



Direito Penal

– Parte Geral –

Aplicação das Penais Criminais

Leandro Gornicki Nunes

Doutor e Mestre em Direito do Estado (UFPR)

Especialista em Direito Penal (USAL)

leandro.gornicki@univille.br

I. Dosimetria da Pena: método trifásico (CP, art. 68)

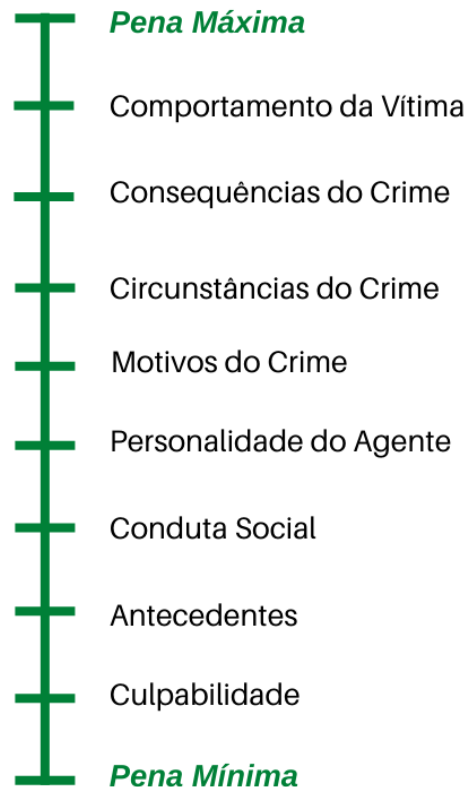
1ª Fase: fixação da pena-base (*circunstâncias judiciais*)

2ª Fase: análise de agravantes e atenuantes (*circunstâncias legais*)

3ª Fase: causas especiais de aumento e diminuição da pena

II. Fixação da Pena-Base

A pena-base é fixada a partir das *circunstâncias judiciais* (CP, art. 59). Ela deverá ser fixada sempre observando a pena *mínima* e a pena *máxima* de cada tipo legal de crime (*preceito secundário*), ou seja, **a pena-base nunca poderá ser fixada abaixo do mínimo ou acima do máximo legal**. Deverão ser avaliadas as 8 circunstâncias judiciais (CP, art. 59):



Considerando que são 8 (oito) *circunstâncias judiciais*, a jurisprudência aceita o aumento de 1/8 (um oitavo), a partir do *mínimo legal*, para cada uma que for desfavorável ao réu:

"...a adoção do critério de aumento de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo das penas mínima e máxima previstas no tipo penal, para cada vetorial desabonadora, revela-se proporcional e adequado" (STJ, AgRg no AREsp n. 2.073.621/DF, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, 5ª Turma, DJe de 22/8/2022).

Se todas as *circunstâncias judiciais* forem favoráveis ao réu, a pena-base sempre deverá ser igual à *pena mínima*.

II. Fixação da Pena-Base

A pena-base é fixada a partir das *circunstâncias judiciais* (CP, art. 59):

- Culpabilidade: juízo de reprovabilidade sobre a conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu (STJ, AgRg no HC n. 613.704/PE, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, j. 17/11/2020, DJe 23/11/2020)
- Antecedentes (CR, art. 5º, LVII; STJ, Súmula 444; Atos Infracionais)
- Conduta social (CR, arts. 1º e 5º, *caput*)
- Personalidade: (CR, arts. 1º e 5º, *caput*)
- Motivos: negativos (egoísmo, cólera, prepotência, luxúria, ganância, avidez, cobiça, vingança, etc.), positivos (gratidão, honra, revolta contra injustiças etc.).
- Circunstâncias do crime (lugar do fato; *modus operandi*; relação autor-vítima)
- Consequências do crime (resultado de natureza pessoal, afetiva, moral, social, econômica ou política produzido pelo crime)
- Comportamento da vítima (participação da vítima nos fatos)

II. Fixação da Pena-Base

ATENÇÃO 1: a pena-base *nunca* será fixada abaixo do mínimo ou acima do máximo legal.

ATENÇÃO 2: jamais poderá haver *bis in idem*, ou seja, dupla punição com base no mesmo motivo. Se uma *circunstância judicial* ou *legal* já constitui ou qualifica um delito, ela não pode ser usada para estabelecer a pena-base acima do mínimo legal, ou, no segundo caso, para agravar a pena (CP, art. 61, *caput*). “A ponderação das circunstâncias elementares do tipo no momento da aferição do cálculo da pena-base configura ofensa ao princípio do *non bis in idem*” (STF, HC n. 117.599, 1ª Turma, Relª. Minª. Rosa Weber, j. 3-12-2013, DJE de 14-2-2014).

