



GIORLAN SILVA SANTOS

**CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS ATENUANTES E AGRAVANTES NA
DOSIMETRIA DA PENA**

BRASÍLIA
2016

GIORLAN SILVA SANTOS

**CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS ATENUANTES E AGRAVANTES NA
DOSIMETRIA DA PENA**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Empresarial da Faculdade Processus/ESMA.

Orientador: Prof. Me. Fernando Barbagalo.

BRASÍLIA
2016

GIORLAN SILVA SANTOS

**CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS ATENUANTES E AGRAVANTES NA
DOSIMETRIA DA PENA**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Empresarial da Faculdade Processus/ESMA.

Orientador: Prof. Me. Fernando Barbagalo.

Brasília, 19 de setembro de 2016.

Prof. Fernando Barbagalo, Me.
Orientador

RESUMO

Este trabalho é um estudo sobre as circunstâncias legais atenuantes e agravantes na dosimetria da pena. Há citação da legislação, o entendimento do STF e do STJ, e as controvérsias doutrinárias mais relevantes afetas ao tema. Faz-se uma abordagem qualitativa, e utiliza-se o enfoque explicativo. São descritas as circunstâncias atenuantes previstas no Código Penal Brasileiro (CPB), no Estatuto do Índio e na Lei de Crimes Ambientais. Também são relacionadas as agravantes previstas no CPB, no Código Eleitoral, Código de Trânsito Brasileiro, Código de Defesa do Consumidor, Lei de Organização Criminosa, Lei de Segurança Nacional, Lei de Crimes Ambientais, Lei dos Crimes Contra a Economia Popular, em relação ao crime de usura. Ao final, é abordada a pena provisória e breves comentários sobre a pena-base e a definitiva. Também há estudo da fração de atenuação/agravamento da pena e a (im)possibilidade de extrapolação dos limites mínimo/máximo, circunstâncias preponderantes e a utilização de qualificadora na fixação da pena provisória.

PALAVRAS-CHAVE: Dosimetria. Agravantes. Atenuantes.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgInt	Agravo Interno
AgRg	Agravo Regimental
AP	Ação Penal
ARE	Agravo no Recurso Extraordinário
AREsp	Agravo no Recurso Especial
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CE	Código Eleitoral
CF/88	Constituição Federal de 1988
CP	Código Penal
CPM	Código Penal Militar
CPP	Código de Processo Penal
CPPM	Código de Processo Penal Militar
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ED ou EDcl	Embargos de Declaração
EREsp	Embargos de Declaração no Recurso Especial
HC	<i>Habeas Corpus</i>
J.	Julgado
LCP	Lei de Contravenções Penais
LEP	Lei de Execuções Penais
MÁX.	Máximo
MÍN.	Mínimo
RE	Recurso Extraordinário
Rel	Relator
REsp	Recurso Especial
RG	Registro Geral
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES DA PENA	09
1.1 – Das atenuantes do Código Penal	09
1.1.1 – Da menoridade relativa e da senilidade	10
1.1.2 – Do desconhecimento da lei.....	13
1.1.3 – Do cometimento de crime por motivo de relevante valor social ou moral.....	13
1.1.4 – Da atenuante de ter 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	14
1.1.5 – Da atenuante do cometimento de 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	15
1.1.6 – Da atenuante de ter confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.....	16
1.1.7 – Da atenuante de ter cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou	18
1.1.8 – Da atenuante inominada	19
1.2 – Das atenuantes previstas na Legislação Especial	19
1.2.1 – Das atenuantes da Lei 6001/73 (Estatuto do Índio)	19
1.2.2 – Das atenuantes da Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais)	20
1.2.2.1 – Atenuante do baixo grau de instrução ou escolaridade do agente	20
1.2.2.2 – Atenuante do arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada ...	20
1.2.2.3 – Atenuante da comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental	20
1.2.2.4 – Atenuante da colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental	21
2. CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES DA PENA	22
2.1 Aplicação das circunstâncias agravantes e o Código de Processo Penal.....	23
2.2 Das agravantes previstas no Código Penal.....	24
2.2.1 Da reincidência	24
2.2.2 - Do motivo fútil ou torpe	33
2.2.3 – Da facilitação ou assecuração da execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime	34
2.2.4 – Do cometimento do crime à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido	34
2.2.5 – Do emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum	35
2.2.6 – Do crime contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge	36
2.2.7 – Do crime cometido com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma de lei específica	36
2.2.8 – Do crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão	37

2.2.9 – Do crime cometido contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida	38
2.2.10 – Do cometimento de crime quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade	39
2.2.11 – Do cometimento de crime em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido	40
2.2.12 – Do cometimento de crime em estado de embriaguez preordenada	40
2.3 Agravantes em concurso de pessoas.....	24
2.3.1 – Da agravante de quem promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes nos crimes praticados por duas ou mais pessoas	41
2.3.2 – Da agravante de quem coage ou induz outrem à execução material do crime	42
2.3.4 – Instigar ou determinar a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal	42
2.3.5 – Executar o crime, ou nele participar, mediante paga ou promessa de recompensa	43
2.4 – Das agravantes previstas na Legislação Especial	43
2.4.1 – Das agravantes da Lei 4.737/65 (Código Eleitoral)	44
2.4.2 – Das agravantes da Lei 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa)	45
2.4.3 – Das agravantes da Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional)	45
2.4.4 – Das agravantes da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro-CTB)	46
2.4.5 – Das agravantes da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)	48
2.4.6 – Das agravantes da Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais)	49
2.4.7 – Das agravantes da Lei 1.521/51 (Lei dos Crimes Contra a Economia Popular, em relação ao crime de usura)	53
3. FIXAÇÃO DA PENA PROVISÓRIA.....	55
3.1 Breves comentários à fixação da pena-base	56
3.1.1 Do método do termo médio	57
3.1.2 Do método aritmético simples	58
3.2 Fixação da pena provisória	59
3.2.1 Fração de atenuação/agravamento da pena e (im)possibilidade de extrapolação dos limites mínimo/máximo	59
3.2.2 Circunstâncias preponderantes na fixação da pena provisória	63
3.2.3 Da utilização de qualificadora na fixação da pena provisória	67
3.3 Breves comentários à fixação da pena definitiva	68
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS	74

INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva estudar as circunstâncias legais atenuantes e agravantes da dosimetria da pena no Código Penal Brasileiro (CPB) e nas principais legislações especiais. Pretende discorrer sobre as agravantes da pena expressamente previstas nessas legislações. Examinar as atenuantes. Estudar a fixação da pena provisória. Há citação da norma legal, o pensamento doutrinário de penalistas e constitucionalistas e decisões do STF e STJ sobre o tema.

O estudo será desenvolvido numa perspectiva qualitativa. Será feita uma pesquisa bibliográfica (livros) e documental (jurisprudência) exploratória. O método adotado será o indutivo e terá por base a análise do discurso e do conteúdo presente nos livros doutrinários, na legislação e na jurisprudência pesquisados. Serão utilizados como instrumentais de pesquisa os textos legais, livros de doutrina e informações em meio eletrônico. Será uma abordagem explicativa.

O principal questionamento que se pretende responder nesse trabalho é quais as principais circunstâncias legais atenuantes e agravantes na dosimetria da pena. A hipótese é que essas circunstâncias estão previstas nos artigos 61, 62, 64 e 65 do Código Penal. Ao final do trabalho o leitor será capaz de reconhecer essas circunstâncias e as principais leis afetas ao tema.

O trabalho é composto de três capítulos. O primeiro é sobre as circunstâncias atenuantes previstas no CPB (como a menoridade relativa, a senilidade, etc), no Estatuto do Índio e na Lei de Crimes Ambientais. O segundo capítulo aborda as agravantes previstas no CPB e nas seguintes leis extravagantes: Código Eleitoral, Lei de Organização Criminosa, Lei de Segurança Nacional, Código de Trânsito Brasileiro, Código de Defesa do Consumidor, Lei de Crimes Ambientais, Lei dos Crimes Contra a Economia Popular, em relação ao crime de usura, com destaque para a reincidência. O terceiro capítulo enfatiza a pena provisória, com estudo da fração de atenuação/agravamento da pena e (im)possibilidade de extrapolação dos limites mínimo/máximo, as circunstâncias consideradas preponderantes pela jurisprudência e a utilização de qualificadora na fixação da pena provisória.

Boa parte dos recursos em matéria criminal aos tribunais brasileiros são em função de discordância nas sentenças judiciais quanto à aplicação da pena provisória na dosimetria. Essas circunstâncias legais constituem uma etapa importante no cálculo da pena do réu. Em algumas situações, em virtude de divergência nesse aspecto da pena, há processos que retornam ao juízo sentenciante com o crime já prescrito, devido ao tempo de demora na discussão do tema e análise do caso pelas instâncias superiores. Há situações em que, ao invés de ter um pequeno acréscimo ou diminuição na pena do réu, perde-se a reprimenda por inteiro. O STF e o STJ têm posições antagônicas quanto a aplicação de algumas dessas circunstâncias, como por exemplo a compensação integral da confissão espontânea com a reincidência. Assim, um réu que recorre ao STJ contestando a integral compensação poderá ter seu pleito atendido, porém se recorrer apenas ao STF poderá ser negado. O contrário poderá ocorrer se for recurso do Ministério Público contra o réu. Dessa maneira, há importância e divergência sobre o tema no meio jurídico e social que justificam um estudo pela ciência.

Trata-se de um tema controverso. A jurisprudência oscila quanto à aplicação das circunstâncias legais. Isso compromete um dos princípios do Direito Penal, que é a segurança jurídica. A pacificação de entendimento quanto a essas circunstâncias criaria uma maior estabilidade na fixação da pena. Assim, a pesquisa é importante socialmente e merecedora de estudo pelas ciências jurídicas de forma científico-acadêmica.

1. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES DA PENA

As atenuantes da pena estão previstas nos artigos 65 e 66 do Código Penal Brasileiro (CPB) em rol exemplificativo e em legislação especial. São circunstâncias objetivas ou subjetivas que não estruturam o crime, mas abrandam a pena na segunda fase da dosimetria. Greco¹ entende que se trata de um rol exemplificativo, pelo fato do art. 66 do CPB possibilitar a atenuação da pena por circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, ainda que não prevista expressamente em lei.

1.1 Das atenuantes do Código Penal

As atenuantes incidem nos crimes culposos, preterdolosos e dolosos, ao contrário das agravantes que não se aplicam aos crimes culposos, com exceção da reincidência. É nesse sentido a interpretação da 1ª Turma do STF no HC 120165/RS, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/02/2014.

Cunha² critica a interpretação doutrinária que “não incide a atenuante quando a circunstância já constitui ou privilegia o crime. Trata-se de exceção criada pela doutrina e que merece atenção”. Argumenta que a justificativa de não incidir as agravantes nesses casos é para evitar *bis in idem*, mas não há esse problema nas atenuantes. Informa que não há previsão legal nesse sentido e isso configuraria analogia *in malam partem* e ofensa ao princípio da legalidade.

No procedimento do júri, as circunstâncias atenuantes podem ser sustentadas em plenário durante os debates, porém não serão apreciadas pelo conselho de sentença e sim pelo juiz presidente, se for o caso de condenação do acusado, conforme previsão do art. 492, I, b, do Código de Processo Penal (CPP). O STF no HC 106.376/MG, 1ª Turma, Min. Cármen Lúcia, j. 1º/3/2011, decidiu que ao impor a cláusula dos debates, o legislador voltou-se às atenuantes de natureza subjetiva, pois as de caráter objetivo, como a confissão espontânea, menoridade e senilidade devem ser reconhecidas pelo julgador de ofício, mesmo que não tenham sido pleiteadas pela defesa nos debates orais.

¹ GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 10. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016, p. 210.

² CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 432.

1.1.1 Da menoridade relativa e da senilidade

O art. 65, do CPB elenca um rol de circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I – ser o agente menor de vinte e um, na data do fato, ou maior de setenta anos, na data da sentença.

Denomina-se menoridade penal relativa o fato do réu ter acima de 18 e menor de 21 anos de idade na data do delito. É uma presunção legal. Para Cunha³ “A opção estampada no Código Civil não revogou a atenuante da menoridade relativa trazida pelo art. 65 do CP, preocupando-se o direito penal com a idade biológica do agente (não considerando sua capacidade civil)”. Verifica-se que a atenuante era aplicada na vigência do Código Civil de 1916 aos emancipados civilmente ou casados menores de 21 anos (maiores civilmente), por previsão no Código Penal e não na legislação civilista. Esse argumento é ratificado ao se observar as legislações penais anteriores ao Código Civil de 1916, como o Código Criminal do Império de 1830, em seu artigo 18, e o Código Penal de 1890 no artigo 39, que previam a atenuante da menoridade relativa penal aos menores de 21 anos.

É chamada senilidade o fato do réu ser maior de 70 anos na data da sentença. Não se confunde com a previsão do estatuto do idoso, que caracteriza o idoso como sendo o maior de 60 anos. Ao idoso com idade superior a 70 anos, a legislação prevê ainda o sursis etário se a pena não for superior a 4 anos (art. 77, § 2º, CPB), permite a prisão penal domiciliar ao condenado em regime aberto (art. 117, I da Lei 7.210/84 - Lei de Execuções Penais - LEP). Ao indiciado/acusado maior de 80 anos, o juiz pode substituir a prisão preventiva pela domiciliar, conforme art. 318, I, do CPP. Nesse último caso, trata-se de prisão cautelar e não da prisão penal da LEP. A senilidade e a menoridade relativa também reduzem os prazos prescricionais à metade, conforme art. 115, CPB.

O STF e o STJ interpretam sentença como sendo a primeira decisão condenatória (sentença ou acórdão), conforme RE 834574 AgR/PR, 1ª Turma, rel. Min. Edson Fachin, j. 06/10/2015; RHC 125565/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 2ª

³ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 434.

Turma, j. 05.05.2015; EREsp.749.912/PR, 3ª Seção, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10/02/2010. Doutrina minoritária de Delmanto⁴ discorda dessa interpretação e colaciona dois acórdãos do STF (HC 89.969/RJ, 1ª Turma, rel Min. Marco Aurélio, j. 26/06/2007, Dj 05/10/2007 e ED na AP 516, Pleno, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 05/12/2013) no sentido de que o art. 115 do Código Penal, ao remeter à data da sentença, analisa como marco temporal o trânsito em julgado e não a data do pronunciamento do Juízo passível de recurso, ou seja, na sua interpretação, a idade do idoso poderia ser aferida após a sentença recorrível. Informa que por analogia, deve-se usar o mesmo raciocínio para aplicar a atenuante da senilidade e enfatiza que esse é o melhor entendimento, em face do princípio “*favor libertatis*”.

Há que se observar que, após a edição da obra de Delmanto acima mencionada e abaixo especificada (rodapé), o plenário do STF, julgou, em 30/06/2016 (acórdão publicado em 10/8/2016), novos embargos de declaração no ED na AP 516 e esclareceu que a tese da prescrição etária não foi acolhida pela maioria do plenário e que deveria, dentre outras partes excluir da decisão anterior os itens 5 a 7 e trechos do item 8 e do cabeçalho da ementa por não refletirem o resultado do julgamento. Dessa forma, foi excluído do julgado o trecho que dizia que a senilidade completada no dia seguinte à sessão de julgamento encontrava ressonância na jurisprudência do STF (item 5). Assim, excluiu a prescrição em virtude da senilidade por ter completado 70 anos em data posterior à condenação, e manteve a extinção da punibilidade apenas pelo pagamento do tributo. O STF no RHC 119829/SE, 1ª Turma, rel. Min. Dias Toffoli, j. 22/04/2014, também indeferiu a aplicação da atenuante da senilidade completados após a condenação.

Nucci⁵ informa que a atenuante da menoridade relativa foi introduzida em nosso sistema penal em 1830 e “para grande parte da doutrina e da jurisprudência, deve ela sobrepor-se a qualquer agravante, inclusive a da reincidência”, mas defende que deveria ser uma atenuante comum e se mostra contrário à interpretação da senilidade ser aferida na data do reexame do tribunal, salvo se o juiz tiver absolvido o réu e a decisão do tribunal tenha sido pela condenação. Jesus⁶,

⁴ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 282.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 233/234.

⁶ JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 304.

Capez⁷ e Delmanto⁸ também entendem que a menoridade relativa deve prevalecer sobre todas as demais circunstâncias. Essa também é a interpretação do STJ, conforme HC 325961 /RJ, 5ª Turma, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 18/8/2016 e AgRg nos EDcl no AREsp 581755/BA, 6ª Turma, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 1º/12/2015.

