

## DOSIMETRIA DA PENA: CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A DESPROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA

Rony Roberto José Martins

### RESUMO

A dosimetria da pena é um ato discricionário do julgador. Porém, é necessário apego a critérios ideais para a fixação da pena-base e provisória, já que o legislador não trouxe um quantum definido para estas duas primeiras etapas do sistema dosimétrico. Por isso mesmo, é necessário o estudo desses critérios que a doutrina e a jurisprudência vêm ao logo do tempo aprimorando-os, fazendo uma análise crítica que contribua para o desenvolvimento da matéria. Para tanto, é necessário, ainda, demonstrar distorções na aplicação de tais critérios em cotejo com os princípios da individualização da pena, da hierarquia das fases e da proporcionalidade.

Palavras-chave: Dosimetria da pena. Pena-base. Critérios ideais. Princípios da dosimetria da pena. Pena provisória. Desproporcionalidades. Discricionariedade do julgador.

### ABSTRACT

The dosimetry of the penalty is a discretionary act of the judge. However, it is necessary to adhere to ideal criteria for setting the base and provisional penalty, since the legislator did not bring a definite quantum to these first two steps of the dosimetric system. For this reason, it is necessary to study these criteria as doctrine and jurisprudence have been improving them over time, making a critical analysis that contributes to the development of the subject. To this end, it is also necessary to demonstrate distortions in the application of such criteria in comparison with the principles of the individualization of the sentence, the hierarchy of the phases and proportionality.

Keywords: Dosimetry of the feather. Base penalty. Ideal criteria. Principles of feather dosimetry. Provisional penalty. Disproportionate. Judge's discretion.

# 1. INTRODUÇÃO

Para a correta fixação da pena, o julgador precisa fazer uso de critérios que o orientam a aplicar a pena em um determinado quantum. Não são critérios rígidos, mas têm grande aplicabilidade para a maioria dos casos em concreto.

No entanto, a utilização errônea desses critérios pode criar distorções para o sistema trifásico frente aos princípios basilares que regem a dosimetria da pena. Por isso, o presente artigo objetiva a investigação de critérios ideais para a fixação da pena-base e seus possíveis reflexos para a fixação da pena intermediária ou provisória quando há elementos que podem incidir em fases distintas, como ocorre, por exemplo, com a reincidência e os antecedentes criminais.

Nesses casos, o julgador deve ter o cuidado de não desvirtuar a hierarquia das fases e, por conseguinte, o sistema trifásico, criando distorções que resultam em aplicação de pena maior para um réu com maus antecedentes do que para o réu reincidente, ou até mesmo quando multirreincidente.

Por isso mesmo, é relevante o estudo desses critérios que os tribunais e a doutrina vêm desenvolvendo para, em seguida, ser analisada uma hipótese de violação ao sistema trifásico e quais as possíveis soluções a jurisprudência adota para superar a questão.

No primeiro tópico será abordado o ponto de partida para a fixação da pena-base em que a doutrina e a jurisprudência, desde os tempos da codificação penal, discutem como iniciar o cálculo dosimétrico.

No segundo tópico será abordado o dever de motivação e da explicitação do raciocínio lógico percorrido pelo julgador para a fixação da pena-base, pois uma motivação obscura pode ocasionar dificuldade na interpretação para as partes e ao próprio Tribunal, em caso de reanálise da matéria.

No terceiro tópico serão estudados os critérios ideais propostos pela doutrina para a fixação da pena-base e adotados pelos Tribunais em seus julgados, confrontando com a discricionariedade regrada do julgador na aplicação da pena.

No quarto tópico, será analisada a possibilidade de ocorrência de concurso entre circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis e o posicionamento dos Tribunais.

Ao final, no último tópico, será analisada a aplicação de um dos métodos para a fixação da pena-base e provisória e qual possível distorção ocorre com a utilização desses critérios para a fixação da pena definitiva, apontando possíveis soluções encontradas pela doutrina e a jurisprudência.

## 2. DO PONTO DE PARTIDA PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE

Segundo o raciocínio lógico do art. 68 do Código Penal - CP, a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59<sup>1</sup> deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

O consagrado método trifásico de aplicação da pena tem por objetivo viabilizar o exercício do direito de defesa, explicando para o réu os parâmetros que conduziram o juiz na determinação da reprimenda<sup>2</sup>.

Desde logo, percebe-se que o Código Penal não trouxe regras matemáticas e tampouco absolutas quanto a fixação da pena-base. Longe disso, o estatuto repressivo apenas expôs regras simples que orientam a atividade jurisdicional no bojo da dosimetria da pena, conferindo ao julgador uma discricionariedade que, por sua vez, revela-se regrada para o seu cálculo<sup>3</sup>.

A doutrina mais tradicional, forte nas lições de Nelson Hungria, entendia que, para o cálculo da pena-base, o julgador deveria partir do termo médio que é obtido por meio da aritmética entre a pena mínima e a máxima abstratamente cominada ao tipo penal incriminador<sup>4</sup>. Com isso, se a maioria das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP fossem favoráveis ao réu, a pena-base deveria ser fixada próximo ao mínimo legal. Caso contrário, se a maioria das circunstâncias judiciais fossem desfavoráveis, a pena-base seria fixada próximo à pena máxima em abstrato. Conclusão idêntica também chegou Roberto Lyra<sup>5</sup>.

Contrariando o pensamento de tais autores, Gilberto Ferreira se opõe ao modelo de fixação da pena-base a partir de um termo médio, pois, segundo o autor, cada vez que houver um equilíbrio entre as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis, a pena-base será sempre aquela que seria escolhida como parâmetro inicial, seja o termo médio, seja a pena mínima<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Código Penal, art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

<sup>2</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 4ª. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 413.

<sup>3</sup> Costa Machado, 2015, p. 118.

<sup>4</sup> Apud FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 64.

<sup>5</sup> Apud FERREIRA, 1998, p. 64.

<sup>6</sup> Ibidem, 1998, p. 64.

Com isso, o referido autor quis demonstrar que a depender do modelo adotado pelo julgador como ponto de partida para a fixação da pena, seja a pena mínima, seja o termo médio, a pena-base seria sempre fixada no quantum inicialmente escolhido, caso houvesse um equilíbrio entre as circunstâncias favoráveis e as desfavoráveis. Nesse sentido, o autor conclui que a utilização do termo médio como ponto de partida, conforme a proposta da doutrina tradicional, causaria prejuízo ao réu, posto que a pena-base inevitavelmente seria fixada naquele ponto inicial escolhido pelo julgador, caso ocorresse um equilíbrio entre circunstâncias favoráveis e circunstâncias desfavoráveis ao réu. O mesmo ocorreria caso o julgador adotasse a pena mínima como ponto de partida, porém este último seria, segundo o autor, o modelo mais benéfico ao réu, pois a pena-base não seria afastada do seu mínimo<sup>7</sup>.

Entretanto, deve-se ponderar que o referido autor utilizou o método de compensação entre quatro circunstâncias favoráveis e quatro circunstâncias desfavoráveis para assim chegar a referida conclusão.

Sídio Rosa de Mesquita Júnior, negando a possibilidade de um concurso entre as circunstâncias judiciais (favoráveis e desfavoráveis), assevera que o julgador não está compelido a iniciar o cálculo da pena-base pela pena mínima em abstrato e tampouco pelo termo médio. Também não haveria óbice caso o julgador preferir iniciar o cálculo pela pena máxima em abstrato e ir reduzindo-a na medida em as circunstâncias fossem consideradas favoráveis, pois, para o autor, independentemente de onde se inicie o cálculo, obter-se-á o mesmo resultado<sup>8</sup>.

Ricardo Augusto Schmitt, por outro lado, entende que o critério do termo médio é absolutamente descabido por estar a margem de qualquer fundamento legal. Isso porque a pena-base, segundo o autor, deverá ser fixada a partir da pena mínima abstratamente prevista para o tipo penal incriminador e somente poderá ser exasperada em caso de reconhecimento de circunstância judicial valorada pelo julgador como desfavorável (ou negativa) para o agente<sup>9</sup>.

Avançando-se nesse dilema doutrinário, a jurisprudência, tanto dos Tribunais Superiores quanto a do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), consolidaram o entendimento no mesmo sentido da doutrina mais moderna. Isto porque, a fixação da pena-base acima do mínimo legal requer fundamentação idônea, não sendo razoável a utilização de parâmetros que impliquem no recrudescimento da pena sem que haja motivação adequada para tanto. Veja-se os seguintes julgados:

[...] 2. A quantidade da pena-base, fixada na primeira fase do critério trifásico (CP, arts. 68 e 59, II), não pode ser aplicada a partir da média

<sup>7</sup> *Ibidem*, 1998, p. 65.

<sup>8</sup> MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Execução Criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos*. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 295.

<sup>9</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática*. 13ª. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 178.

dos extremos da pena cominada para, em seguida, considerar as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu, porque este critério não se harmoniza com o princípio da individualização da pena, por implicar num agravamento prévio (entre o mínimo e a média) sem qualquer fundamentação. O Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo. Na fixação da pena-base o Juiz deve partir do mínimo cominado, sendo dispensada a fundamentação apenas quando a pena-base é fixada no mínimo legal; quando superior, deve ser fundamentada à luz das circunstâncias judiciais previstas no caput do art. 59 do Código Penal, de exame obrigatório. Precedentes. 3. Habeas-corpus deferido em parte para anular o acórdão impugnado e, em consequência, a sentença da Juíza Presidente do Tribunal do Júri, somente na parte em que fixaram a pena, e determinar que outra sentença seja prolatada nesta parte, devidamente fundamentada, mantida a decisão do Conselho de Sentença.

(STF - HC: 76196 GO, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 29/09/1998, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 15-12-2000 PP-00062 EMENT VOL-02016-03 PP-00448);

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. FIXAÇÃO DA PENA. NULIDADE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. INOBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. PRECEDENTES. 1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena fundando-se, tão-somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, e inobservando o critério trifásico, de forma desordenada e em fases aleatórias. Precedentes desta Corte Superior. [...]

