena imposta ao recorrente para 6 anos e 6 meses de reclusão pela prática da conduta descrita no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, mantidos os demais termos da condenação. (REsp 1760972/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 04/12/2018)

Também é importante sabermos, que no HC 411.243/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 07/12/2017, o STJ entendeu que **é possível, a depender do caso concreto, que o juiz reconheça a teoria da coculpabilidade como sendo uma atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal**. STJ. 5ª Turma. HC 411.243/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 07/12/2017.

(...). A atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal pode se valer da teoria da coculpabilidade como embasamento, pois trata-se de previsão genérica, que permite ao magistrado considerar qualquer fato relevante - anterior ou posterior à prática da conduta delitiva - mesmo que não expressamente previsto em lei, para reduzir a sanção imposta ao réu; 2. No caso destes autos não há elementos pré-constituídos que permitam afirmar que a conduta criminosa decorreu, ao menos em parte, de negligência estatal, de modo que a aplicação do benefício pleiteado depende de aprofundado exame dos fatos e provas coligidos ao longo da instrução para que se modifique o entendimento da Corte de origem acerca da inaplicabilidade da atenuante. Tal providência, porém, não se coaduna com os estreitos limites do habeas corpus. 3. Habeas corpus não conhecido. (HC 411.243/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 19/12/2017)



Por fim, outro julgado importante foi o decidido no REsp 1563169-DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 10/3/2016 (Info 580). O STJ, nesse recurso especial, entendeu que a incidência da agravante do art. 62, I, do Código Penal é compatível com a autoria intelectual do delito (mandante). Assim, o mandante poderá responder pela agravante do inciso I do art. 62 do CP, mas isso nem sempre acontecerá, dependendo das circunstâncias do caso concreto. STJ. 5ª Turma. REsp 1563169-DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 10/3/2016 (Info 580).

PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO (ART. 121, § 2º, I E IV, C/C O ART. 14, II, E 29, TODOS DO CÓDIGO PENAL). NULIDADE NA ELABORAÇÃO DE QUESITO. INEXISTÊNCIA. DIMINUIÇÃO PELA TENTATIVA. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AGRAVANTE DO ART. 62, I, DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA PARA O MANDANTE DO DELITO. AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE, EM TESE. INEXISTÊNCIA, TODAVIA, NO CASO CONCRETO, DE MOTIVAÇÃO CONCRETA DIVERSA DA UTILIZADA PARA A CONDENAÇÃO OU AUMENTO DA PENA-BASE. DECOTE DA AGRAVANTE QUE SE MOSTRA NECESSÁRIO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Da simples leitura do acórdão constata-se a ausência de ofensa ao art. 482, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Os quesitos foram redigidos em proposições simples, de maneira clara, com menção aos fatos delineados na sentença de pronúncia e relativos à participação do acusado na empreitada criminosa (se concorreu para o crime prometendo recompensa para que terceira pessoa efetuasse disparo de arma de fogo contra a vítima). 2. Entenderam as instâncias ordinárias que o executor percorreu todo o iter criminis, apontado a arma para a cabeça da vítima e a atingindo em região de alta letalidade (face), só não se consumando o crime por circunstâncias alheias à sua vontade. 3. O exame do iter criminis percorrido pelo agente para o fim de se determinar a correção ou não do percentual de redução da pena pela tentativa, por implicar o reexame do acervo-fático probatório dos autos, é vedado no âmbito do recurso especial, por força da Súmula 7/STJ. Precedentes. 4. Mostra-se devido o aumento na pena-base quando apontados elementos concretos que evidenciam a desfavorabilidade de uma ou mais circunstâncias judiciais. No caso concreto, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal pois foram consideradas negativas a culpabilidade e as consequências do crime. 5. **A maior reprovabilidade da conduta, evidenciada pela existência de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, não justifica a elevação desproporcional da pena-base. Assim, faz-se necessário, excepcionalmente, reduzir a reprimenda, na primeira fase, em observância ao princípio da proporcionalidade.** 6. **Em princípio, não é incompatível a incidência da agravante do art. 62, I, do Código Penal com autoria intelectual do delito (mandante).** 7. **No caso concreto, todavia, o acórdão recorrido não apontou elementos concretos suficientes para caracterizar a referida circunstância agravadora, que não aspectos relativos aos próprios fatos pelos quais o ora recorrente fora condenado ou situações já indicadas para elevar a pena-base.** 8. Recurso Especial



conhecido e parcialmente provido. (REsp 1563169/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 28/03/2016).

É isso, pessoal. Grande abraço.