A súmula 74 do STJ afirma que para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil. O art. 155, parágrafo único do CPP prevê que somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. Assim, a apresentação de certidão de nascimento/casamento ou documento hábil (carteira de identidade, carteira nacional de habilitação, certificado de reservista, etc) suprirá a exigência legal. A jurisprudência e a doutrina não são pacíficas quanto ao entendimento do que seja documento hábil.

Boschi⁹ entende que, quando o próprio Ministério Público, na denúncia, qualificar o acusado e declarar a sua idade e não houver objeção, deverá ser reconhecida a menoridade. Essa interpretação, por ser favorável ao réu, não encontra grande resistência em sua aplicação, porém nos casos de condenação por corrupção de menores o STF tem precedentes no sentido de tratar-se de circunstância elementar do tipo e as meras declarações desacompanhadas de qualquer documento civil de identificação impede o juízo condenatório, conforme HC 132204/DF, 2ª Turma, rel. Min. Teori Zavascki, j. 26.04.2016; HC 123779/MG, 1ª Turma, rel. Min. Rosa Weber, j. 03/03/2015 e HC 125317/DF, 1ª Turma, rel. Min. Dias Toffoli, j. 03/02/2015. O STJ têm precedentes que admitem a comprovação da idade pela declaração do indivíduo perante a autoridade policial ou judicial, seguida da assinatura da autoridade, conforme HC 314212/SC, 5ª Turma, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 18/02/2016 e AgRg no REsp 1423997/SC, 5ª Turma, rel. Min. Ministro Moura Ribeiro, j. 20/02/2014.

⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral (arts. 1º a 120)**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 492.

⁸ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 282.

⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 225.

Age de forma adequada o STF em seus precedentes mais recentes, pois é temerário impor condenação e tomar decisão sobre a idade tendo por base apenas as declarações de alguém que se apresenta como menor de idade, seguida da assinatura da autoridade que ouviu as declarações. Ademais, compete ao Ministério Público provar suas alegações. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) ao julgar os embargos infringentes criminais 2011.07.1.005169-6, acórdão 625.770, Câmara Criminal, j. em 01.10.2012, rel. Des. João Timóteo absolveu um réu de corrupção de menores, a qual estava condenado, após ter a informação que a corré que se apresentou como menor de idade perante a autoridade, na realidade era maior.

1.1.2 Do desconhecimento da lei

O art. 21 do CPB informa que o desconhecimento da lei é inescusável, mas é uma atenuante prevista no art. 65, II, do CPB. O erro de proibição daquele artigo recai sobre a ilicitude do fato, e se for inevitável (não tinha consciência da ilicitude) exclui a culpabilidade (há isenção de pena), mas se for evitável (era possível ter/atingir consciência da ilicitude), haverá diminuição da reprimenda de um sexto a um terço. Cunha¹⁰ informa que para caracterizar o erro utiliza-se o critério das características pessoais do agente (idade, grau de instrução, local em que vive, elementos culturais, etc) e não o critério do homem médio. No caso de contravenção penal, o art. 8º do Decreto-Lei 3.688/41 prevê o perdão judicial quando for escusável a ignorância ou a errada compreensão da lei.

1.1.3 Do cometimento de crime por motivo de relevante valor social ou moral

O art. 65, III, a, do CPB prevê como atenuante da pena o fato de ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral. Para Masson¹¹ motivo é o antecedente psíquico da conduta criminosa, deve ser relevante e adotar como parâmetro a conduta do homem médio e não o perfil subjetivo do réu. Para Cunha¹² o valor moral está relacionado a interesses particulares (piedade,

¹⁰ CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal para concursos**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 106.

¹¹ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – parte geral – vol. 1**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2016, p. 756.

¹² CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 435/436.

misericórdia, compaixão), já o relevante valor social está relacionado aos interesses de toda coletividade (altruísmo, gestos nobres).

No homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, CP) e na lesão corporal dolosa privilegiada (art. 129, § 4º, CP) o relevante valor social ou moral constituem causa de diminuição de pena, ao invés da atenuação. Para Jesus¹³ “de outra forma, o agente seria beneficiado duas vezes em face do mesmo motivo”.

1.1.4 Da atenuante de ter 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

Está prevista no art. 65, III, b, do CPB. Não se trata de desistência voluntária (voluntariamente interrompe o *iter criminis*) ou arrependimento eficaz (esgota os atos de execução, mas impede que o resultado se produza) do art. 15, do CPB, pois nesse caso não há nem tentativa, pois o crime não se consumou por vontade do agente que responderá apenas pelos atos praticados, se restar configurado outro crime ou contravenção. Também não é causa de diminuição de pena referente ao arrependimento posterior do art. 16 do CPB, pois no arrependimento posterior a reparação é até o recebimento da denúncia ou queixa nos crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa e por ato voluntário, enquanto na atenuante a reparação do dano pode ocorrer depois da denúncia/queixa, em que o crime já se consumou. Para Delmanto¹⁴ “Ao contrário do arrependimento eficaz (CP, art. 15, segunda parte), para a atenuante deste inciso III, b, não precisa haver eficácia em seu resultado”, ou seja, basta o esforço para diminuir as consequências e não ao resultado efetivo da tentativa.

Para Masson¹⁵, se a reparação ocorre em razão de condenação no juízo cível, não se aplica a atenuante deste item 1.1.4. A reparação do dano no peculato culposo, se preceder à sentença irrecorrível é causa de extinção de punibilidade, e após a sentença reduz de metade a pena, conforme art. 312, § 3º, do CP.

¹³ JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 300.

¹⁴ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 283.

¹⁵ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – parte geral – vol. 1**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2016, p. 757.

Ao se interpretar as súmulas 246 e 554 do STF verifica-se que no caso de crime de emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos, a reparação de danos até o recebimento da denúncia extingue a punibilidade do agente, salvo se houver fraude. No caso de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 2º do CP) é extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

1.1.5 Da atenuante no caso de cometimento de 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

Tem previsão no art. 65, III, c, do CPB. A coação deve ser resistível, pois do contrário, o art. 22 do CPB prevê que a coação física irresistível exclui a conduta do coagido (exclui o fato típico), já a coação moral irresistível exclui a culpabilidade. Se a ordem não for ilegal, responde pelo crime somente o superior. Na coação resistível, o subordinado terá a pena atenuada e o superior terá a pena agravada.

Masson¹⁶ afirma que “para aferir-se a resistibilidade ou não da coação, analisa-se o perfil do agente, e não da figura do homem médio”. O mal não precisa ser necessariamente dirigido ao coato, mas pode ser direcionado a outra pessoa (ex. parente).

Nas relações de direito público a ordem legal de superior hierárquico exclui a antijuridicidade, devido ao estrito cumprimento do dever legal, a não manifestamente ilegal exclui a culpabilidade por obediência hierárquica e a ordem ilegal é passível de incidir a atenuante para o subordinado.

A reação ao ato injusto da vítima não precisa ser imediata. Deve-se observar que nos crimes de lesão corporal dolosa privilegiada (art. 129, § 4º, CP) ou homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, CP), deverá incidir a causa de diminuição de pena de 1/6 a 1/3, se o agente comete o crime sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ao invés da atenuante que admite

¹⁶ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – parte geral – vol. 1**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2016, p. 758.

lapso de tempo maior entre ação e reação. Para Greco¹⁷ “dominar é perder completamente o controle da situação; influenciar-se é agir quando o ato podia ser evitado, mas a violenta emoção o impulsionou a praticá-lo”. Verifica-se que a violenta emoção é mais intenso que a influência da violenta emoção. Para Schmitt¹⁸ é necessário comprovar que o autor tenha sofrido perturbação em seu equilíbrio psíquico causado por ato injusto da vítima e não se deve confundir ato injusto com agressão injusta, pois do contrário, permite ao agente atuar em legítima defesa. O comportamento da vítima também constitui circunstância judicial, mas não será valorada se já caracterizar a atenuante.

Um indivíduo que após provocação por ato injusto, vai em casa e passados 40 min, ainda influenciado por violenta emoção, se arma e volta ao local do fato e mata a vítima incide a atenuante do art. 65, III, c, do CPB, ao invés da causa de diminuição do art. 121, § 1º, CPB. A premeditação é incompatível com essa atenuante.

1.1.6 Da atenuante de ter confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime

Está prevista no art. 65, III, d, do CPB. A autoridade é o juiz de direito, membro do Ministério Público ou delegado de polícia. Na visão de Busato¹⁹ para fazer jus a atenuante a confissão deveria ser espontânea, de iniciativa do réu, sem a intervenção de terceiros, sem retratação em juízo, sem alegação de excludentes (confissão qualificada). Para Mirabete²⁰ a confissão deve ser completa e movida por um motivo moral, altruístico, demonstrar arrependimento, podendo ocorrer na fase extrajudicial, porém não se configura se “alega causa justificativa ou dirimente” e “a retratação da confissão espontânea, porém, exclui a atenuante”. Capez²¹ não admite a confissão em segunda instância, tampouco se existirem fortes indícios da autoria.

¹⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 706.

¹⁸ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 173.

¹⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 906.

²⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Código penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 411/412.

²¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral (arts. 1º a 120)**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 494.

Para Masson²², a confissão deve ser fruto da sinceridade do íntimo do agente, não bastando ser voluntária, pois entende não ser razoável aos que confessam apenas para se beneficiar, sem a intenção de colaborar na apuração da infração penal e entende o limite temporal como sendo o trânsito em julgado da condenação

Nucci²³ é favorável à confissão parcial, se o magistrado levou em conta para o seu convencimento. Delmanto²⁴ entende que pouco importa o “motivo que levou o agente a confessar a autoria (arrependimento, propósito de se beneficiar em futura condenação etc.)”, mas não acolhe a retratação, “a não ser que a confissão policial influa na condenação”. Para Greco²⁵ “poderá o agente, inclusive, confessar o crime no qual foi preso em flagrante delito simplesmente com a finalidade de obter a atenuação de sua pena”. Para Queiroz²⁶ a confissão não precisa decorrer necessariamente de arrependimento, podendo ser admitida quando o agente pretender apenas beneficiar-se da atenuante.

A súmula 545, aprovada pelo STJ em 14/10/2015, reconhece que se a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus a atenuante da confissão espontânea. Assim, o STJ admite a confissão qualificada, parcial, retratada, extrajudicial, conforme AgInt no REsp 1557206/SP, 5ª Turma, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 24/05/2016 e REsp 1202111/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 17/03/2016.

O STF tem precedente (HC 99.436/RS, 1ª Turma, Min. Cármen Lúcia, j. 26/10/2010) admitindo a confissão espontânea, ainda que parcial, bem como a confissão qualificada e entende possível a confissão extrajudicial se servir de base para a condenação, conforme HC 91.654/PR, 1ª Turma, rel. Min. Carlos Brito, 08/04/2008.

No HC 328.021/SC, 5ª Turma, rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, j. 3/9/2015 e HC 229.478/RJ, 6ª Turma, Min. Nefi Cordeiro, j. 26/5/2015 o STJ acolheu a confissão parcial, aquela em que o réu confessa apenas parte dos fatos da

²² MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – parte geral – vol. 1**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2016, p. 758/760.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 513.

²⁴ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 283.

²⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 706.

²⁶ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 493.

denúncia. Já no julgamento dos embargos de divergência EREsp 1.416.247/GO, rel. Min. Ribeiro Dantas, 3ª Seção, j. em 22/6/2016, O STJ admitiu a confissão qualificada, ou seja, aquela em que o agente agrega teses defensivas discriminantes ou exculpantes, se for utilizadas para fundamentar a condenação. A confissão qualificada é muito importante para a convicção do juiz quanto a autoria do crime, por isso é razoável a sua concessão.

Para Delmanto²⁷ a confissão espontânea como mera circunstância atenuante não traz nenhum ou quase nenhum benefício ao acusado e seria salutar para o próprio sistema que uma reforma legislativa a tratasse “como uma causa geral de diminuição de pena, reduzindo-a, por exemplo, de um sexto a um terço”. Seria uma boa forma de estipular uma fração na diminuição da pena.

1.1.7 Da atenuante de ter cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Tem previsão no art. 65, III, e, do CPB. Um dos exemplos é a briga de torcidas nos estádios de futebol, outro exemplo é a participação em “linchamentos”. Para Queiroz²⁸ “sob a influência de multidão em tumulto o agente é em geral mais propenso a fazer coisas que não faria não fosse aquele estado em que se viu envolvido”, como danificar bens públicos, participar de briga entre grupos rivais, etc. Daí haveria menor grau de culpabilidade.

A provocação de tumulto é contravenção penal do art. 40 do Decreto-lei 3.688/1941 (Lei de Contravenções Penais). Prevê a conduta de provocar tumulto ou portar-se de modo inconveniente ou desrespeitoso, em solenidade ou ato oficial, em assembleia ou espetáculo público, se o fato não constitui infração penal mais grave. O art. 41 também prevê provocar alarma, anunciando desastre ou perigo inexistente, ou praticar qualquer ato capaz de produzir pânico ou tumulto. A pena em qualquer dessas contravenções será de prisão simples, de 15 dias a 6 meses, ou multa. Não incidirá a atenuante se ficar caracterizado o crime de rixa.

²⁷ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 283/284.

²⁸ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 495.

1.1.8 Da atenuante inominada

O art. 66 do CPB prevê a circunstância atenuante inominada, em que a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. O STJ entende que os bons antecedentes criminais não caracteriza essa atenuante (REsp. 1.405.989/SP, 6ª Turma, rel. para o acórdão Min. Nefi Cordeiro, j. 18/8/2015). Mirabete²⁹ considera como atenuantes inominadas “o arrependimento sincero do agente, sua extrema penúria, a recuperação do agente após o cometimento do crime, a confissão, embora não espontânea” e ainda o fato do agente ter sofrido dano físico, fisiológico ou psíquico em decorrência do crime ou ser portador de doença incurável.

Há quem defenda a coculpabilidade (o Estado contribuiu para o cometimento do crime devido à marginalização, discriminação, exclusão, etc) ou vulnerabilidade (ausência de família organizada, sem instrução, etc) como uma circunstância atenuante inominada. Para Boschi³⁰ é justificável haver menor reprovação ao autores do crime que são vítimas de anomalias sociais como dificuldades de emprego, de acesso à educação, etc. O STJ não acata nenhuma dessas teorias, conforme HC 116972/MS, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/08/2010. O tema é controverso e apresenta dificuldade prática na adoção e escolha de critérios para aferir se determinado réu faria jus a atenuante inominada com base numa dessas duas teorias.

1.2 Das atenuantes previstas na Legislação Especial

Não há óbice na aplicação de atenuantes previstas no Código Penal, quando não houver conflito com a legislação especial.

1.2.1 Das atenuantes da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio)

O art. 56, *caput*, da Lei 6.001/73 prevê no caso de condenação de índio por infração penal, que a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz

²⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Código penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 419.

³⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 240.

atenderá também ao grau de integração do silvícola. O STJ decidiu no REsp 1.129.637/SC, 6ª Turma, rel. Sebastião Reis Júnior, j. 25/02/2014, que não é possível a aplicação desse artigo a silvícola adaptado à sociedade civil. Para Nucci³¹ essa atenuante deve ser confrontada, nos termos do art. 67 do Código Penal, se houver, com outras agravantes, e por se tratar de lei especial, deve preponderar sobre eventuais agravantes previstas no Código Penal.

1.2.2 Das atenuantes da Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais)

As atenuantes dos crimes ambientais estão descritas no art. 14 da Lei 9.605/1998.

1.2.2.1 Atenuante do baixo grau de instrução ou escolaridade do agente

Está prevista no art. 14, I, da Lei 9.605/1998. O baixo grau de instrução ou escolaridade do agente pode propiciar o desconhecimento da lei ou sua compreensão equivocada.

1.2.2.2 Atenuante do arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada

Tem previsão no art. 14, II, da Lei 9.605/1998. O caso aqui não é de desistência voluntária ou arrependimento eficaz do art. 15, do CP, tampouco arrependimento posterior (art. 16, do CP), mas de atenuante que equivale à do art. 65, III, b, do CP: ter o agente, 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.