(HC 96.395/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 14/04/2008);

ESTUPRO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS - PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - REDUÇÃO DA PENA - IMPOSSIBILIDADE - CULPABILIDADE - PERSONALIDADE DO AGENTE - CONSEQUÊNCIAS DO CRIME - CORRETA VALORAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA. 1) - Correta a sentença que exaspera a pena-base em decorrência de 03 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado. (...) 5) - Recurso conhecido e desprovido.

(Acórdão n.448524, 20030510012433APR, Relator: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, Revisor: LEILA ARLANCH, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 16/09/2010, Publicado no DJE: 15/10/2010. Pág.: 214). (Grifou-se)

Logo, vê-se que, para a jurisprudência, importa muito por onde é iniciado o cálculo da pena-base, seja porque poderia o julgador chegar a um quantum diverso,

a depender do ponto de partida ou do parâmetro adotado, seja porque é necessária motivação idônea para que a pena-base seja afastada da pena mínima legalmente prevista.

Nesse contexto da doutrina mais moderna e da jurisprudência, se todas as circunstâncias judiciais operadoras do art. 59 forem favoráveis ao réu, a pena-base deve ficar no mínimo previsto. Caso contrário, se algumas circunstâncias forem desfavoráveis, deve afastar-se do mínimo. Portanto, o cálculo da pena deve iniciar a partir do limite mínimo e só, excepcionalmente, quando as circunstâncias judiciais revelarem especial gravidade, se justificaria a fixação da pena-base além do mínimo legal<sup>10</sup>.

Nessa perspectiva, para a doutrina majoritária e também para a jurisprudência, apresenta-se, pois, desacertada a criação de qualquer parâmetro inicial de aplicação da pena, a não ser aquele em que se inicia a partir do mínimo legal, sobretudo quando cotejado no aspecto da estrita legalidade<sup>11</sup>.

### 3. DO DEVER DE MOTIVAÇÃO E DA EXPLICITAÇÃO DO RACIOCÍNIO LÓGICO PERCORRIDO PELO JULGADOR PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE

A atividade jurisdicional, principalmente no que tange a aplicação da pena, deve estar sempre pautada no primado da legalidade. Impõe-se, com isso, que a discricionariedade do magistrado seja sempre fundamentada e motivada para que seja atendida a dupla finalidade da sanção penal em concomitância ao seu caráter ressocializador<sup>12</sup>.

Gilberto Ferreira ensina que não basta que o magistrado pronuncie quais as circunstâncias que o levaram a fixar a pena-base. É necessário, ainda, que o magistrado diga qual a exata valoração que cada circunstância judicial valorada incidiu para a exasperação da pena-base, não só para obedecer ao disposto no art. 93, inciso IX, da CF/88, mas, sobretudo, para demonstrar ao réu e também ao Tribunal, em caso de reapreciação da matéria, qual a exata quantidade de pena atribuída a cada circunstância judicial<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte Geral*. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1705.

<sup>11</sup> JORGE, Mário Helton. *Aplicação da pena: erros de atividade e de julgamento e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/artigos/artigo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>12</sup> MARCRON, Bruno; MARCÃO, Renato Flávio, acesso em 06 de setembro de 2019, <<http://revistajustitia.com.br/artigos/c199x5.pdf>>, p. 08.

<sup>13</sup> FERREIRA, 1998, p. 66.

Ocorre que a praxe forense contraria o que se vem buscando através da doutrina, na medida em que há omissão do patamar de aumento atribuído para cada circunstância judicial negativa, ou seja, a quantificação de cada uma delas de forma individualizada<sup>14</sup>. Toma-se, como exemplo, o seguinte trecho de sentença penal<sup>15</sup>:

[...] A culpabilidade, aqui entendida pelo grau de reprovabilidade da conduta do agente, é inerente ao tipo. O réu possui três condenações definitivas por fatos anteriores (fls. 28, 30, 32). Utilizo a condenação de fl. 28 para valorar os maus antecedentes; e as demais na fase seguinte. Não há, nos autos, elementos negativos em relação a sua conduta social e personalidade. O motivo do delito é inerente ao tipo. As circunstâncias do crime não apresentaram peculiaridades além daquelas esperadas para o tipo. O crime gerou as consequências ordinárias à espécie delictiva. A circunstância relativa ao comportamento da vítima é neutra e não pode ser computada em seu favor porque se trata do Estado. Em atenção à disposição contida no art. 42 da Lei nº 11.343/06, observo que a quantidade da droga apreendida (mais de 2kg de maconha) fundamenta a exasperação da pena-base. Assim sendo, considerando os antecedentes e a circunstância judicial acima desfavoráveis, fixo a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão, além de 700 (setecentos) dias-multa. [...] (Grifou-se)

Mesmo que se afirme que o raciocínio lógico percorrido pelo julgador esteja correto e que ao final a pena-base foi devidamente fixada naquele quantitativo, a d. sentença carece de fundamentação em relação ao quantum de aumento dado para cada uma das circunstâncias judiciais valoradas negativamente. Mais grave se torna o fato se observado que a Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) possui rito próprio e estabelece, no seu art. 42, que na dosimetria da pena a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente preponderam sobre as demais circunstâncias previstas no art. 59 do CP<sup>16</sup>.

Ora, se o julgador, na hipótese supracitada, valorou os antecedentes e a quantidade da substância apreendida, sendo que esta última prepondera sobre as demais circunstâncias presentes, ou seja, sobre os antecedentes, e ao final a pena-base foi exasperada em dois anos além da pena mínima prevista para o tipo, perfazendo o total de sete anos, qual é a exata fração de aumento dada para cada circunstância valorada?

No entanto, ainda que não haja impedimento legal para tanto, a doutrina mais moderna tende a não permitir que o julgador exponha de maneira concreta o patamar

<sup>14</sup> Cabe esclarecer que na pena-base o quantum de aumento é obtido por meio do patamar de elevação da pena-base e pela forma de incidência (se sobre a pena mínima ou se sobre o intervalo da pena em abstrato). Tais fatores serão devidamente detalhados em tópico próprio.

<sup>15</sup> Processo nº 2018.01.1.023403-3, 4ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal, disponibilizado no DJE em 7 de maio de 2019, pág. 1.084.

<sup>16</sup> ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Legislação Penal Especial. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 321.

de aumento por ele adotado, tampouco admite que exponha onde seria aplicada esta fração, se sobre a pena mínima ou se sobre o intervalo da pena abstratamente cominada. Schmitt, por exemplo, aponta que na fixação da pena-base o juiz não deve fazer constar no seu julgado o patamar de valoração e a forma de incidência. Isto porque, diversamente do que ocorre na terceira etapa de dosimetria da pena, inexistem nas duas primeiras fases valores fracionários previamente definidos em lei e, portanto, o julgador não poderia fazê-lo constar na fundamentação para fixação da pena-base por ausência de previsão legal nesse sentido. Para Schmitt, a revelação do patamar de valoração eleito e a forma de sua aplicação se dará naturalmente ao destinatário da sanção penal na fixação da pena-base<sup>17</sup>.

Entretanto, é possível verificar que em determinados casos é impossível avaliar qual o parâmetro adotado pelo julgador, principalmente quando há circunstâncias judiciais preponderantes previstas na legislação extravagante ou, ainda, quando o julgador adota um modelo diferente daqueles em que a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais majoritariamente adotam ou, ainda, nos casos em que o julgador não veja necessidade de aplicar a pena próximo ao patamar tido como ideal.

Nesse contexto, em caso de reapreciação da matéria, tanto as partes quanto os Tribunais não enxergariam o norte escolhido pelo julgador e, inevitavelmente, estes comparariam o resultado encontrado pelo julgador de piso com os parâmetros que são majoritariamente utilizados. Com isso, a decisão anterior poderá sofrer modificações tão somente por não ter sido possível enxergar o parâmetro escolhido pelo Juízo a quo. É o que ocorre, por exemplo, com a sentença penal supra colacionada.

Mesquita Júnior, na mesma linha, sustenta que o juiz deve motivar a consideração de uma circunstância como desfavorável, mas ele não está obrigado a dizer o quantum considerado para cada circunstância valorada negativamente. Para o autor, deve ser evitado que, na sentença, o juiz traga, por exemplo, 1 ano, 6 meses e 12 dias, pois, segundo explica, nesse caso o juiz deixaria transparecer a ideia de um critério matemático, pois transformaria o subjetivo em objetivo e, assim, ocorreria a nulidade de sua decisão<sup>18</sup>.

Apesar das ponderações de Mesquita Júnior, que a adoção de um critério matemático geraria nulidade da decisão, somada às orientações prestadas por Schmitt, que o juiz não deve fazer constar no seu julgado o patamar de valoração e a forma de incidência, como citado alhures, a jurisprudência, especificamente a dos Tribunais locais e em especial a do eg. TJDF, não trata a exposição do patamar e a forma de sua incidência pelo julgador como adoção de um critério puramente matemático, menos ainda como causa de nulidade da decisão. Isto fica claro nos acórdãos, seja quando o Tribunal atua em reapreciação da matéria, seja quando o mesmo atua como instância condenatória após recurso do órgão ministerial contra sentença absolutória, senão veja:

<sup>17</sup> SCHMITT, 2019, p. 206.

<sup>18</sup> MESQUITA JÚNIOR, 2014, p. 296



PENAL. ROUBO COM CONCURSO DE PESSOAS. PROA SATISFATÓRIA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. CORREÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. DESCONTO PELA NEUTRALIDADE DA CONDUTA SOCIAL. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. 1 Réu condenado por infringir o artigo 157, § 2º, inciso I e II, do Código Penal, depois de, com ajuda de comparsa subtrair os bens de um homem que caminhava na rua, intimidando-o mediante grave ameaça. 2 A folha penal do réu não autoriza a análise negativa da conduta social, na primeira fase da dosimetria da pena, servindo apenas à configuração de maus antecedentes. 3 Não há critério definitivo para a delimitação da pena-base, sempre sujeita à discricionariedade do Juiz, dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, reputando-se correto o critério que aumento da pena-base em até um oitavo, incidente sobre a diferença entre a pena mínima e máxima em abstrato por cada moduladora desfavorável. 4 Apelação parcialmente provida.