ATENÇÃO 3: Condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente (STJ, REsp n. 1.794.854/DF, Relª. Minª. Laurita Vaz, 3ª Seção, v.u., j. 23/06/2021, Dje 01/07/2021)

III. Análise de Circunstâncias Agravantes e Atenuantes

1. Circunstâncias Agravantes (genéricas)

As *circunstâncias legais* estão previstas nos arts. 61 a 66, do Código Penal, e, ainda, em legislação especial.

ATENÇÃO: jamais poderá haver *bis in idem*, ou seja, dupla punição com base no mesmo motivo. Se uma *circunstância judicial* ou *legal* já constitui ou qualifica um delito, ela não pode ser usada para estabelecer a pena-base acima do mínimo legal, ou, no segundo caso, para agravar a pena (CP, art. 61, *caput*). “Jurisprudência de ambas as Turmas desta Corte no sentido de que o fato que serve para justificar a agravante da reincidência não pode ser levado à conta de maus antecedentes para fundamentar a fixação da pena-base acima do mínimo legal (CP, art. 59), sob pena de incorrer em *bis in idem*”. (STF, HC n. 80.066, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13-6-2000, 1ª T, DJ de 6-10-2000)

III. Análise de Circunstâncias Agravantes e Atenuantes

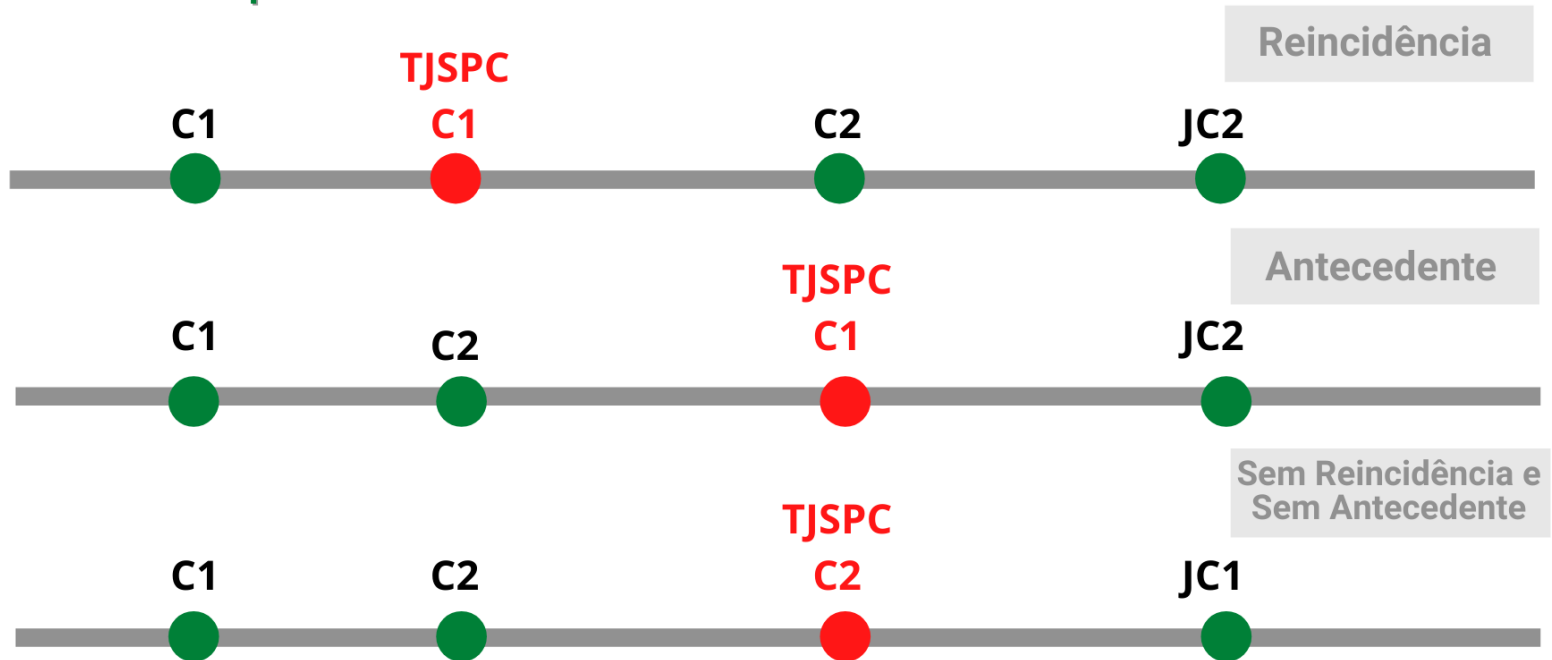
1. Circunstâncias Agravantes (genéricas)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA.CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL AGRAVANTE. PATAMAR DE AUMENTO ACIMA DE 1/6 (UM SEXTO). FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 1. O entendimento majoritário sobre o tema neste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que **o aumento por cada agravante ou atenuante deva ser equivalente a 1/6 da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou diminuição da pena), a fim de se evitar a aplicação em quantidades aleatórias, ao arbítrio do magistrado.** 2. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, o aumento da pena em razão das agravantes genéricas em patamar superior a 1/6 demanda fundamentação concreta e específica, o que não foi observado pelas instâncias ordinárias na hipótese em apreço. 3. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no HC n. 634.754/RJ, Rel. Min. OLINDO MENEZES, 6ª Turma, j. 17/08/2021, DJe 20/08/2021).