1.2.2.3 Atenuante da comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental

Está prevista no art. 14, III, da Lei 9.605/1998. A depender do momento da comunicação pode caracterizar arrependimento eficaz (art. 15, 2ª parte, CP), mero arrependimento (art. 14, II, desta lei ambiental nº 9.605/1998), confissão

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** - – vol. 2. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 446.

espontânea (art. 65, III, “d”, CP) ou a atenuante aqui descrita. Nucci³² tece críticas à utilização da palavra iminente na frase, haja vista que se o agente avisar a autoridade irá configurar desistência voluntária, prefere que fosse utilizada a expressão perigo atual, pois, diferencia “A iminência (algo que vai ocorrer em breve) do perigo (risco de algo acontecer) é situação nebulosa e que está mais próxima da preparação de um delito do que, propriamente, da execução”.

1.2.2.4 Atenuante da colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental

Tem previsão no art. 14, IV, da Lei 9.605/1998. É equivalente à atenuante inominada do art. 66 do Código Penal.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas - – vol. 2.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 578.

2. CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES DA PENA

O Código de Processo Penal Brasileiro (CPP) prevê em seu art. 387, I que o juiz, ao proferir sentença condenatória mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal (CP), e cuja existência reconhecer. As agravantes da pena estão previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal Brasileiro (CPB) e em legislação extravagante. São denominadas agravantes genéricas as localizadas na parte geral do CPB, legais porque são previstas em lei, taxativas porque estão expressamente previstas na legislação e não admite analogia "*in malam partem*" ou extensão.

Circunstâncias agravantes são dados/fatos, objetivos ou subjetivos, que agravam a pena, mas não estruturam, nem influenciam na existência do crime e estão localizadas nos parágrafos. Não podem ser elementares (elementos principais que constituem o delito), nem qualificarem o crime, tampouco exasperarem a pena-base, sob risco de caracterizar *bis in idem*. Podem ser objetivas (relacionadas ao fato: lugar do crime, tempo, modo de execução, etc) ou subjetivas (relacionadas ao sujeito: antecedentes, personalidade, conduta social, reincidência). Para Greco³³, por agravar a pena, o rol constante do art. 61 do Código Penal é taxativo e não admite ampliação por interpretação ou analogia. O *quantum* a ser utilizado é uma discricionariedade vinculada, à medida que fica a critério do juiz o valor que será agravado na pena, dentro dos limites mínimo e máximo estabelecidos, e deverá fundamentar cada etapa. Não necessitam constar da denúncia, pois não integram o fato típico.

As circunstâncias agravantes não incidem nos crimes culposos, salvo a reincidência. Apesar disso, o STF tem um julgado antigo no sentido contrário (HC 70362/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/1993), em que utilizou a agravante de motivo torpe em crime culposo. Trata-se do caso do acidente do navio Bateau Mouche, de grande repercussão social, em que dezenas de pessoas morreram, devido à superlotação da embarcação. Para Jesus³⁴ as circunstâncias agravantes devem ser aplicadas apenas a crimes dolosos. De acordo com a decisão da 6ª Turma do STJ no REsp. 1.254.749/SC, rel. Min. Maria Thereza de Assis

³³ GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 10. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016, p. 200.

³⁴ JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 271.

Moura, j. em 06/05/2014, é possível a aplicação das agravantes genéricas do art. 61 do CP aos crimes preterdolosos.

2.1 Aplicação das circunstâncias agravantes e o Código de Processo Penal

O art. 385 do Código de Processo Penal estabelece que nos crimes de ação pública, o juiz poderá reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. Boschi³⁵ critica esse artigo, por entender que as agravantes deveriam ser descritas na denúncia ou queixa, e o juiz não poderia ir além dos limites fixados pelo acusador na denúncia, queixa ou aditamento, e embora reconheça que a circunstância atue como simples causa de modificação da pena-base, entende que deve-se garantir a ampla defesa, e assegurar o princípio que condiciona a validade da imputação a fato certo e explícito. Delmanto³⁶ também entende que as agravantes deveriam constar da denúncia, ou queixa, ou do aditamento a ela. De fato, o art. 385 do CCP dificulta a ampla defesa quanto às agravantes.

O art. 476, caput do CPP prevê que encerrada a instrução plenária do tribunal do júri, após o interrogatório do acusado, inicia-se a fase de debates em que o Ministério Público poderá sustentar a existência de circunstâncias agravantes. Lopes Júnior³⁷ entende que uma vez afastada alguma qualificadora, mas pronunciado o réu, não pode o Ministério Público (ou querelante), postular a sua inclusão em plenário, sob o rótulo de agravante. Nucci³⁸ tem entendimento no mesmo sentido. Assim, se uma agravante constar como qualificadora do crime de homicídio e não tiver sido reconhecida na pronúncia, não será possível ao juiz utilizá-la para agravar a pena. Lima³⁹ enfatiza que:

Nesse contexto, é interessante perceber que as qualificadoras do crime de homicídio previstas nos incisos I, II, III, IV e V do art. 121 do Código Penal também são especificadas no art. 61, inciso II, como circunstâncias agravantes. Por esse motivo, devem ser incluídas na denúncia como qualificadoras, e expressamente reconhecidas na pronúncia. Logo, se tal circunstância não constou da pronúncia como qualificadora, é inviável que a acusação pretenda seu reconhecimento pelo juiz presidente como

³⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 202/203.

³⁶ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 267.

³⁷ LOPES JÚNIOR, Auri. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 851.

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1059.

³⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1400.

circunstância agravante. Assim, se o acusado foi denunciado por homicídio qualificado por motivo fútil, porém se viu pronunciado por homicídio simples, operando-se a preclusão desta decisão, afigura-se inadmissível a reinclusão de uma qualificadora com outra roupagem – circunstância agravante (CP, art. 61, II, “a”).

Assim, como regra geral, as agravantes podem ser reconhecidas pelo juiz sem necessidade de constar na denúncia. No caso do tribunal do júri, se for inserida como qualificadora e não reconhecida na pronúncia, não poderá o juiz reconhecê-la posteriormente.

2.2 Das agravantes previstas no Código Penal

O art. 61 do CPB informa que são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I – a reincidência

2.2.1 Da reincidência

O próprio Código Penal informa no artigo 63 que verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime (consumado ou tentado), depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Esse artigo deve ser conjugado com o art. 7º da Lei de Contravenções Penais – LCP (Decreto-Lei 3.688/41) que prevê a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção. Assim, cometidos dois ou mais delitos distintos um após o(s) outro(s), só não haverá reincidência no último, se cometer crime após condenação definitiva por contravenção no Brasil ou no estrangeiro, assim como se cometer contravenção após condenação definitiva por contravenção penal praticada no estrangeiro. Dessa maneira, tanto o crime/contravenção quanto o trânsito em julgado deverão ter ocorrido antes do novo crime/contravenção, pois se o trânsito ocorrer após o segundo fato não haverá reincidência, mas poderá caracterizar maus antecedentes. Não é necessária homologação de sentença estrangeira para gerar reincidência, conforme art. 9º, do CP.

O art. 64, I, do Código Penal considera que para efeito da reincidência 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 cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação. Parte considerável da doutrina e da jurisprudência costuma utilizar essa situação como maus antecedentes, mas é um assunto controverso. Para Mirabete⁴⁰ “Mesmo a condenação anterior já atingida pelo período depurador previsto no art. 64, inciso I, do CP, ainda que não gere reincidência, deve ser considerada como mau antecedente”. Jesus⁴¹, Nucci⁴², Capez⁴³ e Cunha⁴⁴ têm entendimento nesse mesmo sentido. Masson⁴⁵ entende que o Código Penal adotou o sistema da perpetuidade para os maus antecedentes, em que o decurso do tempo após o cumprimento ou extinção da pena não elimina essa circunstância, ao contrário do que ocorre com a reincidência (CP, art. 64, I).

Para Queiroz⁴⁶, passado o período depurador de 5 anos do art. 64, I, do CP, a condenação não poderia ser utilizada como maus antecedentes, pois caracterizaria a perpetuidade da pena. Schmitt⁴⁷ entende que isso constitui analogia *in malam partem*, gera um estigma perpétuo, viola princípios legais e constitucionais, sobretudo o da ressocialização da pena e da vedação ao caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, b, da CF). Para Bitencourt⁴⁸ deve-se “respeitar a limitação temporal dos efeitos dos ‘maus antecedentes’, adotando-se o parâmetro previsto para os ‘efeitos da reincidência’ fixado no art. 64 do CP, em cinco anos, com autorizada analogia”. Boschi⁴⁹ entende que não pode ser utilizada como maus antecedentes “porque consagra o paradoxo de produzir a limitação temporal do mais grave (a reincidência) e por produzir a eternização do mais leve dos efeitos (os maus antecedentes)

⁴⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Código penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 351.

⁴¹ JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 293.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 459.

⁴³ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral (arts. 1º a 120)**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 482.

⁴⁴ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 416.

⁴⁵ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – parte geral – vol. 1**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2016, p. 727.

⁴⁶ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 480.

⁴⁷ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 186/187.

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito pena: parte geral. V 1**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.778.

⁴⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 208.

advindos de condenação pretérita”. Delmanto⁵⁰ tem entendimento nesse mesmo sentido.

O tema está afetado à repercussão geral pelo STF desde 26/2/2009 e pendente de julgamento no plenário (RE 593.818/SC, rel. Min. Roberto Barroso). O STF e o STJ divergem sobre o tema, de forma que o STF tem concedido vários Habeas Corpus, desde 2013, tendo como autoridades coatoras as turmas do STJ, com fundamento no art. 64, I, do CP, no sentido de que as condenações transitadas em julgado há mais de 5 anos não poderão caracterizar maus antecedentes: 1ª Turma (HC 119.200/PR, j. 11/02/2014) e 2ª Turma (HC 128.153/SP, j. 10/5/2016; HC 132.600/ES, j. 19/04/2016; HC 133.077/SP, j. 29/03/2016; HC 131.720/RJ, j. 02/02/2016; HC 130.613/RJ, j. 24/11/2015; HC 130.500/RJ, j. 24/11/2015; HC 126.315/SP, j. 15/9/2015; HC 125.586/SP, j. 30/6/2015; HC 110.191/RJ, j. 23/04/2013). Alguns ministros do STF passaram a afastar os maus antecedentes de forma monocrática: Celso de Mello, no HC 132669/SP, j. 19/04/2016; Teori Zavascki, no HC 133744/DF, j. 09/06/2016; Gilmar Mendes, no RE 810321/SP, j. 17/06/2016; Dias Tofoli, no HC 135044/MT, j. 17/06/2016. De outra maneira, os Ministros Roberto Barroso e Edson Fachin negaram seguimento a recursos de suas relatorias de forma monocrática, em que se pleiteavam o afastamento dos maus antecedentes, conforme RE 969547/SP, j. 30/05/2016 e HC 119369/SP, j. 02/05/2016 respectivamente. Assim, enquanto não pacificar o entendimento dessa repercussão geral que tramita a mais de 7 anos, a concessão/afastamento dos maus antecedentes vai depender do relator a que o recurso será distribuído.

Apesar dos *Habeas Corpus* constantemente deferidos pelo STF, o STJ mantém seu entendimento de não afastar os maus antecedentes que ultrapassaram o período depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do CP, conforme julgados da 5ª Turma no HC 360870/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 09/08/2016 e da 6ª Turma no AgRg no REsp 1604407/RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 02/08/2016. Algumas decisões do STF estão rechaçando a incômoda situação da perpetuidade na aplicação dos maus antecedentes até então utilizada no Brasil, apesar da Constituição Federal de 1988 expressamente proibir a pena perpétua e o CP não mais adotá-la após a reforma de 1984.

⁵⁰ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 254.

A doutrina denomina reincidência real/própria/verdadeira quando o agente comete nova infração após cumprir totalmente a pena do crime anterior (ou da declaração de extinção), porém dentro do prazo de 5 anos denominado período depurador (sistema de temporariedade). A reincidência ficta/presumida/imprópria /falsa ocorre se a nova infração for cometida antes de cumprir a pena da condenação anterior, ou seja, o prazo de caducidade/período depurador da reincidência ainda não iniciou. O período depurador de cinco anos é contado da data efetiva do cumprimento ou da extinção da pena, e não da data da sentença que formalmente declara extinta. Se houver suspensão condicional da pena, a contagem do prazo do período depurador inicia da audiência admonitória. No caso do livramento condicional, da cerimônia que o concedeu, desde que não revogada a medida ou extinta a pena, conforme arts. 82 e 90, do CP. Nucci⁵¹ exemplifica que “se o condenado cumpre sursis por 2 anos, sem revogação, ao seu término, o juiz declara extinta a pena, nos termos do art. 82 do Código Penal, e ele terá somente mais 3 anos para que a condenação perca a força de gerar reincidência”. Também dá exemplo de condenado a 12 anos de reclusão que cumpre 6 anos por livramento condicional, sem que tenha havido revogação, declarada extinta a pena, nos termos do art. 90 do CP, perde imediatamente a força para gerar reincidência.

Masson⁵² relata que ocorre reincidência genérica quando os crimes praticados estão previstos em tipos penais diversos, e ocorre reincidência específica quando os crimes estão definidos no mesmo tipo penal. Exemplifica o furto e estupro como reincidência geral; e o roubo seguido de roubo como reincidência específica. O art. 296 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) permite a suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor ao reincidente específico nos crimes previstos no CTB. O art. 44, § 3º, CP veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos reincidentes específicos. O art. 83, V do CP veda o livramento condicional aos reincidentes específicos em crimes hediondos e equiparados. Essas são algumas consequências que a legislação brasileira traz aos reincidentes específicos

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 203.

⁵² MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – parte geral – vol. 1**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2016, p. 740.

A reincidência é uma circunstância agravante genérica subjetiva ou pessoal que não se comunica aos coautores ou partícipes, pois se relaciona ao agente e não ao fato. Doutrinadores como Mirabete⁵³, Nucci⁵⁴, Masson⁵⁵, Capez⁵⁶, Cunha⁵⁷ entendem que independentemente da primeira condenação ser de multa ou privativa de liberdade para caracterizar a reincidência. Segundo Delmanto⁵⁸, havia três posições na jurisprudência anterior à reforma penal de 1984, sobre a pena de multa ensejar ou não a reincidência: para uma, não havia reincidência; para outra, ela só existiria se ambos os crimes fossem dolosos; para a terceira, ela existiria em qualquer caso. Ele acredita que a primeira posição era a mais adequada, e argumenta que “a inexpressividade da condenação anterior por multa não se coaduna com os severos efeitos que a Lei nº 7.209/84 imprime à reincidência”. Sua tese é reforçada pela nova redação do art. 51 do CP que passou a considerar a pena de multa “dívida de valor”, não permitindo mais sua conversão em pena privativa de liberdade.

Para Busato⁵⁹ e Queiroz⁶⁰ a reincidência, por si, constitui “*bis in idem*”, por entender que está a aplicar castigo mais de uma vez pelo mesmo fato, por uma infração anteriormente praticada. Esse último autor argumenta ainda que não vê proporcionalidade no acréscimo da pena de um novo crime, pela reincidência, ser igual ou superior à própria pena antes imposta. Cita que alguns doutrinadores defendem a reincidência como circunstância atenuante ou indiferente. Delmanto⁶¹ discorda desse raciocínio e afirma que “não seria proporcional que o criminoso primário recebesse, pelo mesmo fato, idêntica pena em relação àquele que é contumaz violador da lei penal”. Para Mirabete⁶² esse incremento na pena é justificável “para aquele que, punido, anteriormente, voltou a delinquir,

⁵³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 295.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 503.

⁵⁵ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – parte geral – vol. 1**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2016, p. 738.

⁵⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral (arts. 1º a 120)**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 502.

⁵⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 423.

⁵⁸ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 276.

⁵⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 891.

⁶⁰ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 480/481.

⁶¹ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 275.

⁶² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 295.

demonstrando com sua conduta criminosa que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo”. Para Nucci⁶³ a reincidência está em consonância com o preceito constitucional da individualização da pena (art. 5.º, XLVI, CF), por não haver pena padronizada.