(Acórdão 1201341, 20161510039210APR, Relator: GEORGE LOPES, Revisor: CRUZ MACEDO, 1ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 5/9/2019, publicado no DJE: 18/9/2019. Pág.: 157-171). (Grifou-se)

Ora, é o próprio Schmitt quem colaciona julgados do c. Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>19</sup> os quais determinam que “cabará às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, estabelecer a pena ideal, enquanto aos Tribunais Superiores, no exame da dosimetria da pena em grau recursal, competirá o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrarias, nas frações de acréscimos empregadas pelo julgador”<sup>20</sup>.

Em momento algum os tribunais suscitam que a adoção pelo julgador de critérios para a fixação da pena-base ou mesmo para a fixação da pena provisória provocaria a nulidade da decisão, como citam aqueles que defendem que o julgador não poderia deixar transparecer os critérios por ele adotados na dosimetria. Aliás, os julgados conceituam como critério objetivo-subjetivo a junção da discricionariedade do julgador e a aplicação critérios objetivos, dando a entender que o julgador poderá sim adotar critérios matemáticos, não havendo obstrução ao exercício da sua discricionariedade na avaliação do caso concreto, para tanto. Veja-se:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. MOTIVO TORPE. RECURSO DE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. FEMINICÍDIO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. QUALIFICADORAS COMPROVADAS. DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. NÃO OCORRÊNCIA. ERRO OU INJUSTIÇA NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA PENA. DOSIMETRIA. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. CRITÉRIO OBJETIVO-SUBJETIVO DA

<sup>19</sup> STF, RHC 118367/RR, e HC 109713/RR. No mesmo sentido, HC 445194/SP.

<sup>20</sup> SCHMITT, 2019, p. 204.

FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TENTATIVA. FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. MANUTENÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...). 5. Na individualização da pena, observa-se a discricionariedade regrada, sendo amplamente aceito pela jurisprudência o critério de aumento de 1/8 (um oitavo) do intervalo entre a pena mínima e a máxima, para cada circunstância judicial valorada negativamente. 6. Em que pese a ausência de previsão legal do quantum de redução ou aumento de pena decorrente da presença de atenuantes ou agravantes genéricas, a doutrina majoritária e a jurisprudência desta Corte sugerem a fração de 1/6 (um sexto), referente ao patamar fixado na primeira fase. (...). 8. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(Acórdão 1197630, 20171410048222APR, Relator: WALDIR LEÔNIO LOPES JÚNIOR, Revisor: SEBASTIÃO COELHO, 3ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 29/8/2019, publicado no DJE: 2/9/2019. Pág.: 306/313). (Grifou-se)

Se o julgador de primeira instância assim estivesse desautorizado, também estariam os Tribunais de Justiça desautorizados a fazer constá-los nos seus acórdãos, ainda quando atuem reapreciando a matéria após recurso das partes. Seria inconcebível permitir que os Tribunais de Justiça aplicassem a técnica em seus acórdãos, sendo defeso aos Juízes de primeira instância fazê-lo, já que as instâncias ordinárias, segundo o STF, têm o mesmo objetivo, qual seja, o de estabelecer a pena ideal.

Neste diapasão, Schmitt reconhece que o sistema de dosimetria como o brasileiro, fundado na indeterminação relativa, pode apresentar graves disparidades na aplicação das penas para casos similares, violando-se os princípios da igualdade e da razoabilidade. Tais desproporcionalidades podem, todavia, ser reduzidas mediante a adoção de critérios objetivos, não absolutos, porém proporcionais, pois não é dado ao julgador absoluta liberdade na fixação da pena, porquanto sempre estará vinculado aos ditames legais<sup>21</sup>.

Não se pode perder de vista que entre as oito circunstâncias judiciais a serem avaliadas pelo julgador, umas podem ser consideradas mais aptas a exasperar a pena do que outras, mesmo sendo ambas desfavoráveis ao réu, exigindo-se a aplicação de diferentes patamares para cada uma delas<sup>22</sup>.

Rogério Greco, em lição sobre tratamento igualitário que o judiciário deve prestar às partes, embora não se posicione se seria um dever que o julgador demonstre na fundamentação o parâmetro por ele adotado, aduz que muito além de uma mera determinação constitucional expressa pelo art. 93, inciso IX, a fundamentação do ato decisório afigura-se como um direito das partes, pois “tanto o réu como o Ministério Público devem entender os motivos pelos quais o juiz fixou a pena-base naquela determinada quantidade”<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> SCHMITT, 2019, p. 206.

<sup>22</sup> MENDES JÚNIOR, Cláudio. *Sentença Penal e Dosimetria da Pena: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 155 e 156.

<sup>23</sup> GRECO, 2017, p. 710.

## 4. DO CRITÉRIO IDEAL PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE E A DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO JULGADOR NA APLICAÇÃO DA PENA

A conceituação das circunstâncias judiciais e o âmbito de sua incidência não denota grande dificuldade para o julgador, diferentemente do que ocorre com a tarefa de estabelecer critérios para a fixação da pena-base, posto que a individualização da pena (pode-se entender como o cálculo da pena) está calcada no campo da discricionariedade e, portanto, não está relacionada com a ciência exata por não se curvar a resultados obtidos através de simples operações matemáticas<sup>24</sup>.

No entanto, a criação de critérios orientadores, sobretudo para fixação da pena-base, tornou-se necessária na medida em que se busca segurança jurídica no sistema penal, impondo-se aos Tribunais a adoção de diferentes modelos, porém necessários para a harmonia do sistema trifásico<sup>25</sup>.

A doutrina é unânime ao afirmar que a fixação da pena fica ao prudente arbítrio do julgador. Entretanto, não se pode olvidar que existem parâmetros a serem observados pelo julgador e, portanto, não se trata de apreciação subjetiva pura e simples, embora se admita certa dose de discricionariedade<sup>26</sup>. A utilização de fórmulas matemáticas como parâmetro para a elevação da pena tem por objetivo dar a indispensável transparência ao magistrado e convencer a acusação e a defesa de sua correta dosagem na fixação da pena<sup>27</sup>.

Guilherme de Souza Nucci propõe que a culpabilidade, como forma de apuração do grau de culpa do agente que é, seja vista como gênero do qual emanam as demais circunstâncias enumeradas no art. 59 do CP<sup>28</sup>. E vai mais além, aduz que pelo exame do complexo de normas penais (Código Penal e legislação especial) e dos institutos por elas regradas, o legislador concentrou sua preocupação com os aspectos da personalidade, antecedentes e os motivos, razão pela qual o autor atribui peso maior (peso 2) para estas três circunstâncias como critério de fixação da pena-base, enquanto as demais circunstâncias previstas recebem peso inferior (peso 1)<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> SCHMITT, 2019, p. 173.

<sup>25</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 15ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 425.

<sup>26</sup> JORGE, Mário Helton. Aplicação da pena: erros de atividade e de julgamento e suas consequências. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/artigos/artigo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>27</sup> JORGE, Mário Helton. Aplicação da pena: erros de atividade e de julgamento e suas consequências. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/artigos/artigo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>28</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 190.

<sup>29</sup> Ibidem, p. 191 e 192.

Desse modo, os pontos favoráveis ao acusado são considerados positivos ou neutros, todavia, o positivo tem o condão de anular um ponto negativo (como forma de compensação), enquanto o neutro apenas deixa de contribuir para a formação da culpabilidade e, por conseguinte, para a elevação da pena-base<sup>30</sup>.

No sistema de pesos proposto por Nucci, as sete circunstâncias avaliadas para apurar o grau de culpa (culpabilidade) perfazem o total de 10 pontos e caso todos os pontos fossem desfavoráveis ao sentenciado a pena-base deverá ser fixada no máximo da pena em abstrato, sem prejuízo de uma avaliação mais sensível por parte do julgador, posto que não se trata de um procedimento meramente aritmético<sup>31</sup>.

Logo, no modelo proposto por Nucci, a personalidade, os antecedentes e os motivos seriam capazes de exasperar a pena-base em 1/5 sobre o intervalo da pena abstrato para cada uma dessas três circunstâncias quando valoradas negativamente ao réu, enquanto as demais circunstâncias elevariam a pena em 1/10, apenas, para cada uma delas valoradas negativamente.

Mesquita Júnior, sem se apegar ao sistema de pesos proposto por Nucci, também assevera que a personalidade, os antecedentes e os motivos preponderam sobre as demais, pois, no seu entendimento, o próprio Código Penal no art. 67<sup>32</sup> estabelece que existem circunstâncias mais relevantes do que outras, embora sem grande amparo lógico, reconhece o autor<sup>33</sup>.

Contudo, os Tribunais Superiores, assim como o TJDF, passaram a tratar com absoluta igualdade todas as circunstâncias judiciais enumeradas no estatuto repressivo, conferindo-se a elas o mesmo grau de importância<sup>34</sup>, pois, nas vezes em que o legislador quis atribuir grau de preponderância entre elas assim o fez expressamente, a exemplo da Lei de Drogas (art. 42, da Lei nº 11.343/2006)<sup>35</sup>.

Para Schmitt, é esse tratamento legislativo igualitário entre as oito circunstâncias enumeradas no art. 59 do CP que conduziu a jurisprudência a definir o quantitativo ideal de exasperação da pena-base em 1/8 para cada circunstância judicial valorada negativamente<sup>36</sup>. Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CORRUPÇÃO DE MENOR. DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. INCREMENTO DA PENA-BASE

<sup>30</sup> Ibidem, p. 193.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 193.

<sup>32</sup> Vale destacar que o art. 67, do CP, refere-se como preponderantes as circunstâncias legais (agravantes e atenuantes). No entanto, alguns autores entendem que o mesmo critério pode ser adotado na primeira fase do sistema dosimétrico, dentre eles, Mesquita Júnior e Damásio de Jesus compartilham do mesmo entendimento.