III. Análise de Circunstâncias Agravantes e Atenuantes

2. Reincidência (CP, art. 63; LCP, art. 7º)

Linha do Tempo...



Legendas: C1 (crime 1); C2 (crime 2); TJSPC (trânsito em julgado da sentença penal condenatória); JC1 (julgamento do crime 1); JC2 (julgamento do crime 2)

ATENÇÃO 1: prazo depurador da reincidência (CP, art. 64, I)

ATENÇÃO 2: crimes que não geram reincidência (CP, art. 64, II; Lei n. 11.343/2006, art. 28)

III. Análise de Circunstâncias Agravantes e Atenuantes

2. Reincidência (CP, art. 63; LCP, art. 7º)

Crime no Brasil + Crime no Brasil	=	Reincidência
Crime no Estrangeiro + Crime no Brasil	=	Reincidência
Crime no Brasil + Contravenção Penal no Brasil	=	Reincidência
Crime no Estrangeiro + Contravenção Penal no Brasil	=	Reincidência
Contravenção Penal no Estrangeiro + Crime no Brasil	=	XXXXXXXXXX
Contravenção Penal no Estrangeiro + Cont. Penal no Brasil	=	XXXXXXXXXX
Contravenção Penal no Brasil + Crime no Brasil	=	XXXXXXXXXX

ATENÇÃO 1: a *contravenção penal no estrangeiro* não gera reincidência, seja por motivo de crime ou de contravenção penal, por ausência de previsão legal.

ATENÇÃO 2: se for cometido um *crime no Brasil*, após o cometimento de uma *contravenção penal no Brasil*, não haverá reincidência, por ausência de previsão legal.

III. Análise de Circunstâncias Agravantes e Atenuantes

2. Reincidência (CP, art. 61, I; LCP, art. 7º)

Conceito: prática de novo crime após o trânsito em julgado de sentença que tenha condenado o agente pela prática de crime anterior (CP, art. 63). Ver: LCP (Dec-lei n. 3.688/1941), art. 7º. Os atos infracionais (ECA) não constituem reincidência.

Não haverá reincidência em caso de crimes *militares próprios* (previstos exclusivamente na legislação penal militar) e *políticos*, bem como quando ocorrer a sua depuração pelo decurso do tempo (CP, art. 64).

ATENÇÃO: Em respeito ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), a condenação prévia por crime de porte de drogas para consumo próprio (Lei n. 11.343/2006, art. 28) *não gera reincidência* (STJ, REsp 1.672.654/SP, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 21/08/2018, DJe 30/08/2018; STJ, AgRg no HC n. 520.151/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 19/09/2019, DJe 27/09/2019; STJ, AgRg no HC 602.724/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 09/02/2021, DJe 17/02/2021).

III. Análise de Circunstâncias Agravantes e Atenuantes

2. Reincidência (CP, art. 61, I; LCP, art. 7º)

ATENÇÃO: “Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal”.
(STF, RE n. 593.818/SC-RG, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Pleno, j. 18/8/2020, DJe de 1º/9/2020) (Tema n. 150).