O STF, ao julgar o RE 453.000/RS, pelo tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 04/04/2013, decidiu em tema de repercussão geral que é constitucional a aplicação da reincidência como agravante da pena em processos criminais, e não há ofensa aos princípios do “*non bis in idem*”, da individualização da pena, da proporcionalidade, não há violação constitucional à coisa julgada, tampouco dupla punição pelo mesmo fato. Mencionou diversas situações em que é possível incidir a reincidência, além do agravamento da pena:

a) desfavorecimento à fixação do regime inicial de cumprimento de pena em regime semiaberto e aberto (art. 33, § 2º, b e c, do CP);

b) impossibilidade da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa (artigos 44, II; e 60, § 2º, do CP);

c) preponderância no concurso de agravantes e atenuantes (CP, art. 67);

d) dificulta a concessão do sursis (CP, art. 77, I);

e) efeito sobre o tempo para concessão do livramento condicional (CP, art. 83, I e II);

f) aumento do prazo prescricional (art. 110, do CP) e interrupção (art. 117, VI, do CP);

g) revogação de sursis e livramento condicional, e impossibilidade, em alguns casos, de diminuição da pena, da reabilitação e da prestação de fiança (artigos 155, § 2º; 170; 171, § 1º; e 95 do CP; e art. 323, III, do CPP);

h) impede a transação e afasta a suspensão condicional do processo nos juizados especiais (artigos 76, § 2º, I e 89, da Lei 9.099/95);

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 500.

i) a Lei 11.343/2006 preceitua como causa de diminuição de pena o fato de o agente ser primário e detentor de bons antecedentes (art. 33, § 4º);

j) requisito objetivo para progressão de regime de 2/5 da reprimenda, se primário o agente; e 3/5, se reincidente no caso de crimes hediondos (Lei 11.494/2007);

k) impedimento ao reincidente específico de livramento condicional aos condenados por crime hediondo, tortura e tráfico ilícito de entorpecentes (art. 83, V, CP);

l) agravante da contravenção penal prevista no art. 25 do Decreto-Lei 3.688/41;

m) influência na revogação do sursis processual, do livramento condicional e da reabilitação (artigos 81, I e § 1º; 86; 87 e 95 do CP).

Além dos reflexos já citados, a reincidência também impede a aplicação da receptação privilegiada (art. 180, § 5º, parte final, do CP); permite a decretação da prisão preventiva, se já houver condenação por crime doloso (art. 313, inciso II, do CPP). Na imposição apenas da pena de multa em crime doloso, a reincidência não obstaculariza o sursis, conforme art. 77, § 1º, do CP, nem a reabilitação (art. 95, CP).

Conforme mencionado anteriormente, a reincidência tem reflexo na progressão de regime. O art. 2º, § 2º da Lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos) prevê progressão de regime aos condenados por crime hediondo após cumprirem 2/5 da pena, se primário ou 3/5, se reincidente. Há que se observar que a atual jurisprudência do STF, no julgamento em plenário do HC 118.533, rel^a Min^a Cármen Lúcia, ocorrido em 23/6/2016 entendeu que o denominado “tráfico privilegiado” (art. 33, § 4º, da Lei 11343/2006) não tem natureza hedionda. Assim, os condenados por esse crime poderão progredir de regime após cumprirem 1/6 da pena, conforme art. 112 da Lei 7.210/84 e obter livramento condicional após a execução de 1/3 da pena. Também possibilita a anistia, graça, indulto e fiança. Com essa decisão, o STJ deverá rever sua súmula 512, de 11/6/2014, que não afastava a hediondez desse crime.

Para efeitos de reincidência, o art. 64, II, do CPB observa que não se deve considerar os crimes militares próprios (previstos apenas no CPM e cometidos exclusivamente por militar. Ex.: deserção, motim, revolta, etc) e políticos. Para Nucci⁶⁴ o crime político é o que ofende interesse político do Estado, como integridade territorial, soberania nacional, regime representativo e democrático, Federação, Estado de Direito, a pessoa dos chefes dos poderes da União, independência, além dos crimes eleitorais. Entende que a condenação por crime político anterior e o cometimento de outro crime igualmente político é capaz de gerar a reincidência (art. 4º, I, Lei 7.170/83), também entende que gera reincidência o cometimento de um crime militar próprio e de outro delito militar próprio (art. 71, CPM), e argumenta que a lei quis evitar foi a confusão entre crime político e crime comum, bem como evitar a mistura entre crime militar próprio e crime comum. Para Delmanto⁶⁵ os crimes eleitorais são exemplos de crimes exclusivamente políticos. Para Mirabete⁶⁶ “os crimes políticos, sejam próprios ou relativos, hoje tipificados na Lei de Segurança Nacional, também não geram, como antecedentes, a reincidência para os delitos comuns”. Capez⁶⁷ entende que se o agente praticar “crime militar próprio, após ter sido definitivamente condenado pela prática de crime comum, será reincidente perante o CPM, pois este não tem norma equivalente”. De toda maneira, os crimes militares impróprios (os previstos simultaneamente no CP e CPM. Ex.: homicídio) caracterizam reincidência.

A súmula 241 do STJ prevê que a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Se isso ocorrer haverá “*bis in idem*”. No caso de duas ou mais condenações com trânsito em julgado, para Queiroz⁶⁸ ofende o princípio da legalidade e constitui “*bis in idem*” a utilização de uma delas como maus antecedentes na aplicação da pena-base e da outra como reincidência. Entretanto, o STF (HC 107456/RS, 1ª Turma, rel. Min. Roberto Barroso, j. 03/06/2014 e HC 108059/MG, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19/03/2013) e o STJ (HC 295958/RS, 5ª Turma, Min. Ribeiro

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 462/463.

⁶⁵ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 279.

⁶⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Código penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 406.

⁶⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral (arts. 1º a 120)**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 505.

⁶⁸ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 479.

Dantas, j. 28/06/2016; HC 356274/RJ, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16/06/2016) afirmam que isso é possível. Para Nucci⁶⁹, Boschi⁷⁰, Cunha⁷¹ é possível reconhecer ao réu possuidor de mais de um antecedente criminal tanto a reincidência quanto a circunstância judicial de mau antecedente.

Mirabete⁷², Nucci⁷³, Capez⁷⁴, Greco⁷⁵, Boschi⁷⁶,. Queiroz⁷⁷, Cunha⁷⁸ entendem que a reincidência é provada pela certidão do cartório, sendo que a folha de antecedentes não podem suprir essa falta. Delmanto⁷⁹ tem entendimento no mesmo sentido e acrescenta “que a certidão indique a data em que a condenação se tornou definitiva e o dia do eventual cumprimento ou extinção da pena (esta última exigência para fins do art. 64)”. Isso evitaria dúvidas quanto ao tempo de extinção da pena, pois muitas vezes, por falta de troca de informações entre o juiz do conhecimento e o juiz da execução há controvérsia quanto ao tempo da extinção da pena, principalmente quando se trata de unidades da federação distintas. Não é por mero formalismo que esses doutrinadores recomendam a utilização de certidão cartorária. A experiência em seus ambientes de trabalho e os diversos processos em que atuaram, sejam como magistrados, promotores ou advogados o fazem recomendar essa precaução. A utilização apenas de folha de antecedentes possibilita maior chance de erros.

O STJ entende que a agravante da reincidência pode ser comprovada com a folha de antecedentes criminais (condenações cadastradas em bancos de dados policiais), não sendo obrigatória a apresentação de certidão cartorária – do cartório judicial (HC 309.735/SP, 5ª Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 02.08.2016;

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 502.

⁷⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 207/208.

⁷¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 426.

⁷² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Código penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 397.

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 459.

⁷⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral (arts. 1º a 120)**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 482.

⁷⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 696.

⁷⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 204.

⁷⁷ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 479.

⁷⁸ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 425.

⁷⁹ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 277.

AgRg no AREsp 549303/ES, 6ª Turma, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 19.05.2015). O STF entende que a legislação estabelece apenas o momento em que a reincidência pode ser verificada (art. 63 do CP), mas não exige um documento específico para a sua comprovação, conforme HC 103969/MS, 1ª Turma, rel Min. Ricardo Lewandowski, j. 21/09/2010.

Queiroz⁸⁰ entende que não caracterizam reincidência: a decisão judicial que concede suspensão condicional do processo (art. 89, Lei 9.099/95), homologa composição civil (art. 74, Lei 9.099/95) ou aplica pena restritiva de direito em transação penal (art. 76, § 4º, Lei 9.099/95); o perdão judicial (art. 120, CP); a medida de segurança (maioria da doutrina); a prescrição da pretensão punitiva retroativa ou superveniente. Esse último caso (prescrição) é plenamente justificável, pois não houve a condenação definitiva, mas no caso de prescrição executória, só não incidirá como reincidência se houver abolitio criminis (o fato se tornou atípico) ou anistia.

2.2.2 Do motivo fútil ou torpe

O art. 61 do CPB informa que são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

II – ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe.

Fútil é o motivo desproporcional, desarrazoado, insignificante, mesquinho, leviano, de pouca importância, frívolo. O item 38 da exposição de motivos do CP considera fútil o delito que pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o crime. Ex.: alguém está furtando frutas do vizinho que pede ao invasor que saia e este continua a colher as frutas e é alvejado por tiros, vindo a ficar na UTI por vários meses. Para Nucci⁸¹ e Busato⁸² a ausência de motivo não caracteriza futilidade, já Capez⁸³ entende que sim. Para o STJ a ausência de motivo não se equipara à

⁸⁰ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 478.

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 486/487.

⁸² BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 893.

⁸³ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral (arts. 1º a 120)**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 485.

existência de futilidade, conforme AgRg no REsp 1.289.181/SP, 5ª Turma, relª Laurita Vaz, j. 17.10.2013.

Torpe é o moralmente reprovável, vil, abjeto, ignóbil, desprezível, repugnante. Para Jesus⁸⁴ “É o repugnante, que contrasta com a moral média”. Para Mirabete⁸⁵ o ciúme não é fútil, nem torpe.

O STJ permite a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante do motivo fútil, por entender que a primeira está relacionada à personalidade do agente e a segunda aos motivos determinantes do crime, conforme HC 338215/SC, 5ª Turma, rel. Min. Félix Fischer, j. 08/03/2016.

2.2.3 Da facilitação ou asseguaração da execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime

Está previsto no art. 61, II, “b”, do CP. Há um vínculo (conexão) com outro delito que se pretende praticar (facilitar ou assegurar a execução de um crime futuro) ou já praticado (ocultação, impunidade ou vantagem de um delito passado). No primeiro caso há conexão teleológica, no segundo, consequencial. No homicídio doloso essas condições constituem qualificadoras. A atuação pode ser em benefício próprio ou alheio. Para Nucci⁸⁶ se atingir dois resultados ambos devem ser punidos utilizando a regra do concurso material.

2.2.4 Do cometimento do crime à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido

São formas de execução do crime previstas no art. 61, II, “c”, do CP. Traição é a quebra de confiança, hipocrisia, deslealdade. Emboscada é a tocaia, a cilada, a espreita, o ataque de surpresa. Dissimulação é o disfarce, o fingimento, a ocultação da intenção criminosa, utilização de artimanhas, artifícios para aproximar-se da vítima. Outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido

⁸⁴ JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 274.

⁸⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Código penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 385.

⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 450.

deve ser analisado no caso concreto, de modo a se fazer uma interpretação analógica (ex.: assassinar a vítima que dorme).

Para o STJ é possível a aplicação dessa agravante genérica aos crimes preterdolosos, como o delito de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do CP), conforme REsp. 1.254.749/SC, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 06/05/2014.

2.2.5 Do emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum

Estão previstos no art. 61, II, “d”, do CP. Meio insidioso é a dissimulação. O perigo comum é o capaz de colocar em risco mais pessoas que o desejado pelo agente. O meio cruel é definido pelo item 38 da exposição de motivos do CP como o que aumenta inutilmente o sofrimento à vítima, ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade. Ex.: alguém que obriga a vítima a ingerir veneno que causa a morte lentamente e fica agonizando por várias horas.

O emprego de veneno sem ser notado pela vítima é espécie de meio insidioso. A utilização de explosivo e/ou fogo quando há perigo para várias pessoas é espécie de meio que resulta em perigo comum.

Se a tortura caracterizar o crime do art. 1º da Lei 9.455/97 não incidirá a agravante. Tampouco, se ficar caracterizado crime autônomo previsto dentre os crimes de perigo comum constantes no capítulo I, do título VIII do Código Penal: incêndio; explosão; uso de gás tóxico ou asfixiante; fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante; inundação; perigo de inundação; desabamento ou desmoronamento; subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento; difusão de doença ou praga. Observa-se que o art. 61 da Lei 9.605/98 passou a regular inteiramente a matéria desse último crime.

2.2.6 Do crime contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge

Essas agravantes estão previstas no art. 61, II, “e”, do CP. Para Nucci⁸⁷ “entende-se, majoritariamente, serem aplicáveis as circunstâncias agravantes previstas no inciso II somente aos crimes dolosos, por absoluta incompatibilidade com o delito culposos, cujo resultado é involuntário”. Masson⁸⁸ afirma que “o sujeito deve efetivamente aproveitar-se das facilidades que o parentesco ou o matrimônio lhe proporcionam, pois caso contrário não terá incidência o dispositivo legal”. O parentesco pode ser natural (sanguíneo) ou civil (adoção). Como o Direito Penal não admite analogia “*in malam partem*”, o STJ entende que não se aplica à união estável, de acordo com o REsp 1.201.880/RS, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 07/05/2013. Para Mirabete⁸⁹ não se aplica ao mero casamento religioso, ao separado judicialmente ou de fato. Para Nucci⁹⁰ é possível inserir a companheira (ou companheiro, da união estável) na agravante da alínea “f” seguinte: “prevalendo-se de relações domésticas”. Capez⁹¹ entende ser possível incidir a agravante no caso de união estável. A interpretação de Nucci parece-me ser mais razoável.

Deve-se comprovar o parentesco ou vínculo matrimonial por documento hábil (certidão de nascimento, certidão de casamento, carteira de identidade, etc). A causa de aumento de pena do art. 226, II, do CP aplicada aos crimes contra a dignidade sexual afasta essa agravante. Nos crimes patrimoniais, o art. 181, I e II do CP prevê isenção de pena ao agente que causa prejuízo ao cônjuge na constância da sociedade conjugal, ao ascendente ou descendente (legítimo ou ilegítimo, civil ou natural). Nesse caso do art. 181 do CP não favorece ao estranho à família que participa do crime, nem se aplica ao crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, tampouco se o crime for praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, devido à previsão expressa do art. 183 do Código Penal (alteração inserida pelo Estatuto do Idoso).

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 485.

⁸⁸ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – parte geral – vol. 1**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2016, p. 748.

⁸⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 292.

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 490.

⁹¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral (arts. 1º a 120)**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 487.

2.2.7 Do crime cometido com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma de lei específica

Previsto no art. 61, II, “f”, do CP, o abuso de autoridade (moral) nesse caso se refere às relações privadas (tutor, curador, guardião, hierarquia eclesiástica, etc). Deve haver dependência entre a vítima e o agressor. A causa de aumento de pena do art. 226, II do CP aplicada aos crimes contra a dignidade sexual afasta essa agravante.

Para caracterizar relações domésticas não é necessário parentesco. Ex. empregada doméstica e patroa, amigos da família, agregados, etc. Ao companheiro(a) em união estável é possível incidir a agravante prevista nessa alínea (prevalecendo-se de relações domésticas). Coabitar é residir no mesmo teto. Ex.: moradores de um pensionato, de uma república de estudantes, presos de uma mesma cela. Hospitalidade é a recepção eventual, provisória, com consentimento do morador. Ex.: receber visita de casal para um almoço em casa.

O art. 43 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) acrescentou a parte final desse inciso (com violência contra a mulher na forma de lei específica). Para Lima⁹² a inovação fica restrita “apenas às situações de relação íntima de afeto (Lei nº 11.340/2006, art. 5º, III), ou de relações familiares distintas daquelas em que a ofendida seja ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do sujeito ativo”. Para Mirabete⁹³ a violência pode ser física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, contra a mulher (art. 7º). Se a violência contra a mulher já for utilizada para qualificar o crime, como é o caso do art. 129, § 9º, do CPB (lesão corporal) ou do art. 121, § 2º, VI do CPB (feminicídio) não deverá ser considerada como agravante, para não incidir em “*bis in idem*”.

Há precedente do STJ admitindo a compensação da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP) com a agravante de ter sido o crime praticado com violência contra a mulher (art. 61, II, f, do CP), conforme AgRg no

⁹² LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 966.

⁹³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 292.

AREsp 689.064/RJ, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 06/08/2015.

2.2.8 Do crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão

Com previsão no art. 61, II, “g”, do CP, o abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo se refere aos servidores/funcionários públicos, enquanto o abuso de poder ou violação de dever inerente a ofício, ministério ou profissão se relaciona às atividades privadas. No primeiro caso são necessários dois requisitos: a condição de servidor/funcionário público e a utilização da facilidade do cargo para cometer o delito. No segundo caso: ofício e profissão estão relacionados às atividades profissionais remuneradas (crimes praticados por advogados, médicos, enfermeiros, dentistas, engenheiros, agrônomos, em razão do exercício de suas funções). Ministério se refere às atividades religiosas (padre, pastor, rabino).