<sup>33</sup> MESQUITA JÚNIOR, 2014, p. 295.

<sup>34</sup> SCHMITT, 2019, p. 196 e 197.

<sup>35</sup> Ibidem, 2019, p. 200.

<sup>36</sup> Ibidem, 2019, p. 200.

EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/8. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, §3º, DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 3. Diante do silêncio do legislador, a jurisprudência passou a reconhecer como critério ideal para individualização da pena na primeira etapa do procedimento dosimétrico o aumento na fração de 1/8 a cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, sendo facultado ao julgador, desde que mediante fundamentação idônea, estabelecer quantum superior. Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça. (...) 7. Writ não conhecido. (HC 422.824/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 05/03/2018); PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VIAS DE FATO. DOSIMETRIA. QUANTUM DE AUMENTO NA 1ª FASE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. 1. A jurisprudência consolidou entendimento de ser um critério razoável para o cálculo da pena-base a modulação em 1/8 (um oitavo) para cada circunstância judicial, aplicado sobre o resultado obtido da diferença entre a pena máxima e mínima cominadas ao crime. Não se cuida de preceito absoluto, mas de parâmetro para a dosimetria da primeira fase da pena. (...). (Acórdão n.1193030, 20180510019190APR, Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 08/08/2019, Publicado no DJE: 20/08/2019. Pág. 109 - 123). (Grifou-se)

Apesar de existir esse patamar ideal para valoração das circunstâncias judiciais, que se revela mutável (relativo), a doutrina de Schmitt propõe que o julgador incida esse quantitativo sobre o intervalo da pena em abstrato ou, ainda, sobre a pena mínima em abstrato, a critério do julgador<sup>37</sup>. Isso porque, no sistema trifásico de aplicação da pena, é necessário que se respeite a hierarquia das fases, pois os elementos que integram a fase seguinte sempre terão um patamar mais elevado que a fase anterior. Significa dizer que os elementos que compõem a pena-base não poderão ter um patamar de valoração superior aos elementos que compõem as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) que, por sua vez, não terão um patamar que seja superior aos elementos que compõem as causas de aumento e de diminuição<sup>38</sup>.

Segundo o autor supramencionado, o objetivo de definir um critério ideal para a fixação da pena-base é para que seja respeitada a hierarquia das fases, não permitindo-se, com isso, diante do caso concreto, que uma circunstância judicial tenha um patamar de elevação superior à de uma circunstância legal, uma vez que há delitos com intervalo de pena em abstrato bastante reduzido e outros com o intervalo de pena

<sup>37</sup> *Ibidem*, 2019, p. 200.

<sup>38</sup> *Ibidem*, 2019, p. 201.

bastante amplo que podem resultar em violação do sistema hierárquico, a depender se o patamar de 1/8 incide sobre a pena mínima ou se sobre o intervalo da pena em abstrato<sup>39</sup>.

Não obstante, ainda que o critério adotado pelos tribunais respeite a hierarquia das fases, exasperar a pena em 1/8 sofre algumas críticas por parte da doutrina. Isso em razão da impossibilidade de utilização da última circunstância elencada no art. 59, do CP (comportamento da vítima) para exasperar a pena-base e, por isso mesmo, deve ser taxada como neutra ou, quando muito, como causa de redução da pena-base se a vítima contribuir para a ocorrência do crime<sup>40</sup>.

Daí surgem diversas correntes doutrinárias. Há aqueles que propõem, na impossibilidade de avaliar o comportamento da vítima em desfavor do réu, que o cômputo a ser atribuído a esta circunstância devesse ser utilizado para elevar o patamar atribuído às circunstâncias ditas como preponderantes, em analogia ao art. 67 do estatuto repressivo. Dentre eles, estão Nucci<sup>41</sup> e Damásio Evangelista de Jesus<sup>42</sup>.

Outros, no entanto, adotam o critério de 1/7 para cada circunstância judicial valorada negativamente, pois não mais existiriam oito circunstâncias judiciais passíveis de influenciar o sistema dosimétrico, mas somente sete, o que conduziria na necessidade de abandonar o critério ideal de 1/8, como lembrado por Schmitt em sua doutrina<sup>43</sup> e também pela jurisprudência, *in verbis*.

APELAÇÃO CRIMINAL - LATROCÍNIO TENTADO - ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - ATIPICIDADE DA CONDUCTA - DOLO EVIDENCIADO - PALAVRA DA VÍTIMA - RELEVO - CRIMES PATRIMONIAIS - DOSIMETRIA - PRIMEIRA FASE - PENA DE MULTA - RAZOABILIDADE - SENTENÇA MANTIDA. (...). 4. Não existe critério matemático definido para a fixação da pena-base, sendo aceito, pela jurisprudência, como razoável, a aplicação tanto da fração de 1/6 (um sexto) sobre a pena mínima para cada circunstância desfavorável, como a aplicação das frações de 1/7 (um sétimo) ou 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima abstratamente previstas para o delito sob julgamento. (...). 6. Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão 1188681, 20180110226343APR, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Revisor: GEORGE LOPES, 1ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 25/7/2019, publicado no DJE: 31/7/2019. Pág.: 116-123). (Grifou-se)

Schmitt, por outro lado, embora admita que na prática são sete as circunstâncias que possam ser valoradas como desfavoráveis ao réu, pondera que isso não

<sup>39</sup> *Ibidem*, 2019, p. 202.

<sup>40</sup> LIMA, Rogério Montai de. *Guia Prático da Sentença Penal Condenatória e Roteiro para o Procedimento no Tribunal do Júri*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 33.

<sup>41</sup> NUCCI, 2014, p. 191.

<sup>42</sup> JESUS, Damásio de. *Código Penal Comentado*. 2016, p. 304.

<sup>43</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática*. 9ª. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 156.

significa que o comportamento da vítima não possa ser analisado pelo julgador. Aliás, para Schmitt, o julgador deve analisar normalmente esta última circunstância judicial, não cabendo o questionamento de que a partir da definição do critério ideal para a dosimetria da pena-base em 1/8 impossibilitaria na fixação da pena-base no máximo da pena prevista em abstrato, diante da impossibilidade de valoração de uma delas<sup>44</sup>.

Isto porque não há um critério absoluto ou rígido, mas sim um sistema de indeterminação relativa, como conceitua o autor, que permite ao juiz sentenciante estabelecer um patamar superior e, até mesmo, inferior ao reputado como ideal, todas as vezes em que o caso concreto assim justificar a adoção de tal medida<sup>45</sup>.

Mesquita Júnior, por sua vez, assevera que o comportamento da vítima deve funcionar por via inversa, eis que todas as demais circunstâncias judiciais provocam certa exasperação, se desfavoráveis. Caso a vítima não tenha contribuído para o delito, considera-se normal (neutra), mas se ela contribuiu, o julgador deverá considerá-la para atenuar a pena na segunda fase da dosimetria (CP, art. 65, inciso III, alínea “c”) ou como causa de diminuição de pena, se prevista em lei<sup>46</sup>. Não obstante a sua análise, o referido autor pactua com a lição de Carvalho Neto <sup>47</sup>que não vê razão lógica para que o comportamento da vítima seja considerado circunstância neutra ou, se muito, favorável ao réu, pois quando o julgador utiliza a pena mínima como ponto de partida para a fixação da pena-base, já considerou que a vítima contribuiu para o delito, ou seja, favorável ao réu<sup>48</sup>.

Apesar da celeuma doutrinária, a jurisprudência é firme no sentido de que o comportamento da vítima não poderá elevar a pena-base, assim como a doutrina tende a sustentar o patamar ideal em 1/8 ainda que o comportamento da vítima não possa ser valorado em desfavor do réu na primeira fase dosimétrica.

Isto porque o que deverá nortear a possibilidade de alteração do quantitativo ideal é a concretude do fato, a gravidade em concreto do delito e as reais condições pessoais do sentenciado. No entanto, a valoração em patamar superior àquele tido como ideal deverá ser explicitada pormenorizadamente pelo julgador e aplicada durante o processo de dosimetria da pena-base, até o patamar de 1/6<sup>49</sup>.

Nesse aspecto, a doutrina majoritariamente vem entendendo que as circunstâncias judiciais não podem ser hipervalorizadas a ponto de seu patamar ultrapassar a 1/6<sup>50</sup>. Há também aqueles que igualmente entendem que não poderiam ser subvalorizadas, aplicando-as em quantitativo aquém de 1/10<sup>51</sup>.

<sup>44</sup> Ibidem, 2019, p. 208.

<sup>45</sup> Ibidem, 2019, p. 208.

<sup>46</sup> MESQUITA JÚNIOR, 2014, p. 304

<sup>47</sup> CARVALHO NETO, Inácio. Aplicação da Pena. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 56.

<sup>48</sup> MESQUITA JÚNIOR, 2014, p. 305.

<sup>49</sup> SCHMITT, 2019, p. 204.

<sup>50</sup> Ibidem, 2019, p. 204.

<sup>51</sup> MESQUITA JÚNIOR, 2014, p. 296.

Schmitt, porém, sustenta que não existe na jurisprudência valor mínimo estipulado para valoração das circunstâncias judiciais, podendo o juiz sentenciante valorá-la bem abaixo do patamar ideal, desde que o faça motivadamente. Todavia, o julgador não poderá deixar de valorar quando presente circunstância desfavorável, sendo obrigado, portanto, a exasperar a pena-base mesmo que em grau mínimo, se justificável assim o for, a depender do caso concreto<sup>52</sup>.

Nesse caso, o quantitativo máximo de 1/6 para cada circunstância judicial advém por dois aspectos. Primeiro, porque decorre da discricionariedade conferida ao julgador para a fixação da pena-base, não podendo o julgador ser tolhido de estabelecer um critério diferenciado quando houver elementos concretos relacionados ao fato delituoso ou ao agente que justifiquem a necessidade de um acréscimo maior da pena<sup>53</sup>.