“Firme nesta Corte o entendimento de que as condenações alcançadas pelo período depurador de cinco anos (art. 64, I, do Código Penal) não configuram reincidência, mas são aptas a configurar os maus antecedentes do réu”.

(STJ, AgRg no HC n. 696.253/SP, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, 5ª Turma, j. 23/11/2021, DJe 26/11/2021)

III. Análise de Circunstâncias Agravantes e Atenuantes

2. Reincidência (CP, art. 61, I; LCP, art. 7º)

A reincidência pode ser: a) genérica e específica; b) real e ficta.

Análise crítica: a) “ação criminógena “do cárcere (institucionalização); b) *bis in idem*; c) Direito Penal de Autor (*täterstrafe*); d) reflexos na legislação.

“Na realidade, a reincidência decorre de um interesse estatal de classificar as pessoas em 'disciplinadas' e 'indisciplinadas', e, é óbvio, não ser esta a função do direito penal garantidor” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 844).

3. Demais agravantes genéricas (CP, art. 61, II)

III. Análise de Circunstâncias Agravantes e Atenuantes

4. Circunstâncias Agravantes em Concurso de Pessoas (CP, art. 62)

- Promover, organizar ou dirigir a atividade criminosa coletiva;
- Coagir ou induzir à execução material de crime;
- Instigar ou determinar ao crime pessoa dependente ou impunível por condição ou qualidade pessoal;
- Executar ou participar de crime mediante pagamento ou promessa de recompensa.

III. Análise de Circunstâncias Agravantes e Atenuantes

5. Circunstâncias Atenuantes (CP, art. 65)

- Agente menor de 21 (data do fato) ou maior de 70 anos (data da sentença)
- Desconhecimento da lei
- Motivo de relevante valor social ou moral
- Ação espontânea, imediata e eficiente, para evitar ou reduzir as consequências do crime, ou reparação do dano antes do julgamento
- Coação resistível, cumprimento de ordem de autoridade superior ou violenta emoção provocada por ato injusto da vítima
- Confissão espontânea de autoria de crime perante autoridade
- Influência de multidão em tumulto não provocado

III. Análise de Circunstâncias Agravantes e Atenuantes

5. Circunstâncias Atenuantes (CP, art. 65)

Súmulas importantes em relação à matéria:

STJ, Súmula n. 231

“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (*análise crítica*).

STJ, Súmula n. 545

“Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal”.

ATENÇÃO: não importa se a confissão é qualificada, parcial ou se há retratação.

III. Análise de Circunstâncias Agravantes e Atenuantes

5. Circunstâncias Atenuantes (CP, art. 65)

Súmulas importantes em relação à matéria:

STJ, Súmula n. 630

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

III. Análise de Circunstâncias Agravantes e Atenuantes

6. Circunstâncias Atenuantes Inominadas (CP, art. 66)

“A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Pesquisar:

O que é *coculpabilidade da sociedade organizada*, segundo Zaffaroni?

III. Análise de Circunstâncias Agravantes e Atenuantes

7. Concurso de Circunstâncias Legais (CP, art. 67)

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

ATENÇÃO 1: pode haver a *compensação integral* entre a reincidência e a confissão espontânea, assim como entre a reincidência e a idade inferior a 21 anos (*menoridade relativa*).

ATENÇÃO 2: não haverá a *compensação integral* entre a reincidência e a confissão, assim como entre a reincidência e a idade inferior a 21 anos (*menoridade relativa*), quando o réu for *multirreincidente* (STJ, AgRg no REsp. n. 1.820.568/MF, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, 6º Turma, j. 16/06/2020, Dje 29/06/2020).

IV. Causas Especiais de Aumento e Diminuição da Pena

As causas especiais de aumento e diminuição da pena permitem que ela seja aplicada abaixo do mínimo legal ou acima do máximo legal.

Elas estão previstas na parte geral e na parte especial do Código Penal, assim como em legislação especial.

É possível identificar uma causa especial de aumento ou diminuição da pena toda vez que a lei mencionar alguma *fração* ($1/6$, $1/5$, $1/4$, $1/3$, $2/3$) ou *proporção* (metade, dobro, triplo etc.).

Encontre-nos nas redes sociais:



Gornicki Nunes



Gornicki Nunes



Gornicki Nunes



leandro.gornicki@univille.br