Se for caracterizado crime autônomo essa agravante não será utilizada, para não se incorrer em *bis in idem*, como nos casos de abuso de autoridade dos arts. 3º e 4º da Lei 4.898/65. Também não incidirá nos crimes em que a condição de funcionário público é elementar do tipo. A causa de aumento de pena do art. 226, II do CP aplicada aos crimes contra a dignidade sexual afasta essa agravante.

2.2.9 Do crime cometido contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida

São agravantes previstas no art. 61, II, “h”, do CP. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) define em seu art. 2º que é criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos. No caso do idoso utilizou-se um critério cronológico. Enfermo é a pessoa que se encontra doente, e com capacidade de resistência diminuída. Para incidir essa agravante, deve-se analisar o caso concreto. Para Boschi⁹⁴ não faz sentido “apenas mais gravemente quem furta o dinheiro da carteira do enfermo ou da bolsa da mulher grávida, se um ou outro só vieram a dar-se conta da subtração no dia seguinte, em suas próprias casas”. Para Nucci⁹⁵ “O sujeito gripado pode ser

⁹⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 221.

⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 455.

considerado enfermo, embora não o possa ser para a finalidade de aplicar a agravante”. No caso da vítima e agente serem idosos, Delmanto⁹⁶ entende que não incidirá a agravante.

Para Nucci⁹⁷, o agente deve ter conhecimento da idade da criança, do idoso e/ou da gestação, conhecimento da doença ou elemento de incapacitação para incidir a agravante. Nucci⁹⁸ exemplifica que o furto de um veículo sem que o autor saiba quem é o dono (vítima maior de 60 anos) não incidiria a agravante, mas se fosse um roubo em que há contato pessoal entre ofensor e vítima, tornaria a subtração facilitada, e justificaria a agravante. O STJ tem julgado (HC 296.388/SP, 5ª Turma, rel. Newton Trisotto, j. 19.05.2015) no sentido que se o RG foi apresentado na delegacia, incide a agravante de crime praticado contra maior de 60 anos de idade (CP, art. 61, II, h). Também já decidiu que a idade constante em boletim de ocorrência e em declarações prestadas em juízo fazem incidir a agravante, conforme AgRg no REsp 1504789/MG, 5ª Turma, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 16.02.2016. Mas há precedente da 6ª Turma do STJ, no sentido de que a mera declaração da idade da vítima em juízo não deve incidir a agravante, conforme HC 163449/RS, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 09/04/2013. Também há precedente do STF no sentido de aceitar as meras declarações do idoso para aferir sua idade, sem necessidade de documento, conforme HC 103747, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. 03/05/2011. Assim, o tema é controverso.

No caso da grávida, para Jesus⁹⁹ “A falta de conhecimento conduz ao erro de tipo”. Defende que o legislador deveria ter especificado os crimes em que incidiria, pois não vê sentido aplicar a agravante nos casos em que não há relação entre a gravidez e o crime e cita como exemplo o estelionato. Deve-se provar que o agente conhecia essa condição. Caso contrário há uma responsabilidade penal objetiva. Também deve haver nexos causal entre o fato praticado e a condição da vítima (ex. no furto sem conhecimento de quem é o dono do bem, não deve incidir essa agravante). Para Mirabete¹⁰⁰ “é indispensável que o agente tenha consciência

⁹⁶ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 270.

⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 492/495.

⁹⁸ Idem. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 226.

⁹⁹ JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 285.

¹⁰⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 294.

a respeito da gravidez da ofendida ou, ao menos, tenha dúvida a respeito de seu estado. Só assim a agravante estará coberta pelo dolo do agente”. Boschi¹⁰¹ e Schmitt¹⁰² afirmam que o agente deve ter conhecimento da gravidez, pois não se admite a responsabilidade penal objetiva nesse caso.

2.2.10 Do cometimento de crime quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade

Está prevista no art. 61, II, “i”, do CP. Proteção se refere à guarda, dependência, sujeição. Ex.: o linchamento de um preso que está numa delegacia. Para Queiroz¹⁰³ o autor do crime é o particular, pois se for o caso da autoridade pública a quem se confiou a proteção, incidirá a agravante de abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo constante no art, 61, II, “g”, do CP. Se houver arrebatamento de preso, não se aplica a agravante, pois se trata de crime autônomo previsto no art. 353, do CP.

2.2.11 Do cometimento de crime em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido

Tem previsão no art. 61, II, “j”, do CP. A calamidade pública se refere a um número indeterminado de pessoas. A desgraça particular do ofendido faz referência a uma pessoa ou grupo determinado de pessoas, como no caso de furto, após acidente de trânsito de caminhoneiro que transportava carga. Usa-se uma interpretação analógica.

2.2.12 Do cometimento de crime em estado de embriaguez preordenada

Com previsão no art. 61, II, L, do CP, é o caso da embriaguez dolosa, em que o agente se embriaga propositadamente para “criar coragem” para praticar o crime. Trata-se da teoria da “*actio libera in causa*” – ação livre em sua causa, expressamente mencionada pela exposição de motivos do Código Penal de 1940. Ainda que a embriaguez seja completa incide a agravante, desde que provada a embriaguez proposital. Há críticas quanto a essa situação, pois estaria a atribuir uma

¹⁰¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 221.

¹⁰² SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 196.

¹⁰³ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 487.

responsabilidade penal objetiva, na medida em que no momento da prática do crime, o agente não tinha capacidade de entendimento e de autodeterminação (estado de inconsciência) e passa-se a analisar a imputabilidade no momento anterior ao da embriaguez (retroação ao estado anterior), ou seja, ao momento que espontaneamente se embriagou (causalidade mediata).

O art. 28, II do CPB informa que não excluem a imputabilidade penal a embriaguez, voluntária (tem a intenção de embriagar-se) ou culposa (tem o desejo de beber, mas não embriagar-se), pelo álcool ou substância de efeitos análogos, independentemente se completa ou incompleta. As três principais formas de comprovar a embriaguez é o exame laboratorial, exame clínico ou a prova testemunhal. Nada impede outros meios probatórios, conforme art. 115, *caput*, do CPP que admite a liberdade na apreciação da prova e o livre convencimento motivado por parte do juiz.

O art. 28, § 1º, do CP prevê a exclusão da imputabilidade penal ao isentar de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito (desconhece o efeito da substância) ou força maior (é obrigado a ingerir a substância), era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Se essa embriaguez acidental, fortuita ou involuntária for incompleta equivale a uma semi-imputabilidade na medida em que o art. 28, § 2º, do CP prevê a redução da pena de 1 a 2/3 se não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A embriaguez patológica (doença) poderá caracterizar inimputabilidade, com isenção de pena prevista no art. 26, *caput*, do CP ou semi-imputabilidade, com redução de pena de 1 a 2/3 prevista no parágrafo único do art. 26, do CP. Esse artigo regula a responsabilidade penal de forma geral, com previsão de exclusão da culpabilidade.

2.3 Agravantes em concurso de pessoas

2.3.1 Da agravante de quem promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes nos crimes praticados por duas ou mais pessoas

As agravantes no caso de crimes praticados por duas ou mais pessoas estão previstas no art. 62 do CPB. Há situações de autoria mediata e outras de concurso de agentes.

O art. 62, I, do CP, prevê que a pena será agravada em relação ao agente que promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes. Trata-se do “autor intelectual/de escritório”, que exerce liderança, tem poder de comando. É tecnicamente um partícipe, pois não realiza o núcleo do tipo, mas concorre para o crime. Assim, a teoria monista ou unitária permite que seja punido mais severamente que o executor. Se houver apenas sugestão, sem que prevaleça a decisão de um agente sobre o outro (hierarquia) a agravante não incidirá.

2.3.2 Da agravante de quem coage ou induz outrem à execução material do crime

Tem previsão no art. 62, II, do CP. Coagir é obrigar. Induzir é dar a ideia, sugerir, fazer surgir uma ideia antes inexistente, criar a ideia.

O coator terá a pena agravada na coação física ou moral, resistível ou irresistível, salvo se a coação constituir crime autônomo. O art. 22 do CPB prevê que a coação física irresistível exclui a conduta do coagido, já a coação moral irresistível exclui a culpabilidade. Portanto, na coação irresistível somente o coator responde pelo crime, já na coação resistível, o coagido terá a pena atenuada (art. 65, III, c, do CP). Para Jesus¹⁰⁴ “o coator responde por dois crimes: pelo crime cometido pelo coato, com a pena agravada, e por constrangimento ilegal (art. 146), em concurso formal”. Para Mirabete¹⁰⁵ e Capez¹⁰⁶, nesse caso há *bis in idem*, pois fundamenta-se o

¹⁰⁴ JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 286.

¹⁰⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Código penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 395.

mesmo fato (coação) como crime e como agravante de outro delito. Para Cunha¹⁰⁷ no caso de coação irresistível o coator responderá pelo crime do autor mediato, em concurso material com o delito de tortura (art. 1º, I, “b”, da Lei 9.455/97), sem a agravante deste inciso para não gerar *bis in idem*.

2.3.3 Instigar ou determinar a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal

Tem previsão no art. 62, III, do CP. Instigar é estimular algo já existente, reforçar uma ideia. Determinar é ordenar. A autoridade é pública ou privada, de qualquer pessoa que tem poder de fato sobre a outra (pais, tutores, professores, religiosos, chefes, etc). Para Greco¹⁰⁸ a autoridade pode ser pública ou privada e exemplifica com a relação hierárquica entre servidores públicos, familiar entre pais e filhos, religiosa.

Não punível significa que o fato é típico, ilícito e culpável, porém não punível. Não é sinônimo de não culpável. Alguém que estimula outrem a subtrair um bem de seu genitor, por exemplo, verifica-se que o filho será não punível, conforme art. 181, II, do CP, mas quem incitou poderá responder pelo crime praticado com a pena agravada.

2.3.4 Executar o crime, ou nele participar, mediante paga ou promessa de recompensa

Tem previsão no art. 62, IV, do CP. Trata-se do criminoso mercenário. Para Jesus¹⁰⁹ “Não é preciso que a paga ou a recompensa seja em dinheiro, podendo ser promessa de casamento, emprego etc”. No homicídio ou lesão corporal é causa de aumento de pena. No caso de paga a recompensa é anterior ao crime, na promessa é posterior ao delito. Incide a agravante mesmo que a vantagem não seja recebida.

¹⁰⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral (arts. 1º a 120)**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 491.

¹⁰⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal para concursos**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 218.

¹⁰⁸ GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 10. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016, p. 205.

¹⁰⁹ JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 293.

Queiroz¹¹⁰ entende que essa agravante incide apenas quanto ao executor (concorrente mercenário) e não o mandante. Para Mirabete¹¹¹ não se aplica aos crimes contra o patrimônio “porque é da índole dessa modalidade de infrações penais a vantagem econômica” e “a circunstância se comunica ao que dá ou oferece a vantagem, embora se trate de circunstância de caráter pessoal não elementar, que não se comunica ao coautor ou partícipe (art. 30 do CP)”.

O STJ tem precedente no sentido de que é possível compensar a agravante da promessa de recompensa (art. 62, IV, do CP) com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP) por entender que a atenuante está relacionada à personalidade do agente e a agravante ao motivo determinante do crime, conforme HC 268165/RJ, 6ª Turma, rel. Min. Rogério Schietti, j. 05/05/2016 e HC 318.594/SP, 5ª Turma, rel. Min. Félix Fischer, j. em 16/2/2016.

2.4 Das agravantes previstas na Legislação Especial

Se não houver conflito com a legislação especial, é possível aplicar as agravantes do Código Penal concomitantemente com as previstas na legislação especial.

2.4.1 – Das agravantes da Lei 4.737/65 (Código Eleitoral)

O art. 285 do Código Eleitoral (CE) prevê que quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o “*quantum*”, deve o juiz fixá-lo entre 1/5 a 1/3 da pena, guardados os limites da pena cominada ao crime. É uma das raras situações na legislação brasileira em que a agravante/atenuante prevê o *quantum* de agravamento/atenuação.

O art. 300 do Código Eleitoral prevê pena de detenção de até 6 meses e pagamento de 60 a 100 dias-multa a conduta de valer-se o servidor público de sua autoridade para coagir alguém a votar ou não votar em determinado candidato ou partido. O parágrafo único desse artigo informa que a pena será agravada se o agente é membro ou funcionário da Justiça Eleitoral e comete o crime prevalecendo-se do cargo. Não se pune a forma culposa.

¹¹⁰ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 489.

¹¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Código penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 396.

O parágrafo único do art. 323 do CE prevê o agravamento da pena se utilizar a imprensa, rádio ou televisão no cometimento do crime de divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado. Inexiste a forma culposa.

O art. 339 do CE, prevê em seu parágrafo único o agravamento da pena ao membro ou funcionário da justiça eleitoral que se prevalecer do cargo para cometer o crime de destruir, suprimir, ou ocultar urna contendo votos, ou documentos relativos à eleição. Não é punida a forma culposa. Pode ocorrer tentativa.

O art. 340 do CE prevê como crime fabricar, mandar fabricar, adquirir, fornecer, ainda que gratuitamente, subtrair ou guardar urnas, objetos, mapas, cédulas ou papéis de uso exclusivo da Justiça Eleitoral. O parágrafo único desse artigo diz que a pena será agravada se o agente é membro ou funcionário da Justiça Eleitoral e comete o crime prevalecendo-se do cargo. Não é punida a forma culposa.

Quem omite, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele insere ou faz inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais incide no crime do art. 350 do CE. O parágrafo único desse artigo prevê o agravamento da pena se o agente da falsidade documental é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil.

2.4.2 Das agravantes da Lei 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa)

A Lei 12.850/2013 define em seu art. 1º, § 1º organização criminosa como a associação de 4 ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. O art. 2º, informa que aquele que promover, constituir, financiar ou integrar pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa estará sujeito à pena de reclusão 3 a 8 anos, e multa. Prevê em seu art. 2º, § 3º que a pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

Para Lima¹¹² “é indispensável a demonstração de ajuste prévio, capaz de identificar a subserviência de um ou mais indivíduos da organização criminosa em relação ao líder”. Essa agravante não deve ser aplicada em conjunto com a agravante do art. 62, I, do CP (promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes) para não incorrer em *bis in idem*.

2.4.3 Das agravantes da Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional)

Essa lei objetiva proteger a soberania nacional e a autodeterminação brasileira. O art. 4º prevê que são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não elementares do crime, nos casos previstos na Lei de Segurança Nacional:

I - ser o agente reincidente;

II - ter o agente:

a) praticado o crime com o auxílio, de qualquer espécie, de governo, organização internacional ou grupos estrangeiros;

b) promovido, organizado ou dirigido a atividade dos demais, no caso do concurso de agentes.

O art. 62 do Código Penal traz previsão idêntica a da alínea b desse inciso II. Assim deve-se estar atento a não aplicar a mesma agravante duas vezes. No caso do inciso I, o Código Penal igualmente prevê a reincidência como agravante da pena.

2.4.4 Das agravantes da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro-CTB)

O Código de Trânsito Brasileiro (CTB) em seu art. 298 elenca circunstâncias que agravam as penalidades no crimes de trânsito:

I - com dano potencial para duas ou mais pessoas ou com grande risco de grave dano patrimonial a terceiros;

¹¹² LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 494.

Para Nucci¹¹³, essa agravante é viável apenas para os crimes de dano (homicídio culposo e lesões corporais), sob argumento que os outros delitos de trânsito são de perigo, e “considerar a probabilidade de dano potencial para pessoas ou grave dano patrimonial a terceiros seria o indevido *bis in idem*”. Argumenta que o perigo já serviu para a tipificação da infração penal, daí não poderia ser usado novamente, para agravar a pena, salvo se além de atingir a vítima, colocar em risco duas ou mais pessoas.

II - utilizando o veículo sem placas, com placas falsas ou adulteradas;

Para Nucci¹¹⁴ “a falsificação pode ser material (fabricação de placa por agente não autorizado) ou ideológica (placa emitida por órgão de trânsito competente, porém baseada em dados irreais)”. Pode haver concurso material com o crime do art. 311 do Código Penal, se o responsável pela utilização for o mesmo que adulterou a placa.