E segundo, porque a observância da hierarquia das fases não permite que o valor de acréscimo a ser atribuído a uma circunstância judicial possa superar o valor a ser atribuído a uma circunstância agravante, pois a jurisprudência já fixou o patamar ideal de elevação em 1/6 para segunda etapa da dosimetria, sendo este, portanto, o patamar máximo a ser alcançado por uma circunstância judicial negativa<sup>54</sup>.

Portanto, podem receber o patamar de 1/6 quaisquer circunstâncias judiciais que o julgador considere necessário para valorá-la em patamar superior ao tido como o ideal (fração de 1/8), assim como aquelas circunstâncias judiciais que a lei reputa como preponderantes sobre as demais circunstâncias enumeradas no art. 59, do CP, a exemplo da Lei de Drogas. Isto porque uma circunstância judicial preponderante não poderá receber o mesmo tratamento dispensado às demais<sup>55</sup>.

No entanto, Schmitt alerta que o julgador não poderá aplicar um patamar superior às circunstâncias judiciais, ainda que preponderantes, ao patamar que será aplicado posteriormente na segunda fase de dosimetria pela valoração de uma eventual circunstância agravante ou atenuante, pois o seu caráter de preponderância é apenas em relação às demais previstas no art. 59, do CP que não foram classificadas como preponderantes pelo legislador<sup>56</sup>.

## 5. DO CONCURSO ENTRE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS

As circunstâncias judiciais podem, motivadamente, restar classificadas individualmente como favorável ao agente, desfavorável ao agente, ou ainda como neutra, em

<sup>52</sup> SCHMITT, 2019, p. 205.

<sup>53</sup> Ibidem, 2019, p. 204.

<sup>54</sup> Ibidem, 2019, p. 205.

<sup>55</sup> Ibidem, 2019, p. 209.

<sup>56</sup> Ibidem, 2019, p. 209 e 210.



caso de impossibilidade de sua valoração no caso concreto<sup>57</sup>. Nessa lógica, nenhuma circunstância judicial se presume favorável ao agente. Se ausentes elementos concretos à sua valoração, esta deverá ser encarada como neutra<sup>58</sup>.

Nesse aspecto, a doutrina ainda debate se há a possibilidade de compensação entre as circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base.

Para Schmitt, essa possibilidade é inconcebível, pois a pena-base somente poderá ser exasperada do mínimo legal a partir da existência de circunstâncias judiciais que sejam reconhecidas e valoradas como desfavoráveis ao agente. Portanto, para o autor, é a quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis que irá dimensionar o quantum a ser acrescido na pena<sup>59</sup>.

Nesse sentido, para que o sentenciado tenha direito à fixação da pena-base no mínimo legal, não poderá ter contra si circunstância judicial desfavorável. Do contrário, caso concorra somente circunstâncias favoráveis e/ou neutras, o sentenciado fará jus à fixação da pena-base no mínimo legal, pois, somente nessas hipóteses, é que o julgador não terá elementos concretos para justificar o eventual acréscimo de pena<sup>60</sup>.

Portanto, bastará a existência de uma única circunstância judicial valorada negativamente pelo julgador para que a pena-base seja afastada do mínimo legal em abstrato. Com isso, quanto maior a quantidade de circunstâncias judiciais negativas ao agente, maior será o acréscimo de pena<sup>61</sup>.

Schmitt alerta que caso não fosse este o raciocínio, estar-se-ia afirmando que bastaria ao condenado possuir quatro circunstâncias judiciais favoráveis entre as oito existentes para que a pena-base fosse fixada no mínimo legal. Para o autor, as circunstâncias avaliadas como favoráveis ou neutras ao agente apenas limitam a atividade do julgador, autorizando a fixação da pena-base no mínimo legal. Contudo, para que a pena seja afastada do mínimo legal, exige-se do julgador motivação idônea, baseada em elementos concretos presentes aos autos<sup>62</sup>.

Em outro giro, Nucci argumenta que na primeira e segunda etapa da fixação da pena, o julgador pode valer-se da compensação. Nesse aspecto, nada impediria que a valoração negativa da motivação do crime fosse anulada pelos bons antecedentes do réu (exemplo citado pelo autor), assim como é possível que uma agravante se dissolva pela presença de uma atenuante<sup>63</sup>.

Entretanto, por ser adepto do método de pesos para a fixação da pena-base, Nucci alude que a personalidade negativa do réu, por exemplo, com peso 2, somente poderia ser anulada, caso existissem dois componentes com peso 1 favoráveis ao sentenciado<sup>64</sup>.

<sup>57</sup> *Ibidem*, 2019, p. 184.

<sup>58</sup> *Ibidem*, 2019, p. 185.

<sup>59</sup> *Ibidem*, 2019, p. 190.

<sup>60</sup> *Ibidem*, 2019, p. 190.

<sup>61</sup> *Ibidem*, 2019, p. 191.

<sup>62</sup> *Ibidem*, 2019, p. 191.

<sup>63</sup> NUCCI, 2014, p. 192.

<sup>64</sup> *Ibidem*, 2014, p. 192.

Quando, porém, não houver prova suficiente nos autos apta a embasar a formação do convencimento do magistrado em relação à existência de qualquer das circunstâncias judiciais (CP, art. 59), estas não poderão ser consideradas para a exasperação da pena, logo, seu peso é zero ou neutro. Ou seja, não se computa para efeito algum na dosagem da pena-base. Nesse sentido, o ponto positivo tem o condão de anular um ponto negativo, enquanto o neutro apenas deixa de contribuir para a formação do grau de sua culpa<sup>65</sup>.

Vale lembrar, conforme já debatido em linhas pretéritas e também como previne Nucci no seu raciocínio, não se pode considerar a individualização da pena somente como um procedimento meramente aritmético, pois o julgador deve ter a sensibilidade de avaliar o grau de preponderância de determinado elemento do art. 59 do CP. Por isso, embora o autor tenha sustentado que a personalidade possui o peso 2, nada impediria que, no caso concreto, inúmeras facetas negativas da personalidade do agente devidamente evidenciadas no processo impliquem em um aumento de pena maior do que o parâmetro sugerido<sup>66</sup>.

Rogério Sanches Cunha, por sua vez, aduz que ocorrendo o concurso entre circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis, poderia o julgador invocar o art. 67, do CP<sup>67</sup>, desde que essa análise favoreça o réu, pois se o prejudicar, estar-se-ia diante de uma analogia in malam partem, em clara violação ao princípio da legalidade<sup>68</sup>.

Embora o art. 67, do CP não trate do concurso entre as circunstâncias judiciais (CP, art. 59), Damásio de Jesus entende que os mesmos princípios podem ser aplicados na primeira fase<sup>69</sup>. Todavia, não existe na legislação qualquer indicativo de que haja preponderância das circunstâncias judiciais umas sobre as outras, tal como ocorre no concurso de circunstâncias legais (CP, art. 67)<sup>70</sup>. Tal posicionamento doutrinário mostra-se isolado à luz da jurisprudência.

Nesse aspecto, apesar da insistência de parte da doutrina, os Tribunais Superiores entendem que tal compensação seria impossível, vez que basta uma única circunstância desfavorável para que a pena-base seja afastada do mínimo legal. In verbis:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67 E ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. OFENSA AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO.

<sup>65</sup> Ibidem, 2014, p. 193.

<sup>66</sup> Ibidem, 2014, p. 193.

<sup>67</sup> 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

<sup>68</sup> CUNHA, 2016, p. 415.

<sup>69</sup> JESUS, 2016, p. 304.

<sup>70</sup> JORGE, Mário Helton. Aplicação da pena: erros de atividade e de julgamento e suas consequências. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/artigos/artigo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2019.

PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ART. 386, VII, DO CPP. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. COMPENSAÇÃO ENTRE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. (...). 4. Não é demais mencionar, ainda, que não é possível haver compensação entre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, na medida em que as circunstâncias favoráveis ou neutras apenas 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 feito forma razoável, como no caso. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1404788/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 06/03/2019). (Grifou-se)

Neste diapasão, a doutrina e a jurisprudência entendem que a correta fixação da pena-base se dá após e de acordo com o exame das oito circunstâncias judiciais, levando-se em conta somente as que forem desfavoráveis ao réu. As circunstâncias favoráveis já o beneficiariam, na medida em que não podem elevar a pena, razão pela qual é inaceitável cogitar uma possível compensação entre as favoráveis e as desfavoráveis, porquanto poderá acarretar em grave distorção, no sentido de se atender o binômio da necessidade e suficiência da reprimenda<sup>71</sup>.

Logo, a função das circunstâncias judiciais é de elevação da pena, sendo evidente que visam a esse objetivo tão-somente as desfavoráveis, efetivando o princípio da individualização da pena, na medida de sua culpabilidade (CP, art. 29)<sup>72</sup>.

Não obstante, a jurisprudência vem entendendo que o comportamento da vítima é circunstância neutra ou favorável, não sendo admitida a possibilidade de valoração negativa ao agente quando a vítima em nada contribuir para o fato delituoso, conforme já delineado em tópico próprio. Portanto, o comportamento da vítima, quando valorado favoravelmente ao réu, torna-se a única exceção admitida no que se refere à compensação com alguma das outras sete circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal. Nesse sentido já decidiu o eg. STJ no AgRg no REsp 1706409/SC, Rel. Min. Felix Fisher, 5ª Turma, julgado em 06.02.2018, DJe 16.02.2018.

<sup>71</sup> JORGE, Mário Helton. Aplicação da pena: erros de atividade e de julgamento e suas consequências. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/artigos/artigo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>72</sup> JORGE, Mário Helton. Aplicação da pena: erros de atividade e de julgamento e suas consequências. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/artigos/artigo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2019.

## 6. A PENA-BASE COMO PARÂMETRO PARA A FIXAÇÃO DA PENA PROVISÓRIA E SEUS REFLEXOS PARA A HIERARQUIA DAS FASES

O sistema trifásico de fixação da pena exige do julgador a observância de três princípios básicos: a individualização da pena; a hierarquia das fases; e a proporcionalidade. Por isso mesmo o julgador deve estar atento aos parâmetros norteadores que a doutrina e a jurisprudência vem traçando ao longo dos anos, desde a reforma da parte geral do Código Penal em 1984.