III - sem possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;

A agravante não incidirá se for causa de aumento de pena, como no homicídio ou lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, sem permissão para dirigir ou sem carteira de habilitação, previstas no art. 302, 1º, I, e art. 303, parágrafo único do CTB.

Aquele que entregar a direção de veículo automotor a alguém sem permissão para dirigir ou sem carteira de habilitação estará sujeito às sanções do art. 310 do CTB que prevê como crime a conduta daquele que permitir, confiar, ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança. A súmula 575 do STJ afirma que nesses casos independe da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo para caracterizar o crime.

¹¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** - – vol. 2. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 882.

¹¹⁴ Ibidem.

IV - com Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação de categoria diferente da do veículo;

É como se o condutor não tivesse licença alguma para conduzir o veículo. São situações equivalentes.

V - quando a sua profissão ou atividade exigir cuidados especiais com o transporte de passageiros ou de carga;

São exemplos dessa situação: o motorista de ônibus urbano que transporta passageiros; motoristas de vans escolares. Para Nucci¹¹⁵ “pouco importa se o motorista profissional cometer o crime dirigindo seu veículo particular, em férias: a agravante deve incidir do mesmo modo”.

VI - utilizando veículo em que tenham sido adulterados equipamentos ou características que afetem a sua segurança ou o seu funcionamento de acordo com os limites de velocidade prescritos nas especificações do fabricante;

É necessário verificar as especificações do fabricante e comparar com as alterações realizadas, a seguir, fazer uma análise das prescrições previstas na legislação de trânsito.

VII - sobre faixa de trânsito temporária ou permanentemente destinada a pedestres.

Deve-se observar que o homicídio culposo e a lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (art. 302, 1º, II, e art. 303, parágrafo único do CTB) já prevêm como causa de aumento de pena o fato do crime ocorrer na faixa de pedestre.

O art. 296 do CTB prevê que se o réu for reincidente na prática de crime do Código de Trânsito Brasileiro o juiz aplicará a penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis.

¹¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** - – vol. 2. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 883.

2.4.5 Das agravantes da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)

O art. 76 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) traz um rol de circunstâncias agravantes nos crimes envolvendo relações de consumo.

I - serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade;

Visa coibir abusos durante períodos econômicos difíceis.

II - ocasionarem grave dano individual ou coletivo;

Nucci¹¹⁶ não vê sentido nesta agravante incidir quando for afetado apenas um consumidor, mas sim a toda a coletividade.

III - dissimular-se a natureza ilícita do procedimento;

Dissimular é ocultar a verdadeira intenção. Há agravante que prevê situação parecida no art. 61, II, c, do CP.

IV - quando cometidos:

a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;

b) em detrimento de operário ou rurícola; de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interditadas ou não;

V - serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais .

2.4.6 Das agravantes da Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais)

O art. 15, da Lei 9.605/1998 (crimes ambientais) prevê que são circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - reincidência nos crimes de natureza ambiental;

¹¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas - – vol. 1.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 90.

Trata-se de reincidência específica em crime ambiental, o que afasta a reincidência por outro crime. Para Nucci ¹¹⁷ este inciso afastou a reincidência genérica.

II - ter o agente cometido a infração:

a) para obter vantagem pecuniária;

Um exemplo é se houver a crueldade com animais durante a apresentação em circos.

b) coagindo outrem para a execução material da infração;

Equivale a primeira parte da agravante do art. 65, II, do CP (coage ou induz outrem à execução material do crime). Se a coação constituir crime autônomo deve-se atentar para não incidir em *bis in idem*. Se houver coação irresistível, somente o coator responde pelo crime, conforme art. 22 do CP. Na coação resistível, o coagido terá a pena atenuada (art. 65, III, c, do CP) e o coator a pena agravada.

c) afetando ou expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública ou o meio ambiente;

O art. 6º, I, da Lei Ambiental prevê que para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente. Dessa forma, trouxe previsão de se levar em consideração nas circunstâncias judiciais a saúde pública e o meio ambiente e novamente os incluiu como agravante. Na dosimetria da pena deve-se atentar para não se incorrer em *bis in idem*.

d) concorrendo para danos à propriedade alheia;

Se além de um crime ambiental à própria propriedade (ex. 38, 40, da Lei 9.605/98) ocorrer dano à propriedade alheia, de forma dolosa, existe a previsão do crime de dano no art. 163 do Código Penal, de forma que haveria o concurso de

¹¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** - – vol. 2. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 580.

crimes. Assim, vislumbra-se apenas a possibilidade da propriedade alheia seja afetada de forma culposa para incidir essa atenuante.

e) atingindo áreas de unidades de conservação ou áreas sujeitas, por ato do Poder Público, a regime especial de uso;

Essa agravante apenas ocorrerá se não ficar caracterizado o concurso de outros crimes, para se evitar *bis in idem*.

f) atingindo áreas urbanas ou quaisquer assentamentos humanos;

É agravante subsidiária, ou seja, será aplicada se não ficar caracterizado outros crimes.

g) em período de defeso à fauna;

O período de defeso é a época em que é proibida a caça, de forma que não incidirá se a proibição for durante o ano todo.

h) em domingos ou feriados;

São dias de menor fiscalização. Nucci¹¹⁸ critica esse inciso, sob argumento de que “Não se pode considerar qualquer deficiência estatal para agravar a pena do autor do crime”. Não deve incidir concomitantemente com o art. 53, II, e, desta Lei 9605/98 que prevê nos crimes contra a flora uma causa de aumento de pena de 1/6 até 1/3 no caso de crime cometido durante a noite, em domingo ou feriado.

i) à noite;

É um período de repouso, de menor vigilância. O Código Penal buscou tutelar também no furto noturno esse aspecto, ao prever como causa de aumento de pena o furto durante o repouso noturno. Para Nucci¹¹⁹, deve-se aplicar a agravante “se e quando guardar relação de causalidade com o crime praticado”. Não deve

¹¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** - – vol. 2. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 582.

¹¹⁹ Ibidem

incidir essa agravante, se for utilizada como aumento de pena do art. 53, II, e, desta Lei 9605/98.

j) em épocas de seca ou inundações;

Deve-se estar atento para não incidir a agravante se já houve a causa de aumento dos crimes contra a flora previsto pelo art. 53, II, d, desta Lei 9.605/98 que prevê aumento de pena de 1/6 a 1/3 se o crime é cometido em época de seca ou inundação.

l) no interior do espaço territorial especialmente protegido;

Um dos exemplo de espaço protegido são as unidades de conservação. Os arts. 40 e 40-A, §§ 2º desta Lei 9.605/98 prevêem expressamente que a ocorrência de dano afetando espécies ameaçadas de extinção no interior das Unidades de Conservação de Proteção Integral (ou Uso Sustentável respectivamente) será considerada circunstância agravante para a fixação da pena. O § 1º do referido art. 40 define Unidades de Conservação de Proteção Integral como as Estações Ecológicas, as Reservas Biológicas, os Parques Nacionais, os Monumentos Naturais e os Refúgios de Vida Silvestre. Já o § 1º do art. 40-A referido entende por Unidades de Conservação de Uso Sustentável as Áreas de Proteção Ambiental, as Áreas de Relevante Interesse Ecológico, as Florestas Nacionais, as Reservas Extrativistas, as Reservas de Fauna, as Reservas de Desenvolvimento Sustentável e as Reservas Particulares do Patrimônio Natural.

m) com o emprego de métodos cruéis para abate ou captura de animais;

A crueldade é causar maior sofrimento que o necessário à caracterização do delito, de forma a extrapolar ao normal do tipo.

n) mediante fraude ou abuso de confiança;

A fraude é enganar, usar de artifício, ardil, artimanha para ludibriar e cometer o delito. O abuso de confiança pressupõe uma relação de segurança, lealdade entre os indivíduos.

o) mediante abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental;

Trata-se de excesso do licenciado/permissionário/autorizado, que extrapola ao que foi permitido.

p) no interesse de pessoa jurídica mantida, total ou parcialmente, por verbas públicas ou beneficiada por incentivos fiscais;

Espera-se uma conduta ética e atenta à legislação ambiental por parte de quem é financiado pelo Estado. Daí uma maior reprovação na conduta de quem age para beneficiar pessoas jurídicas que já recebem incentivos estatais para a prática de atividades que o Estado acredita serem lícitas e respeitadas às leis.

q) atingindo espécies ameaçadas, listadas em relatórios oficiais das autoridades competentes;

Normalmente há listas de espécies da fauna e da flora sujeitas à extinção, de forma que se trata de norma penal em branco. Essa agravante não deve incidir com a causa de aumento dos crimes contra a flora previsto pelo art. 53, II, c, desta Lei 9.605/98 que prevê aumento de pena de 1/6 a 1/3 no caso de crime contra espécies raras ou ameaçadas de extinção, ainda que a ameaça ocorra somente no local da infração. Tampouco a causa de aumento de metade no caso de crime contra a fauna do art. 29, § 4º, I, contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração.

r) facilitada por funcionário público no exercício de suas funções.

Se a condição de funcionário público for elementar do tipo ou tiver caracterizado crime autônomo essa agravante não incidirá. Para Nucci¹²⁰ “o funcionário deve ter atuação na área ambiental, para que exista nexo de causalidade entre a sua conduta e o resultado criminoso”.

¹²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** - – vol. 2. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 584.

2.4.7 Das agravantes da Lei 1.521/51 (Lei dos Crimes Contra a Economia Popular, em relação ao crime de usura)

O art. 4º, § 2º, da Lei 1.251/51 prevê que são circunstâncias agravantes do crime de usura:

I – ser cometido em época de grave crise econômica;

II – ocasionar grave dano individual;

III – dissimular-se a natureza usurária do contrato;

IV – quando cometido:

a) por militar, funcionário público, ministro de culto religioso; por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;

b) em detrimento de operário ou de agricultor; de menor de dezoito anos ou de deficiente mental interdito ou não.

3. FIXAÇÃO DA PENA PROVISÓRIA

No cálculo da pena, o CPB adotou expressamente o critério trifásico de Nelson Hungria ao estabelecer no item 51 da exposição de motivos que fixa-se, inicialmente, a pena-base (1ª fase de fixação da pena, denominada circunstâncias judiciais), obedecido o disposto no art. 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes (2ª fase de fixação da pena, denominada pena provisória); incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento (3ª fase de fixação da pena, conhecida como pena definitiva). O art. 68, caput do CPB expressa esse entendimento ao afirmar que a pena base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 do CPB; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição (minorantes) e de aumento (majorantes).

O sistema bifásico defendido por Roberto Lyra, mas não adotado pelo Código Penal brasileiro, analisa as circunstâncias do art. 59 em conjunto com as agravantes e atenuantes para a fixação da pena-base, sob argumento de coincidirem as circunstâncias judiciais e legais e não haver razões consistentes para separá-las. Em seguida, haveria a incidência das causas de aumento e de diminuição de pena. Prevaleceu o sistema trifásico defendido por Nelson Hungria.

Segundo o critério trifásico é necessária fundamentação do juiz em cada uma das fases para permitir a individualização da pena prevista no art. 5º, XLVI, da CF/88 e a ampla defesa. Atende ao mesmo tempo ao art. 93, IX, da CF/88 que prevê que todas as decisões judiciais serão fundamentadas sob pena de nulidade. As qualificadoras e privilegiadoras fixam novo limite mínimo e máximo de forma expressa para se iniciar o cálculo da pena-base. As agravantes e atenuantes do Código Penal estão apenas na parte geral, não há um quantum de aumento, nem de diminuição sendo que a jurisprudência costuma utilizar o valor máximo de 1/6 para cada circunstância (menor índice estipulado pela legislação penal para as causas de aumento/diminuição de pena). As causas de aumento e de diminuição da terceira fase ocorrem em forma de fração fixa (ex. 1/2) ou variável (ex. 1/2 a 2/3); estão tanto na parte geral, como na parte especial do Código Penal; podem ser fixadas acima do máximo ou abaixo do mínimo abstratamente previsto para o delito.

3.1 Breves comentários à fixação da pena-base

Na fixação da pena, o art. 59 do CP estabeleceu que o juiz, ao definir a pena-base deverá estar atento às chamadas circunstâncias judiciais: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima (essas três últimas são externas), de acordo com a necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime. Deve-se definir as penas aplicáveis dentre as cominadas (privativa de liberdade e/ou multa), a quantidade de pena aplicável, nos limites previstos (tipos privilegiado, comum, qualificado), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (fechado, semiaberto ou aberto) e a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

O STF julgou o RE 591.054/SC (Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 17.12.2014) em repercussão geral e decidiu que inquéritos e ações penais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. A súmula 444 do STJ também não permite essa utilização para agravar a pena base.

Na fixação da pena-base da Lei 11.343/2006, o art. 42 prevê que o juiz, na fixação das penas considerará com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. A seguir, analisará as circunstâncias agravantes e atenuantes. Observe que a personalidade e a conduta social do agente já integram o próprio art. 59 do CP. O primeiro, que é o retrato psíquico do agente, é assunto controvertido na doutrina e jurisprudência. O segundo, é o comportamento do agente no trabalho, no meio social em que vive, na vizinhança, etc. Para Nucci¹²¹, são exemplos de fatores positivos de personalidade: bondade, amabilidade, maturidade, responsabilidade, coragem, honestidade, solidariedade, etc, e são fatores negativos: maldade, agressividade, irresponsabilidade, covardia, frieza, intolerância.

¹²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** - – vol. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 396.

Para Lima¹²²: “na visão da jurisprudência majoritária, eventual deficiência na fundamentação da fixação da pena não acarreta a nulidade da decisão se aquela for fixada no mínimo legal”. Bitencourt¹²³ discorda, pois entende que “A fixação da pena no limite mínimo permitido, sem a devida fundamentação, viola o *ius accusationis* e frauda o princípio constitucional da individualização da pena” e conclui que não tendo fundamentação gera nulidade, mesmo aplicada no mínimo, desde que haja recurso da acusação. Defende que o Ministério Público também deve receber um tratamento isonômico e considera “questionável entender que a favor do indivíduo tudo é permitido, esquecendo-se que no outro polo da relação processual, encontra-se a sociedade, representada pelo Ministério Público”. O art. 93, IX, da CF/88 prevê que todas as decisões judiciais serão fundamentadas sob pena de nulidade. Assim, a própria legislação prevê a necessidade de fundamentação das decisões.

No entendimento de Nucci¹²⁴ se todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis a pena-base deve situar-se no mínimo, mas se todas forem desfavoráveis justifica-se a pena-base no máximo. Os operadores do Direito utilizam de vários métodos na aplicação da pena-base: o método do termo médio e o método aritmético simples ou com incremento são alguns dos mais usados.

3.1.1 Do método do termo médio

Para quem utiliza o critério do termo médio, se todas as circunstâncias do art. 59 forem favoráveis, a pena-base deve ser fixada no mínimo previsto no preceito secundário. Se alguma ou poucas circunstâncias forem desfavoráveis deve-se afastar um pouco do mínimo. Se o conjunto das circunstâncias forem desfavoráveis deve-se aproximar do termo médio, que é a média da soma do limite mínimo e máximo, previsto no preceito secundário. Ex.: no roubo simples com duas circunstâncias desfavoráveis a pena-base de 4 anos e 9 meses seria razoável, pois afastou-se um pouco da pena mínima (que é 4 anos) e não se aproximou do termo médio (7 anos). Observe que neste exemplo, houve um acréscimo de 2/8 da pena,

¹²² LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.802.

¹²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito pena: parte geral**. V 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.786.

¹²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 132.

calculados sobre 36 meses (diferença entre o termo médio e a pena mínima do roubo). Bitencourt¹²⁵ acredita que é um bom critério, com parâmetro bem definido e utilizado pelo TRF 4 e “o peso de cada circunstância judicial deve ser calculado a partir do termo médio entre o mínimo e o máximo da pena cominada, do qual deve ser deduzido o mínimo, dividindo-se esse resultado pelo número de circunstâncias”.

Alguns aplicadores do direito utiliza a fórmula matemática: $\text{mín} + (\text{máx} - \text{mín})/2$ para o termo médio. Matematicamente, é possível demonstrar que essa fórmula equivale à média aritmética simples dos extremos, ou seja: $\text{mín} + (\text{máx} - \text{mín})/2 = (2\text{mín} + \text{máx} - \text{mín})/2 = (\text{máx} + \text{mín})/2$. Assim, pode-se utilizar a média aritmética simples $(\text{máx} + \text{mín})/2$ em substituição à fórmula anterior, por tratar-se de regra geral matematicamente demonstrada. Ex.: roubo simples tem pena de 4 a 10 anos, logo o termo médio (média simples desses valores) é 7 anos.

O termo médio é concebido a partir do art. 47, inciso I do Código Penal, anteriormente à reforma de 1984, o qual previa que a reincidência específica importaria a aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo. Atualmente, é utilizado como teto máximo, ao invés de mínimo. Para Boschi¹²⁶ “o termo médio funciona como escudo contra o risco de excesso, ou seja, de ofensa ao princípio da proporcionalidade, no processo de individualização das penas”.

3.1.2 Do método aritmético simples

Os que utilizam o método aritmético puro fazem uma média aritmética simples da diferença do limite máximo pelo mínimo da pena abstratamente prevista pelas 8 circunstâncias judiciais, ou seja, $(\text{máx} - \text{mín})/8$, que passa a ser o valor de cada circunstância judicial. Para cada circunstância judicial desfavorável esse valor é acrescido à pena mínima. Ex.: no roubo simples cada circunstância judicial seria de 9 meses = $(10 - 4) \text{ anos}/8$. Assim, se existissem duas circunstâncias desfavoráveis, a pena-base seria de 5 anos e 6 meses. Esse critério sofre críticas da jurisprudência, sob alegação de ser puramente matemático. Para contornar esse

¹²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito pena: parte geral**. V 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.787.

¹²⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 188.

incômodo, alguns aplicadores do direito utilizam desse critério como parâmetro e fazem os ajustes que acreditam convenientes. Assim, no exemplo citado, ao invés de utilizar matematicamente 18 meses por duas circunstâncias desfavoráveis num caso concreto, alguns optariam por um acréscimo de 16 meses para não ser “taxado” de utilizar o critério puramente matemático. Assim, a pena-base ficaria em 5 anos e 4 meses, por exemplo.

3.2 Fixação da pena provisória

Após a fixação da pena base são analisadas possíveis circunstâncias legais atenuantes e agravantes para quantificar a pena provisória. No Código Penal as agravantes estão nos arts. 61 e 62 e as atenuantes nos arts. 65 e 66, e somente serão aplicadas se não forem utilizadas como qualificadoras, tampouco na 1ª ou 3ª fase da fixação da pena. Apesar de não haver previsão legal do *quantum* de aumento ou redução a ser aplicado nessa fase e ser discricionariedade do julgador, devem ser observadas a proporcionalidade e razoabilidade na definição desse valor.

3.2.1 Fração de atenuação/agravamento da pena e extrapolação dos limites mínimo/máximo

A jurisprudência do STJ entende que o aumento da pena pela reincidência em fração superior a um sexto (1/6) deve ser concretamente fundamentado conforme HC 282.200/SP, 5ª Turma, rel Min. Ribeiro Dantas, j. 28/06/2016 e HC 347.752/MG, 6ª Turma, rel Min. Nefi Cordeiro, j. 14/06/2016. No caso de reincidente específico há precedentes do STJ que admitem a utilização de fração superior a 1/6, como por exemplo o HC 306039/MS, 5ª Turma, rel Min. Félix Fischer, j. 28/06/2016. Também há julgado no sentido de que o acréscimo da pena, na segunda fase da dosimetria, no patamar de 1/5, não se revela flagrantemente desproporcional, devido à múltipla reincidência do Agravante, conforme AgRG no AREsp 532651/MG, 5ª Turma, rel. Felix Fischer, j. 17/03/2015. Assim, verifica-se que não há um critério rígido na atribuição desse valor, mas a jurisprudência aponta parâmetros.

Nucci¹²⁷ afirma que cada julgador tem o seu critério para o *quantum* da agravante ou atenuante e que “A maioria utiliza o valor de 1/6 (um sexto), que é a menor causa de aumento existente. Outros preferem 1/8 (um oitavo); alguns 1/3 (um terço); terceiros se baseiam em montantes fixos, como seis meses ou um mês.” Nucci¹²⁸ prefere utilizar a fração fixa de 1/6 para toda e qualquer agravante/atenuante reconhecida, e critica a utilização de um valor fixo (ex. 6 meses), por entender que não há proporcionalidade, e exemplifica com o caso de uma pena-base de 1 ano seria aumentada/diminuída metade (aplicando 6 meses) e numa pena de 12 anos apenas 1/24 avos, o que considera desproporcional. Dessa maneira, apesar de haver discricionariedade na atribuição desse valor, deve-se estar atento à proporcionalidade.

Schmitt¹²⁹ adota 1/6 para cada agravante/atenuante, e 1/12 se houver preponderância. O STJ também entende que a fração de 1/12 no caso de preponderância é proporcional, conforme HC 325961/RJ, 5ª Turma, rel Min. Ribeiro Dantas, j. 18/08/2016. Nucci¹³⁰ entende que se adotar a fração de um sexto para cada agravante ou atenuante, no caso de confronto de uma circunstância preponderante e uma não preponderante, o juiz pode elevar ou diminuir um oitavo, mas ressalta que o norteamento não é rígido e acrescenta que se ambas forem preponderantes deve haver compensação. Boschi¹³¹ também prefere 1/6, mas como teto máximo e adota um dia como teto mínimo pela impossibilidade de agravar-se ou atenuar-se com zero dia de pena e utiliza a culpabilidade como parâmetro na definição do valor a ser aplicado no caso concreto, e acrescenta que, caso seja “fixada a pena-base no mínimo ou junto a ele, por ser mínimo o grau de culpabilidade, a mensuração da agravante não deverá ser, em princípio, intensa, ao contrário da mensuração da atenuante”. Para Bitencourt¹³² “a variação dessas circunstâncias (atenuantes e agravantes) não deve chegar até o limite mínimo das

¹²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 484 e 507.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 219.

¹³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 255.

¹³¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 243/244.

¹³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito pena: parte geral**. V 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.782/783.

majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto” para não se equipararem às causas modificadoras de pena, que na sua visão apresentariam maior intensidade.

Para Boschi¹³³, se houver concurso de agravantes/atenuantes, deverá informá-las e “incidir sobre a pena-base, umas sobre as outras, de modo que o resultado obtido com os acréscimos impostos pelas agravantes atue como nova base para as subtrações impostas pelas atenuantes”. A jurisprudência aceita a compensação entre atenuantes e agravantes, porém se houver preponderância de uma(s) sobre outra(s) deve-se fazer o devido acréscimo/diminuição necessário(s) de forma a se agravar/atenuar em maior ou menor quantidade a pena-base, para que a pena intermediária se aproxime do limite indicado pela agravante/atenuante preponderante.

Para Boschi¹³⁴ se a a pena-base tiver sido fixada na direção do termo médio, o valor da agravante deverá ser na direção da respectiva margem máxima (1/6 da pena-base) e a atenuante na direção da respectiva margem mínima. Entende que não é possível a pena provisória extrapolar ao limite máximo, sob argumento que uma circunstância legal não pode ter força maior que oito circunstâncias judiciais a ponto de alterar de forma tão exorbitante a pena, e deslocar o termo médio para além do teto estabelecido em lei. Por outro lado, o mesmo autor, não vê problema em extrapolar o valor mínimo, por entender que o art. 65 é permissivo nesse sentido.

Delmanto¹³⁵ entende ser possível reduzir a pena abaixo do mínimo, sob argumento que a partir da reforma de 1984 não existe mais a norma legal que proibia expressamente a analogia *in bonam partem*, a equidade, a melhor individualização da pena, etc. Argumenta que a interpretação da não redução da pena abaixo do mínimo legal dificulta a individualização da pena, e a atenuante acaba por não ser aplicada em muitos casos e demonstra incoerência e injustiça da solução hoje predominante. Para Greco¹³⁶, a interpretação de não extrapolar ao mínimo legal é contrária à previsão expressa do art. 65, do CP ao afirmar que as

¹³³ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 247.

¹³⁴ Idem, p. 249/250.

¹³⁵ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 280/281.

¹³⁶ GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 10. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016, p. 209/210.

atenuantes são circunstâncias que sempre atenuam a pena e o legislador não utilizaria a palavra sempre se a intenção fosse deixar de aplicar a redução. Colaciona julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul defendendo a redução abaixo do mínimo na fase intermediária da pena (Ap. Crim 70020082814, 5ª Câ. Crim. Rel. Des. Aramis Nassif, j. 11/7/2007; AC 70029176542, Rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, DJ 30/7/2009; Ap. Crim 70017019944, 5ª Câ. Crim. Rel. Des. Genacéia da Silva Alberton, j. 23/5/2007). Há que se observar que o parágrafo único do art. 48 do antigo Código Penal de 1940 que previa a não redução da pena abaixo do mínimo ao se aplicar atenuante não mais existe, daí não ter mais óbice legal a essa redução.

Bitencour¹³⁷ entende que atenuante pode reduzir a pena abaixo do mínimo legal, pois sua aplicação seria sempre obrigatória e atenderia aos postulados do Estado Democrático de Direito que não compactua com responsabilidade penal objetiva, nem interpretações analógicas *in malam partem*. Entende que interpretação diversa viola os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita e esse posicionamento tomam por base orientação jurisprudencial e doutrinária anterior à reforma penal de 1984. Para ele, interpretar de forma contrária a isso é negar vigência ao art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada. Diz não ser moralmente recomendável a postura de quem reconhece a atenuante (somente para evitar nulidade) e não reduz a pena ou aumenta na primeira fase para “simular” uma redução na segunda. Para Nucci¹³⁸ essa posição é minoritária e quando o legislador fixou em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição.

Para o STF, circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, conforme decisão em repercussão geral no RE 597.270/RS, Tribunal Pleno, rel. Min. César Peluso, j. 26.03.2009, com jurisprudência reafirmada em diversos julgados, dentre os quais o ARE 971.458

¹³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito pena: parte geral**. V 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.784/790.

¹³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 507.

ED/SC, 2ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 21/06/2016. Há julgados antigos do STJ que permitiam a redução da pena abaixo do mínimo legal, como o REsp 151.837, 6ª Turma, rel. para o acórdão Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, empate, j. 28/5/98; e REsp 68120/MG, 6ª Turma, rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 16.09.1996. No entanto a súmula 231 do STJ, editada em 22.09.1999 e reafirmada no julgamento do recurso repetitivo REsp 1.117.073/PR, rel. Min. Laurita Vaz, 3ª Seção, j. 26.10.2011, prevê que a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Mirabete¹³⁹ e Jesus¹⁴⁰ têm entendimentos no mesmo sentido sumulado.

Cunha¹⁴¹ critica a súmula 231 do STJ e afirma que essa orientação não tem amparo legal, ofende ao menos os princípios constitucionais da legalidade, da isonomia e da individualização da pena. Schmitt¹⁴² tem um tópico específico em seu livro, intitulado “Crítica à Súmula 231 do STJ” em que afirma não haver óbice à redução ou à majoração na segunda fase para fora dos limites previstos em abstrato pelo tipo. Greco¹⁴³ tem entendimento contrário à sumula e afirma que o art. 65 do CP não faz essa ressalva, ao contrário, utiliza o advérbio sempre. Para Busato¹⁴⁴, se utilizar esse raciocínio a pena ficaria ao talento do juiz que poderia aplicar uma pena nula, reduzindo-a a zero ou aumentá-la até uma pena ilimitada. O mesmo autor entende que os limites mínimo e máximo atendem à proporcionalidade da pena, permitindo certa segurança jurídica e, do contrário, poderia haver privilégios. Entende ainda que a expressão “sempre” do artigo de lei há de ser interpretada restritivamente, sob argumento que muitas atenuantes e agravantes constituem *bis in idem* em face de elementares do tipo qualificadoras e causas especiais ou gerais de aumento e diminuição. De fato, não há previsão legal que proíba a redução da pena provisória abaixo do mínimo legal, mas se trata de entendimento jurisprudencial sumulado, porém, passível de críticas, por ignorar os princípios da individualização da pena e da isonomia.

¹³⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 300.

¹⁴⁰ JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 295/297.

¹⁴¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 433.

¹⁴² SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 225/228.

¹⁴³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 703.

¹⁴⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 888/889.

3.2.2 Circunstâncias preponderantes na fixação da pena provisória

O art. 67 do CPB indica 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. Todos são exemplos de circunstâncias subjetivas. A jurisprudência estabeleceu a seguinte ordem de preponderância: 1º) atenuantes da menoridade e da senilidade; 2º) agravante da reincidência; 3º) atenuantes e agravantes subjetivas; 4º) atenuantes e agravantes objetivas. Se não houver preponderância entre circunstâncias, ou seja, se forem igualmente preponderantes, as circunstâncias são equivalentes.

Para Boschi¹⁴⁵ as circunstâncias que resultam da personalidade são a menoridade (art. 61, I, CP) e a confissão espontânea do agente (art. 65, II, “d”, CP). Para Greco¹⁴⁶ a personalidade do agente refere-se a dados pessoais, inseparáveis da sua pessoa, como é o caso da idade (menor de 21 anos na data do fato e maior de 70 anos na data da sentença). Para Bitencourt¹⁴⁷ a jurisprudência entende a menoridade como aspecto da personalidade e mais relevante do que a reincidência, mas discorda disso, por entender os motivos determinantes do crime como preponderantes em relação às demais circunstâncias legais, inclusive em relação à menoridade. Para Capez¹⁴⁸ a depender da natureza da circunstância em questão, pode ser que uma atenuante sozinha valha mais do que duas agravantes. Para Delmanto¹⁴⁹ a menoridade prepondera sobre todas as circunstâncias, legais ou judiciais, desfavoráveis ao condenado, inclusive a agravante da reincidência, e a confissão demonstra um aspecto positivo da personalidade do agente. Para Nucci¹⁵⁰ a menoridade relativa apesar de preponderante, não deveria ser uma atenuante superior a qualquer outra circunstância legal e entende possível compensar a menoridade com a reincidência, em vez de sobrepor uma à outra. O STJ tem entendimento de que a menoridade relativa prepondera sobre qualquer outra

¹⁴⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 241.

¹⁴⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 708.

¹⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito pena: parte geral**. V 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.783.

¹⁴⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral (arts. 1º a 120)**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 497.

¹⁴⁹ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 285/288.

¹⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 470.

circunstância, inclusive sobre a reincidência, conforme HC 274758/SP, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, j. 05/03/2014.

Para Nucci¹⁵¹ é possível a compensação entre agravantes e atenuantes, pois as causas legais estão previstas na mesma fase, mas entende ser vedada a compensação interfases. Ex.: não deve compensar circunstância judicial e legal. Entretanto, é possível a compensação dentro da mesma fase.

A compensação integral da confissão espontânea com a reincidência é tema controverso na jurisprudência. Em que pese o STF ter precedente da preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea há bastante tempo (HC 71.094 SP, j. 29/03/1994), inclusive com julgados das duas turmas, de relatoria de oito ministros da atual composição: Roberto Barroso (HC 105.543); Teori Zavascki (HC 96.061); Luiz Fux (RHC 111.454); Dias Toffoli (HC 112.830); Ricardo Lewandowski (HC 112.774); Gilmar Mendes (HC 106.172); Cármen Lúcia (RHC 115.994); e Marco Aurélio (HC 93.515); o STJ em julgamento de recurso repetitivo no RESp 1.341.370/MT, 3ª Seção, Min. Sebastião Reis Júnior, j. 10/4/2013 pacificou o entendimento naquela Corte e admite a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência por serem igualmente preponderantes e envolver a personalidade do agente. O STJ tem reafirmado a própria jurisprudência com decisões monocráticas em habeas corpus de ofício (HC 273967, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Dje 08.09.2016), admitido reclamação (Rcl 25031/RJ, 3ª Seção, Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 12.08.2015) e cassado acórdão em revisão criminal que indeferiu a compensação (REsp 1.428.544/DF, Min. Félix Fischer, Dje 25.03.2015).

Em situações específicas o STJ entende preponderar a reincidência, como no caso dos multirreincidentes (REsp 1575661/SC , 5ª Turma, Min. Félix Fischer, j. 23.08.2016; HC 354480/SP, 6ª Turma, Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 02.06.2016) e dos reincidentes específicos (HC 355270/SP, 5ª Turma, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 09.08.2016 e AgInt no AgRg no HC 347109/SC, 6ª Turma, Min. Rogério Schietti Cruz, j. 24.05.2016). Para Masson¹⁵² multirreincidente é

¹⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza.. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 199.