No entanto, verifica-se que o sistema penal, para a individualização da pena, em suas inúmeras facetas, pode apresentar certas distorções e desproporcionalidades mesmo quando são adotados os critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência. O presente estudo poderia apontar várias outras situações que criam distorções na individualização da pena. Contudo, para que o presente estudo seja instrumento de reflexão para a dogmática, foi eleito o trato da fixação da pena de réu multirreincidente<sup>73</sup>.

Essa distorção na individualização da pena costuma ocorrer quando o julgador conclui a análise da primeira fase e passa a avaliar as demais fases da dosimetria da pena. Isto porque uma avaliação malfeita na primeira fase pode prejudicar a avaliação da fase posterior e, por conseguinte, violar um ou outro princípio basilar da dosimetria citados alhures.

Para ilustrar a problemática, imagine que o réu A, quando condenado pelo crime de roubo simples (CP, art. 157 – pena de 4 anos a 10 anos de reclusão e multa), possua duas condenações transitadas em julgado aptas a serem valoradas como reincidência na segunda fase dosimétrica e não tenha ao seu desfavor qualquer circunstância judicial prevista no art. 59 do CP. Na primeira fase a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, ou seja, em 4 anos. Na segunda fase, presente a agravante da reincidência (multirreincidência), a pena-base anteriormente fixada em 4 anos deve agora ser agravada em patamar superior ao tido como ideal para a fixação da pena provisória, ou seja, em fração maior que 1/6 sobre a pena-base<sup>74</sup>. Caso o julgador opte por valorar

<sup>73</sup> Para os nossos Tribunais, considera-se multirreincidente aquele que possui duas ou mais condenações transitadas em julgado ao tempo do novo fato criminoso praticado.

<sup>74</sup> Essa fração é alcançada por grande margem de discricionariedade pelo julgador. Para a c. 1ª Turma Criminal do TJDF, por exemplo, o patamar ideal para valoração da multirreincidência seria de apenas ¼ (um quarto), conforme consignado no Acórdão n.1188410, 20170610091943APR, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Relator Designado: CARLOS PIRES SOARES NETO, Revisor: CARLOS PIRES SOARES NETO, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 11/07/2019, Publicado no DJE: 29/07/2019. Pág.: 190 - 207. No entanto, a presente análise utilizou-se como critério para a valoração da multirreincidência a dupla valoração do patamar de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base em concreto, ou seja, 1/3 (um terço) se considerarmos a soma dessa dupla valoração. Não obstante ser a fração de 1/3 maior do que a utilizada pela c. Turma Criminal, permanece a desproporcionalidade apresentada.

duplamente a sua reincidência (multirreincidência), a pena provisória seria fixada em 5 anos e 6 meses. Na terceira fase, ausentes causas de aumento e de diminuição, a pena anteriormente fixada tornar-se definitiva em 5 anos e 6 meses de reclusão.

Agora, imagine que o réu B tenha praticado o crime de roubo simples (CP, art. 157), também possuindo duas condenações transitadas em julgado aptas a valorar a reincidência e não possua circunstâncias judiciais desfavoráveis. Nesse caso, é possível que o julgador, ao verificar a multirreincidência do réu (duas condenações transitadas em julgado anteriores ao tempo do novo fato delituoso), opte por utilizar uma das condenações para valorar negativamente os antecedentes do réu na primeira fase dosimétrica. Com isso, na primeira etapa dosimétrica, a pena-base deste réu será fixada em 4 anos e 9 meses, adotando-se, por exemplo, o critério de 1/8 para cada circunstância judicial valorada negativamente. Na segunda fase, presente a agravante da reincidência, a pena provisória deve ser exasperada em 1/6 sobre a pena-base em concreto, sendo agravada em 9 meses e 15 dias, ou seja, a pena provisória será fixada em 5 anos, 6 meses e 15 dias. Na terceira fase, ausentes causas de aumento e de diminuição a pena, torna-se definitiva em 5 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão.

Neste último exemplo, a utilização dos parâmetros para fixação da pena obedeceu ao princípio da hierarquia das fases, pois o patamar de valoração da primeira fase (1/8) é menor do que o patamar atribuído na segunda fase da dosimetria (1/6), assim como a utilização de tais patamares resultaram na exasperação da pena em 9 meses na primeira etapa e em 9 meses e 15 dias na etapa posterior.

No entanto, deve-se ressaltar que no segundo exemplo as operações feitas pelo julgador resultaram em uma pena definitiva maior do que as operações realizadas no primeiro exemplo o que viola o princípio da proporcionalidade. Isto porque o réu A, que possui duas anotações, ambas valoradas na reincidência, obteve pena menor do que a do réu B que, por sua vez, possui duas anotações também aptas a valorarem a reincidência. Porém, teve uma delas utilizada para valorar os antecedentes (primeira etapa) e a outra para a reincidência (segunda etapa).

Cabe ressaltar que para a doutrina e a jurisprudência, caso haja duas condenações com trânsito em julgado, ainda que aptas para valorar a reincidência, é lícito ao julgador valorar uma delas como antecedente criminal (primeira etapa), mantendo-se a outra para valorar a agravante da reincidência (segunda etapa). Para os Tribunais e para a doutrina esta operação não violaria o princípio do non bis in idem<sup>75</sup>, visto o afastamento da incidência do enunciado de Súmula 241 do eg. Superior Tribunal de Justiça<sup>76</sup>. Veja-se um julgado como referência:

<sup>75</sup> SCHMITT, 2019, p. 143.

<sup>76</sup> Súmula nº 241 do STJ: A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. CONJUNTO PROBATÓRIO COESO. VERSÃO DO RÉU ISOLADA. DOLO. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. PROPORCIONALIDADE. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO. (...). III - Quando o réu possui várias condenações com trânsito em julgado, é permitido ao julgador utilizar uma ou algumas delas para valoração negativa dos antecedentes, da conduta social e da personalidade, na primeira fase da dosimetria, e outra para reincidência, na segunda fase. (...). VI - Recursos conhecidos e desprovidos.

(Acórdão 1167157, 20180410012804APR, Relator: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, Revisor: JESUINO RISSATO, 3ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 25/4/2019, publicado no DJE: 2/5/2019. Pág.: 182/191)

Destarte, apesar de não configurar bis in idem, é patente a afronta ao princípio da proporcionalidade e também ao princípio da hierarquia das fases quando as operações da dosimetria, feitas pelo julgador, resultarem em uma pena menor para um réu multirreincidente em relação àquele que possui duas anotações, porém, uma delas sendo utilizada para reconhecer reincidência (na segunda etapa) e a outra anotação para valorar negativamente os antecedentes (na primeira etapa), como explicitado nos exemplos acima remetidos.

Obviamente, ser multirreincidente (ter duas anotações criminais duplamente valoradas na segunda etapa) é mais gravoso do que ter uma das anotações avaliadas na primeira etapa da dosimetria como mau antecedente, dado o caráter subsidiário desta última frente àquela, já que a reincidência, para fins de dosimetria, se revela em um plus de reprovação da conduta do sentenciado, como bem diz Schmitt<sup>77</sup>.

Seria uma incoerência do sistema dosimétrico se uma variante resultar em uma pena maior caso seja deslocada para uma fase anterior daquela em poderia ser reconhecida e valorada, a exemplo disso, é o caso da reincidência e os antecedentes penais do réu.

Nessa lógica, os Tribunais já começaram a debater a situação em análise criando alternativas para o caso. Colaciona-se, por exemplo, o seguinte julgado da c. 3ª Turma Criminal do eg. TJDFT que debateu o tema, embora em circunstâncias próprias da hipótese em concreto. In verbis:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. RECEPÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO INCABÍVEL. PRODUTO DO CRIME EM PODER DO APELANTE. DEPOIMENTO DA VÍTIMA CORROBORADO POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PATA-MAR DE AUMENTO READEQUADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...). 3. Na segunda fase da dosimetria da pena, o agravamento da pena

<sup>77</sup> SCHMITT, 2019, p. 147.

por uma circunstância legal agravante, em regra, é estabelecido em 1/6 (um sexto), patamar amplamente adotado pela jurisprudência, salvo se demonstrada a necessidade de uma reprimenda superior, a exemplo do que ocorre com a multirreincidência, conforme entendimento que tem sido sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça. Inexistindo fundamentação concreta para uma maior quantidade de pena, procede-se à sua readequação. 4. Em face do sistema hierárquico da dosimetria da pena, não se pode conferir a uma circunstância agravante peso inferior ao que seria cabível por uma circunstância judicial, sob pena de se ter para uma situação mais grave do reincidente uma pena mais branda do que a que seria cabível para o portador de maus antecedentes. Não se pode conceber que seja melhor ao réu ser reincidente do que ter maus antecedentes. Pena readequada para que o acréscimo na segunda fase da dosimetria guarde, no mínimo, proporcionalidade com a quantidade de pena que seria acrescida na fase antecedente. 5. Recurso parcialmente provido.

(Acórdão 1177243, 20170610087813APR, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, Revisor: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, 3ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 23/5/2019, publicado no DJE: 13/6/2019. Pág.: 154/173)

No julgado em apreço, apesar de não se tratar de réu multirreincidente e sim de réu reincidente, a c. Turma preferiu afastar a incidência pura e simples da fração de 1/6 sobre a pena-base (fixada no mínimo legal de 4 anos), o que resultaria em 8 meses de agravamento da pena pela reincidência.

Isto porque, no entendimento do colegiado, o agravamento da pena em 8 meses não se mostraria adequado para a hipótese, pois caso essa anotação fosse utilizada para exasperar a pena-base como antecedentes penais, a pena seria exasperada em 9 meses, aplicando-se o critério de 1/8 sobre a pena em abstrato do crime de roubo (CP, art. 157), ou seja, em quantidade maior do que seria obtido na etapa seguinte, aplicando-se a fração de 1/6 sobre a pena-base em concreto que fora fixada no mínimo legal de 4 anos. Por essa razão, no referido julgado a pena provisória foi agravada em 9 meses para que este quantitativo fosse equiparado ao que seria obtido na primeira etapa.

Todavia, esta solução dada pela c. 3ª Turma Criminal não encontra conformidade na doutrina especializada. Schmitt ensina que quando houver a possibilidade de valoração de um vetor como circunstância judicial ou como circunstância agravante ou atenuante e o julgador optar por valorá-la na primeira etapa, a pena-base resultante não poderá ser superior ao resultado que se obteria em um cenário em que essa valoração fosse postergada na segunda fase, que é hierarquicamente superior à primeira fase<sup>78</sup>.

Com isso, para o caso supra referido não seria lícito exasperar a pena-base em 9 meses tampouco poderia o julgador equiparar o resultado dessa operação com

<sup>78</sup> *Ibidem*, 2019, p. 259.

aquele que seria obtido na etapa imediatamente anterior, conforme o entendimento supra referido de Schmitt.

Ainda nessa discussão, para corrigir a distorção retro apresentada outra solução encontrou a c. 1ª Turma Criminal do eg. TJDF. Na segunda etapa dosimétrica, ao invés de aplicar a fração de 1/6 sobre a pena-base em concreto, o colegiado preferiu aplicar a fração de 1/6 novamente sobre o intervalo da pena abstratamente cominada para o tipo penal, a exemplo do que é permitido para a fixação da pena-base. In verbis:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO DE UM OITAVO. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURADO. SEGUNDA FASE. FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). TERMO MÉDIO DA PENA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...). 2. O entendimento jurisprudencial considera como critério razoável, para o cálculo da pena-base, a modulação em 1/8 (um oitavo) para cada circunstância judicial, aplicado sobre o resultado obtido da diferença entre a pena máxima e mínima cominadas ao crime. Precedentes do STJ e da Câmara Criminal. 3. No caso, na segunda fase da dosimetria penalógica, a agravante da reincidência deve justificar a exasperação da pena em 1/6 (um sexto) sobre a diferença entre os patamares máximos e mínimos da pena abstratamente estipulada para o tipo penal, em total observância ao sistema hierárquico e trifásico do cálculo da pena, em que as fases seguintes ostentam peso superior à etapa imediatamente anterior. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido. Pena reduzida.

(Acórdão n.1192162, 20171410003012APR, Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO, Revisor: GEORGE LOPES, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 25/07/2019, Publicado no DJE: 15/08/2019. Pág.: 402 - 419);

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA. CAUSA DE AUMENTO EFETIVAMENTE COMPROVADA. FORMA DE CÁLCULO DA PENA INTERMEDIÁRIA. REGIME PRISIONAL. PLURALIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. (...). 2. As agravantes e as atenuantes não devem incidir indiscriminadamente sobre a pena-base, mas sobre o que for maior entre pena-base e intervalo de pena em abstrato previsto para o crime. Precedentes do STJ. (...). 4. Recursos conhecidos e não providos. Reforma, de ofício, para diminuir a pena fixada em sentença.

(Acórdão 1183921, 20181610022100APR, Relator: CRUZ MACEDO, Revisor: J.J. COSTA CARVALHO, 1ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 4/7/2019, publicado no DJE: 10/7/2019. Pág.: 79-92). (Grifou-se)

A possibilidade de aplicar a fração ideal de 1/6 sobre o intervalo da pena na segunda etapa de dosimetria vem sendo autorizada pelo eg. STJ, sobretudo quando há vetores que possam ser valorados em diferentes fases da dosimetria, como acontece entre a reincidência e os antecedentes criminais, por exemplo. Contudo, essa operação somente é permitida quando a pena-base em concreto for inferior ao termo médio do tipo penal incriminador. Do contrário, caso a pena-base seja igual ou superior ao termo



médio a pena provisória ou intermediária deverá necessariamente fixada a partir da pena-base em concreto. In litteris:

PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. EVASÃO DE DIVISAS. DESCAMINHO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. (...) DOSIMETRIA. AUMENTO NA SEGUNDA FASE. PROPORCIONALIDADE. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALOR EVADIDO. EXASPERAÇÃO. VALIDADE. ART. 62, I E III, DO CÓDIGO PENAL. FRAÇÃO DE AUMENTO. RAZOABILIDADE. (...) 11. O patamar utilizado na segunda fase foi de, aproximadamente, 1/8 para cada agravante, inferior, portanto, ao coeficiente de 1/6 aceito como razoável e proporcional pela jurisprudência deste Tribunal Superior, bem como do Supremo Tribunal Federal. Não é muito lembrar, inclusive, que a fração eleita pode ter como base o intervalo da pena abstratamente cominada, em vez da pena-base concretamente aplicada, dada a possibilidade de o patamar aplicado na segunda fase suplantar o da primeira (art. 59 do Código Penal), nos termos do sistema trifásico de dosimetria da pena, estabelecido no art. 68 do Código Penal. (...) 14. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1497041/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016);

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. (...) TRÊS AGRAVANTES VALORÁVEIS. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DE PENA ABSTRATA DO PRECEITO SECUNDÁRIO. CONFORMIDADE COM O SISTEMA HIERÁRQUICO DE DOSIMETRIA TRIFÁSICO. PENA INTERMEDIÁRIA DAS INSTÂNCIAS INFERIORES MAIS FAVORÁVEL. MANUTENÇÃO. OBEDIÊNCIA À REGRA NE BIS IN IDEM. WRIT NÃO CONHECIDO. (...). 5. Dentro do sistema hierárquico da dosimetria da pena, consagrado pela forma trifásica, as agravantes são circunstâncias de gravidade intermediária, haja vista sua subsidiariedade em relação às qualificadoras e causas de aumento, preponderando apenas sobre as circunstâncias judiciais. Não é por outra razão que doutrina e jurisprudência consagraram o parâmetro indicativo mínimo de valoração de cada agravante em 1/6 (um sexto), porquanto corresponde ao menor valor fixado pelo legislador para as causas de aumento, que são preponderantes àquelas e superior ao parâmetro de 1/8 (um oitavo) das circunstâncias judiciais. Ressalta-se que a fração de 1/6 das agravantes não é absoluta, sendo possível sua exasperação em patamar superior desde que seja fundada em circunstâncias concretas. 6. Conclui-se, pois, que, havendo circunstância judicial desfavorável cuja valoração é passível de ocorrer em etapas posteriores da dosimetria, porquanto prevista igualmente como agravante ou causa de aumento, mostrar-se-ia antissistêmico chegar, nas etapas seguintes, a acréscimos de pena inferiores àquele fixado por ocasião da pena-base. 7. Por essas razões, as agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haja pena concreta dosada, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas e as atenuantes menos benéficas do que

as meras circunstâncias judiciais da primeira etapa, o que subverteria o sistema hierárquico da dosimetria trifásica. Precedentes. (...) 9. Habeas corpus não conhecido.

(HC 311.852/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016). (Grifou-se)

Com a possibilidade de aplicar a fração de 1/6, ora sobre o intervalo da pena em abstrato, ora sobre a pena-base em concreto, tem-se que não mais existirá a desproporcionalidade analisada se comparada a pena de um sentenciado multirreincidente com aquele reincidente que teve uma das anotações valorada como antecedente criminal na primeira etapa.

A título de exemplo dessa operação, um réu multirreincidente que não tenha circunstâncias judiciais valoradas negativamente teria a pena definitivamente fixada em 6 anos em um crime de roubo (CP, art. 157), se ausentes causas de aumento e de diminuição de pena. Por sua vez, o reincidente que teve uma anotação utilizada para valorar negativamente os antecedentes, teria, nas mesmas condições, a pena definitivamente fixada em 5 anos e 9 meses. Portanto, corrigida estaria esta distorção, pois o multirreincidente receberia uma pena maior do que aquele reincidente com maus antecedentes.

Para o STJ essa orientação facilitaria o cálculo dosimétrico, pois o julgador agora usaria a mesma base de cálculo da pena (intervalo da pena em abstrato) para aplicar as frações tidas como ideais (1/8 para primeira etapa e 1/6 para a segunda etapa), evitando com isso, a violação aos princípios da hierarquia das fases e da proporcionalidade.

Não obstante, a doutrina ainda não reconhece como válida a referida orientação jurisprudencial. Isso porque, concluída a primeira etapa da dosimetria, na segunda etapa já se tem uma pena em concreto (pena-base) dosada pelo julgador que independe do quantitativo fixado na pena-base. Portanto, para a doutrina, é a pena-base em concreto que deverá sofrer as eventuais modificações que fizer jus nas etapas seguintes, razão pela qual é esse quantitativo que deve ser tomado pelo julgador como o único ponto de partida para estabelecer a pena provisória<sup>79</sup>. Raciocínio semelhante também são as lições de Sérgio Salomão Shecaira<sup>80</sup> e Fernando Galvão<sup>81</sup>.

Shecaira, por seu turno, apesar não se referir expressamente quanto à reincidência e aos antecedentes criminais, ensina que sempre que uma circunstância for comum a mais de uma fase da dosimetria da pena, deverá esta ser utilizada pelo julgador uma única vez e na última fase que couber<sup>82</sup>. Com esse posicionamento de

<sup>79</sup> Ibidem, 2019, p. 258.

<sup>80</sup> FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (organizadores). Direito penal: Edições Especiais Revista dos Tribunais. Vol. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1008.

<sup>81</sup> GALVÃO, Fernando. Direito Penal: parte geral. 9ª. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 733.

<sup>82</sup> FRANCO; NUCCI, 2010, p. 1008.

Shecaira, caso o réu ostente duas anotações, ambas aptas a valorarem a reincidência, deveria o julgador valorá-las na segunda etapa da dosimetria. Não poderia, contudo, aplicar uma delas para valorar os antecedentes do réu na primeira etapa penalógica, tal como permite a jurisprudência.