¹⁵² MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – parte geral – vol. 1**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2016, p. 743.

o que “possui três ou mais condenações transitadas em julgado”. Para Jesus¹⁵³ “É o que sofreu mais de três condenações”.

O Ministério Público tentou reverter no STF as decisões do STJ referentes a compensação integral da reincidência com a confissão espontânea, mas o STF tem tomado decisões monocráticas desprovendo vários desses recursos, conforme RE 873182/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 18/08/2016; RE 954363/SE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/05/2016; RE 848662/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/11/2015; ARE 904156/SE, rel. Min. Teori Zavascki, j. 19/11/2015; ARE 903425/SE, rel. Min. Roberto Barroso, j. 25/08/2015. Um dos argumentos apresentados é que a controvérsia sobre a viabilidade ou não de compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea não possui densidade constitucional, limitando-se à apreciação de matéria infraconstitucional. Ao que parece, o STF não pretende levar o tema a plenário, de forma que as decisões do STJ é que serão norteadoras das decisões sobre o tema nas instâncias de 1º e 2º graus.

Alguns doutrinadores como Nucci¹⁵⁴ passaram a seguir o entendimento do STJ: “alteramos a nossa posição, passando a admitir a compensação entre reincidência e confissão espontânea, basicamente lastreado no princípio constitucional do *in dubio pro reo*”. Em outra obra ele enfatiza que:

a confissão espontânea passou a ser considerada preponderante pelo STJ, que, em nosso entendimento, agiu com acerto. Afinal, quem admite a sua culpa de forma espontânea, com o propósito colaborador, evidencia uma personalidade sincera, logo fator positivo. Tendo em vista que a personalidade também é considerada circunstância preponderante (art. 67, CP) pode haver a compensação com a reincidência, igualmente preponderante (art. 67, CP)¹⁵⁵.

Além dos argumentos mencionados, a confissão serve como prova da materialidade e autoria para a convicção do julgador. Pacificar o tema permite que o processo não perca por longa data por conta de recurso ao STF para se tentar garantir um pequeno acréscimo de pena e ao final reste perdida toda a pena devido a prescrição pelo tempo de demora no julgamento do recurso (pragmatismo).

¹⁵³ JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 290.

¹⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 518.

¹⁵⁵ Idem. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 245.

Mesmo que a confissão seja fruto de orientação do advogado é melhor o advogado orientar a confessar de que dizer ao cliente que tanto faz ele confessar como não que o benefício será muito pouco, e criar situações de embaraço à elucidação de fatos pelo judiciário. É um incentivo à postura de dizer a verdade, ao invés de desincentivar esse comportamento, de passar a adotar a “indiferença”, do “pouco me importa dizer ou não a verdade”. Também traz maior segurança jurídica e isonomia, permitindo que situações iguais tenham tratamento igual, ao invés de depender da “sorte” da posição adotada pelo julgador. Nem sempre é possível verificar se a confissão é por conta da personalidade do indivíduo ou se é apenas para se ter o benefício, se foi espontânea ou por orientação do advogado, o que importa muito subjetivismo. Isso pode causar desarranjo no sistema.

Também há precedente do STJ admitindo a compensação da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP) com a agravante de ter sido o crime praticado com violência contra a mulher (art. 61, II, f, do CP), conforme AgRg no AREsp 689.064/RJ, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 6/8/2015, inf. 568. Há ainda, no STJ, precedente no sentido de que é possível compensar a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP) com a agravante da promessa de recompensa (art. 62, IV, do CP), conforme HC 268.165/RJ, 6ª Turma, Min. Rogério Schietti Cruz, j. 05/05/2016 e HC 318.594/SP, 5ª Turma, rel. Min. Félix Fischer, j. em 16/2/2016. Os ministros entendem que a primeira diz respeito à personalidade do agente e a segunda está relacionada ao motivo determinante do crime.

3.2.3 Da utilização de uma qualificadora na fixação da pena provisória

A qualificadora de um delito modifica os limites mínimo/máximo da pena e estão localizadas apenas na parte especial do CP ou em legislação especial, em geral descrita em parágrafo. Ex.: o homicídio simples (art. 121, caput, CP) tem pena de reclusão de 6 a 20 anos, já o homicídio qualificado por motivo fútil (art. 121, § 2º, II, CP) tem pena de 12 a 30 anos. A doutrina e a jurisprudência divergem quando há duas ou mais qualificadoras num mesmo crime: 1ª corrente: a função da qualificadora é apenas mudar os limites mínimo e máximo de aplicação da pena, pouco importa a quantidade existente. 2ª corrente: uma qualificadora é utilizada para alterar a faixa de aplicação da pena, a partir da segunda pode-se utilizar como

circunstância judicial. 3ª corrente: uma qualificadora altera a faixa de aplicação da pena, as demais podem ser utilizadas como agravantes quando houver correspondência legal.

Mirabete¹⁵⁶, Bitencourt¹⁵⁷, Nucci¹⁵⁸, Masson¹⁵⁹, Lima¹⁶⁰ entendem que havendo duas ou mais qualificadoras, a partir da segunda pode ser aproveitada como agravante, se também for prevista legalmente como tal. Nota-se uma desproporcionalidade muito grande na utilização de uma qualificadora para alterar a faixa de aplicação da pena e outras como circunstância judicial ou circunstância legal, pois o valor da circunstância legal incidirá sobre uma outra qualificadora: 1) na faixa de aplicação da pena 2) na pena-base e 3) como agravante. Isso parece muito exacerbado. Trata-se uma criação jurisprudencial para majorar a pena, o que parece ir contra os princípios do direito penal, especialmente o da legalidade. Considerações à parte, o STF e STJ admitem essa utilização, conforme RHC 114.458/MS, 1ª Turma, rel. Min. Dias Toffoli, j. 19/02/2013; HC 85.414/MG, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. 14/06/2005; HC 143149/SP, 5ª Turma, rel. Min. Gurgel de Faria, j. 26/05/2015; HC 326539/SP, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17/09/2015.

3.3 Breves comentários à fixação da pena definitiva

De acordo com o parágrafo único do art. 68 do CP, se houver 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 a causa que mais aumente ou diminua, o mesmo não deve ocorrer na parte geral em que se aplica todos os aumentos/diminuições. No caso de dois aumentos um na parte geral e outro na especial, primeiro utiliza o da parte especial e depois o da parte geral, devido ao princípio da especialidade. Boschi¹⁶¹ defende a “transformação do

¹⁵⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 305.

¹⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito pena: parte geral. V 1**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.790.

¹⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 474.

¹⁵⁹ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – parte geral – vol. 1**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2016, p. 722.

¹⁶⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.801.

¹⁶¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 276.

parágrafo único do artigo 68 do CP em regra geral, independentemente da posição topológica das causas especiais de aumento ou diminuição”. O aumento do concurso formal, crime continuado, erro na execução ou resultado diverso do pretendido, conforme arts. 70, 71, 73 e 74, do CP são aplicados ao final de todas as operações.

São exemplos de causas legais de aumento e diminuição na parte especial: art. 129, § 4º (diminuição de pena nas lesão corporal dolosa privilegiada); art. 226 (aumento de pena nos crimes contra a dignidade sexual). Exemplos de causas de aumento e diminuição na parte geral: art. 14, parágrafo único (crime tentado); art. 16 (arrependimento posterior); art. 21, parte final (erro evitável sobre a ilicitude do fato); art. 24, § 2º (redução de pena, caso não configurado o estado de necessidade); art. 26, parágrafo único (semi-imputabilidade); art. 28, § 2º (embriaguez incompleta); art. 29, §§ 1º e 2º (participação de menor importância); art. 69 (concurso material), art. 70 (concurso formal) e art. 70 (crime continuado). Para Bitencourt¹⁶² “As majorantes decorrentes do concurso formal próprio e da continuação delitiva incidirão sobre aquela que seria a pena definitiva”, ou seja, “depois de realizadas todas as fases estabelecidas pelo art. 68, como se fosse uma quarta operação da dosimetria penal”.

Há basicamente 3 critérios para aplicação das causas de aumento/diminuições da pena:

1º Critério (incidência isolada): Todas as causas de aumento/diminuição incidem sobre a pena provisória.

Ex.: Homicídio privilegiado tentado (art. 121, § 1º c/c art. 14, II, ambos do CP) com pena-base de 6 anos, sem agravantes e atenuantes, assim a pena provisória é de 6 anos. Como há duas diminuições, inicialmente utilizar o da parte especial (redução de 1/6 a 1/3) no nosso caso utilizaremos a redução máxima de 1/3 sobre a pena provisória de 6 anos, o que daria uma redução de 2 anos. Agora, vamos utilizar a redução da parte geral em seu valor máximo (2/3) sobre a pena provisória de 6 anos, o que daria uma redução de 4 anos, restando ao final uma

¹⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito pena: parte geral**. V 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.791.

redução total de 6 anos a ser descontada do total (também de 6 anos), logo a pena final fica em 0 anos.

2° Critério (incidência cumulativa): Todas as causas de aumento/diminuição incidem umas sobre as outras.

Ex.: Homicídio privilegiado tentado (art. 121, § 1° c/c art. 14, II, ambos do CP) com pena-base de 6 anos, sem agravantes e atenuantes, portanto pena provisória também de 6 anos. Como há duas diminuições, inicialmente utilizar o da parte especial (redução de 1/6 a 1/3) no nosso caso utilizaremos a redução máxima de 1/3 sobre a pena provisória de 6 anos, o que daria uma redução de 2 anos e restariam 4 anos. Agora, vamos utilizar a redução da parte geral em seu valor máximo (2/3) sobre a pena reduzida (4 anos), o que daria uma redução de 32 meses, restando uma pena definitiva de 16 meses, ou seja, 1 ano e 4 meses.

3° Critério: As causas de aumento incidem sobre a pena da 2ª fase e as de diminuição incidem umas sobre as outras.

Segundo Nucci¹⁶³ “Parece-nos – e é majoritário esse entendimento – ser adequado o segundo: as causas de aumento e de diminuição são aplicadas umas sobre as outras”. E complementa que “O terceiro, por sua vez, não oferece um método seguro: para aumentar, faz-se de um modo; para diminuir utiliza o juiz outra forma”. Bitencourt¹⁶⁴ e Boschi¹⁶⁵ entendem que as majorantes/minorantes incidirão umas sobre as outras, sucessivamente. Inicialmente com aplicação das causas de aumento, depois as de diminuição. Assim, para a maioria da doutrina e da jurisprudência, nas causas de aumento/diminuição da pena deve haver uma aplicação sucessiva, de forma que a segunda aplicação deve incidir sobre o valor já aumentado/diminuído pela primeira e não sobre a pena provisória para não se ter uma pena zero. É o que se denomina “juros sobre juros”.

A jurisprudência costuma aplicar inicialmente as causas de aumento, depois as de diminuição (se houver inversão dessa ordem o resultado final não se

¹⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 265.

¹⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito pena: parte geral**. V 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.791.

¹⁶⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 255/256

altera matematicamente), mas não deve haver uma aplicação simultânea por não haver compensação na terceira fase da dosimetria da pena entre causas de aumento e de diminuição (ex. um aumento de 1/2 numa pena de 8 anos e uma redução de 1/2 daria ao final 6 anos e não equivaleria a uma eventual compensação que daria 8 anos). No entanto, é possível uma pena final acima/abaixo do mínimo legal. No caso de crime tentado (art. 14, II, CP) a aplicação de diminuição de 1 a 2/3 se leva em consideração o “*iter criminis*” percorrido, de forma que se tiver aproximado da consumação incidirá a fração máxima e se tiver distanciado incidirá o aumento mínimo. Para Boschi¹⁶⁶ essa aplicação deverá preceder a eventuais acréscimos decorrentes de causas especiais de aumento.

¹⁶⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 257

CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho foram estudadas as circunstâncias legais atenuantes e agravantes da dosimetria da pena previstas no Código Penal Brasileiro e nas principais legislações especiais. Foram relatadas as agravantes e atenuantes da pena expressamente previstas nessas normas. Foi estudada a fixação da pena provisória, suas principais divergências doutrinárias e jurisprudenciais (STF e STJ) sobre o tema.

As principais circunstâncias legais atenuantes e agravantes na dosimetria da pena estão previstas tanto nos artigos 61, 62, 64 e 65 do Código Penal, bem como nas seguintes leis: Estatuto do Índio, Lei de Crimes Ambientais (atenuantes); Código Eleitoral, Lei de Organização Criminosa, Lei de Segurança Nacional, Código de Trânsito Brasileiro, Código de Defesa do Consumidor, Lei dos Crimes Contra a Economia Popular, em relação ao crime de usura, Lei de Crimes Ambientais (agravantes).

O Código Penal e a legislação estudada não prevêem o *quantum* de atenuação/agravamento da pena que o magistrado pode utilizar, salvo o Código Eleitoral. A maioria da doutrina e da jurisprudência utilizam a fração de 1/6, e se houver preponderância de uma circunstância utilizam 1/8 ou 1/12. No entanto, no caso de crimes eleitorais há exceção em seu art. 285 ao prevê que quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o “*quantum*”, para a referida lei eleitoral, deve o juiz fixá-lo entre 1/5 a 1/3 da pena, guardados os limites da pena cominada ao crime. É uma das raras situações na legislação brasileira em que a agravante/atenuante prevê o *quantum* de atenuação/agravamento.

Em alguns aspectos das circunstâncias legais a divergência entre o posicionamento da doutrina e da jurisprudência é muito grande. É o caso da exigência de certidão cartorária para comprovar a reincidência. Enquanto a grande maioria da doutrina é pela exigência do documento (foram citados ao menos 8 autores, dentre os pesquisados), o STF e STJ entendem que basta a folha de antecedentes penais para comprovar a reincidência.

O STF e o STJ entendem ainda que não é possível reduzir a pena abaixo do mínimo legal ao se calcular a pena provisória. A súmula 231 do STJ tem

enunciado nesse sentido e o STF tem decisão em repercussão geral com essa afirmativa. Ainda assim, ao menos seis doutrinadores (Bitencourt, Boschi, Delmanto, Greco, Cunha, Schmitt), a maioria deles integram/integraram o Ministério Público, criticam esse entendimento, sobretudo ao argumento de falta de previsão legal.

Há posições diametralmente opostas do STF e STJ ao menos em duas circunstâncias: a primeira diz respeito à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. A Suprema Corte entende pela preponderância da agravante e a Corte Superior pela compensação integral. Enquanto o STJ emite decisões monocráticas, cassa acórdão em revisão criminal que não concedeu a compensação, admite reclamação para defender seu posicionamento, o STF dá sinais de que não pretende levar o tema a Plenário, ao emitir decisões monocráticas não admitindo determinados recursos, sob argumento que o tema é de caráter infraconstitucional.

A segunda grande divergência jurisprudencial verificada na pesquisa entre as Cortes é sobre a consideração como maus antecedentes de condenações que ultrapassaram o período depurador de 5 anos previstos no art. 64, I do CP. O STJ tem posição pacífica nas suas duas turmas de que isso é possível, mas não há decisão sumulada, tampouco decisão em recurso repetitivo nesse sentido. Em contrapartida há ao menos um julgado da 1ª Turma do STF e diversos da 2ª Turma cassando as decisões do STJ, inclusive, os ministros dessa última turma passaram a proferir decisões monocráticas nesse sentido. O tema está afetado à repercussão geral na Corte Suprema desde 2009, infelizmente sem data prevista para julgamento. Isso permite que muitos processos retornem ao juízo sentenciante com o crime já prescrito, devido ao tempo de demora na discussão do tema e análise do caso pelas instâncias superiores.

Decisões sumuladas, em repercussão geral e recurso repetitivo ajudariam na pacificação de entendimento quanto a essas circunstâncias. Criaria uma maior estabilidade na aplicação da pena e evitaria a prescrição pela demora gerada na solução da divergência. Isso compromete um dos princípios do Direito Penal, que é a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral. V 1.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte Geral.** São Paulo: Atlas, 2013.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral (arts. 1º a 120).** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal para concursos.** 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- _____. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120).** 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GRECO, Rogério. **Código Penal comentado.** 10. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016.
- _____. **Curso de Direito Penal.** 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
- JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.** 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- _____. **Legislação criminal especial comentada: volume único.** 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- LOPES JÚNIOR, Auri. **Manual de processo penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – parte geral – vol. 1.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2016.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Código penal interpretado.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral.** 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- _____. **Código penal comentado.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Individualização da pena.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas - – vol. 1.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas - – vol. 2.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Manual de direito penal.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral.** 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática.** 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.