Aplicando-se este conceito de Shecaira, seria o mesmo que dizer que quando houver duas ou mais condenações transitadas em julgado ao tempo do novo fato criminoso, estas anotações devem ser utilizadas, necessariamente, para valorar a multirreincidência do réu.

Apesar da discricionariedade do julgador na avaliação das anotações criminais que o réu possua, ainda é amplamente aceito tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência que o julgador avalie o melhor momento em que a anotações penais serão valoradas, se na primeira ou na segunda etapa da dosimetria, ou ainda, se nas duas etapas concomitantemente, desde que não haja violação ao enunciado da Súmula 241 do STJ.

No entanto, para que seja evitada violação aos princípios da dosimetria, Schmitt ensina que além de estabelecer o patamar ideal para a fixação da pena-base o julgador deve, ainda, estabelecer onde este patamar irá incidir, se sobre o intervalo da pena em abstrato ou, ainda, se sobre a pena mínima abstratamente cominada<sup>83</sup>.

Este ensinamento de Schmitt não pode ser ignorado pelo julgador a ponto de que a pena-base seja sempre fixada aplicando-se a fração ideal de 1/8 (ou mesmo 1/6) sobre o intervalo da pena em abstrato. Portanto, o julgador deve analisar se é o caso de aplicar esse patamar sobre a pena mínima em abstrato, diante da indispensável necessidade de obediência a hierarquia das fases<sup>84</sup>.

Por final, é importante mencionar que tal distorção apresentada na dosimetria da pena igualmente ocorreria com a utilização de outros critérios para a fixação da pena-base, à exemplo da aplicação da fração de 1/6 sobre a pena mínima em abstrato. Com a utilização desse critério, ainda assim, o réu multirreincidente teria uma pena menor do que o réu reincidente possuidor de maus antecedentes.

## 7. CONCLUSÃO

A pena-base não poderá ser fixada acima do mínimo legal sem a devida fundamentação e motivação que autorize o recrudescimento da pena. Significa dizer que o ponto de partida para a fixação da pena-base é a pena mínima abstratamente prevista para o tipo penal incriminar, não sendo válido a utilização de qualquer outro parâmetro que possa resultar prejuízo para o sentenciado, ante a ausência de determinação legal a respeito.

<sup>83</sup> SCHMITT, 2019, p. 260.

<sup>84</sup> Ibidem, 2019, p. 203.

Não obstante, caso o julgador optasse por iniciar o cálculo da pena-base pelo termo médio, em nada prejudicaria o réu, desde que na dosagem o julgador avaliasse primeiro todas as circunstâncias neutras e favoráveis ao agente, deixando as que lhe forem desfavoráveis para o final. Com isso, se valorada uma circunstância desfavorável ao réu, esta incidiria na exasperação da pena-base assim como não ocorreria a distorção apontada por Ferreira.

Cada circunstância judicial deve ser analisada individualmente, com a respectiva valoração (caso seja desfavorável ao réu e tenha incidido na exasperação da pena-base), de forma clara e precisa, uma vez que é direito das partes o conhecimento de todos os argumentos destacados na dosimetria, viabilizando eventual recurso por quaisquer das partes contra os excessos, erros ou vícios no julgamento.

Não há nulidade se o julgador estabelecer expressamente o quantum de exasperação de cada circunstância judicial valorada negativamente ao réu ou o patamar de valoração, tampouco sobre onde esse quantum incidirá na pena, se sobre o intervalo da pena ou sobre a pena mínima abstratamente cominada, por não reputar como adoção de critério puramente matemático, já que o julgador não estará proibido de fazer o exercício da sua discricionariedade.

Não é possível a aplicação do método de pesos para a fixação da pena-base, tal como proposto por Nucci, pois, a uma, não é possível aplicar os princípios do art. 67 do CP, ou mesmo buscar dentro do universo da legislação penal, a interpretação que existem circunstâncias judiciais que prevalecem sobre outras, senão em prejuízo ao réu (analogia in malam partem), excetuando-se apenas quando o legislador expressamente assim prever. A duas, ainda que fosse possível, considerar os antecedentes, a personalidade e os motivos como tendo peso 2, a pena-base seria exasperada em 1/5 pela valoração de cada um desses vetores, ou seja, em patamar superior à que seria atribuído para uma agravante ou atenuante que possuem como critério ideal a fração de 1/6.

Não há respaldo doutrinário para a fixação da pena provisória sobre o intervalo pena, pois superada a primeira etapa o julgador já terá uma pena em concreto que deverá, por sua vez, ser a base do cálculo para a fixação da pena provisória.

No caso de haver vetores que possam incidir em quaisquer fases da dosimetria, deverá esta ser valorada na última fase possível, em observação ao princípio da hierarquia das fases, em que a fase seguinte possui maior relevância no sistema dosimétrico. Essa valoração na etapa posterior geralmente é mais adequada a individualizar a pena, conforme as orientações de Shecaira, inclusive em caso de anotações penais aptas para valorarem tanto a reincidência (ou multirreincidência) quanto os antecedentes do réu.

O julgador deve ter o cuidado de não valorar uma circunstância judicial em um quantum superior ao que seria obtido caso a valoração fosse postergada para uma

etapa seguinte, inclusive no caso em que a anotação penal for apta apenas para valorar os antecedentes (primeira etapa), ainda que não seja apta, obviamente, para valoração da reincidência (segunda etapa), seja porque já expirado o período depurador de cinco anos, seja por ser o fato descrito na folha criminal posterior ao que estar sendo apurado. Isto para evitar distorções na dosimetria da pena, em atenção aos princípios basilares de individualização, hierarquia das fases e da proporcionalidade.

Portanto, deve ser superado o entendimento jurisprudencial que possibilita a valoração negativa tanto da reincidência quanto dos antecedentes criminais do agente em caso de haver várias condenações transitadas em julgado, ainda que sejam baseadas em anotações distintas. Logo, as anotações que se prestam a valorar os antecedentes do réu são exclusivamente as que não forem aptas a serem valoradas como reincidência.

Não obstante, em um cenário de manutenção do entendimento supra referido, é necessário, ainda, que o julgador reduza a pena que seria exasperada na primeira etapa caso o resultado seja superior ao que seria obtido na segunda etapa, não sendo lícito o contrário o julgador assim, qual seria: aumentar o patamar da etapa seguinte em razão da obtenção de resultado inferior ao que seria obtido em uma etapa antecedente da dosimetria.

A discricionariedade do julgador para a correta aplicação da pena não é ampla ou ilimitada, pois deve encontrar conformidade nos princípios norteadores que regem a aplicação da pena, sobretudo os da individualização da pena; hierarquia das fases; e da proporcionalidade. Por isso, a necessidade de utilização de critérios para fixação da pena que atendam a todos esses requisitos. Também por isso o julgador deve, desde logo, escolher os parâmetros que melhor refletem a base principiológica da dosimetria da pena e fundamentar a sua decisão com a indicação do quantum aplicado a cada vetor desfavorável ao réu de maneira individualizada, para que as partes e os Tribunais, em caso de reapreciação da matéria, possam efetivamente entender o caminho escolhido pelo julgador de piso e intervenham no processo como for preciso.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Legislação Penal Especial. 12<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ARAÚJO, Ionnara Vieira de. Limitações constitucionais no exame da personalidade do agente. *Atualidades Jurídicas* [recurso eletrônico]: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://dspace/xmlui/bitstream/item/13750/PDllexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso

em: 28 set. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Parte Geral. 17<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Parte Geral. 20<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOSCHI, José Antônio Paganella. Das Penas e seus critérios de Aplicação. 6. ed.rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

CARVALHO NETO, Inácio. Aplicação da Pena. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COLLE, Juliana de Andrade. Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6232>>. Acesso em: 28 set. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 4<sup>a</sup>. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. 1<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (organizadores). Direito penal: Edições Especiais Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GALVÃO, Fernando. Direito Penal: parte geral. 9<sup>a</sup>. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal - Parte Geral. Vol. 1. 18<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal - Parte Geral. Vol. 1. 19<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de. Código Penal Anotado. 23<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JORGE, Mário Helton. Aplicação da pena: erros de atividade e de julgamento e suas consequências. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/artigos/artigo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2019.

LIMA, Edvanilson de Araújo. Fórmula matemática para a proporcional fixação da pena-base. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36569>>. Acesso em: 26 set. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 4<sup>a</sup>. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LIMA, Rogério Montai de. Guia Prático da Sentença Penal Condenatória e Roteiro para o Procedimento no Tribunal do Júri. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

LIMA Jr. José César Naves de. Dosimetria da Culpa. 2012

MACHADO, Costa (organizador). Código Penal Interpretado. 5ª. ed. Barueri: Manole, 2015.

MACHADO, Costa (organizador). Código Penal Interpretado. 7ª. ed. Barueri: Manole, 2017.

MARCON, Bruno; MARCÃO, Renato Flávio. Rediscutindo os fins da pena. Disponível em: <<http://revistajustitia.com.br/artigos/c199x5.pdf>>. Acesso em 06 set. 2019.

MENDES JÚNIOR, Cláudio. Sentença Penal e Dosimetria da Pena: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2014.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Execução Criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NALINI, Renato. A Rebelião de Toga. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. São Paulo: Gen Jurídico, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 15ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena 6ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PASCHOAL, Luana. A conduta social e a personalidade do agente na fixação da pena. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-08082016-144318/pt-br.php>>. Acesso em: 26 set. 2019.

PÊCEGO, Antônio José F. de S; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Antecedentes e reincidência criminais: necessidade de releitura dos institutos diante dos novos paradigmas do direito penal. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=297b631a88835f89>>. Acesso em 11 out. 2019.

ROING, Rodrigo Dutra Estrada. Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática. 9ª. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática*. 13ª. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1: Parte Geral*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Jurisprudência consultada nos sites dos Tribunais: <http://www.stj.jus.br>, <http://www.stf.jus.br> e <http://www.tjdft.jus.br>.

Legislação consultada no site do Planalto: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).