

2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO
CRIMINAL

ROTEIRO DE ATUAÇÃO

DOSIMETRIA DA PENA

2016



MPF
Ministério Público Federal

ROTEIRO DE ATUAÇÃO

DOSIMETRIA DA PENA

Procurador-Geral da República

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Vice-Procuradora-Geral da República

Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Vice-Procurador-Geral Eleitoral

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

Ouidora-Geral do Ministério Público Federal

Julietta Elizabeth Fajardo Cavalcanti de Albuquerque

Corregedor-Geral do Ministério Público Federal

Hindemburgo Chateaubriand Pereira Diniz Filho

Secretário-Geral

Lauro Pinto Cardoso Neto



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

ROTEIRO DE ATUAÇÃO

DOSIMETRIA DA PENA

SÉRIE ROTEIROS DE ATUAÇÃO

VOLUME Nº 8

MPF
BRASÍLIA - DF
2016

Copyright © 2016 - MPF
Todos os direitos reservados ao Ministério Público Federal

Coordenação e Organização

2ª Câmara de Coordenação e Revisão - Criminal

Coordenador

José Bonifácio Borges de Andrada

Membros Titulares

Raquel Elias Ferreira Dodge

José Adonis Callou de Araújo Sá

Membros Suplentes

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho

Brasilino Pereira dos Santos

José Osterno Campos de Araújo

Secretário Executivo

Guilherme Guedes Raposo

Planejamento visual, revisão e diagramação

Secretaria de Comunicação Social (Secom)

Normalização Bibliográfica

Coordenadoria de Biblioteca e Pesquisa (Cobip)

Tiragem: 1.200 exemplares

Procuradoria-Geral da República

2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal

SAF Sul, Quadra 4, Conjunto C

Fone (61) 3105-5100

70050-900 - Brasília - DF

www.mpf.mp.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B823r

Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2

Roteiro de atuação: dosimetria da pena / 2. Câmara de Coordenação e Revisão. – Brasília: MPF, 2016.

342 p. (Série Roteiro de Atuação, 8)

1. Individualização da pena – Brasil 2. Punição – Brasil. I. Título.

CDDir 341.5458

2ª Câmara de Coordenação e Revisão – Criminal

Subprocurador-Geral da República (Coordenador)

José Bonifácio Borges de Andrada

Subprocuradora-Geral da República

Raquel Elias Ferreira Dodge

Subprocurador-Geral da República

José Adonis Callou de Araújo Sá

Subprocurador-Geral da República

Brasilino Pereira dos Santos

Subprocurador-Geral da República

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho

Procurador Regional da República

José Osterno Campos Araújo

Grupo de Trabalho sobre Dosimetria da Pena

Daniela Batista Ribeiro – PR/MG

Roberson Henrique Pozzobon – PR/PR

Enrico Rodrigues de Freitas – PR/RS

Pedro Jorge do Nascimento Costa – PGR (**Coordenador**)

Carmen Sant'Anna – PR/RJ

Ludmila Bortoleto Monteiro – PR/MT

Alexandre Senra – PRM Cachoeiro do Itapemirim/ES

APRESENTAÇÃO

É com satisfação que esta 2ª Câmara de Coordenação e Revisão apresenta o Roteiro de Atuação do MPF sobre Dosimetria da Pena.

Este roteiro foi desenvolvido pelos Procuradores da República integrantes do Grupo de Trabalho sobre Dosimetria da Pena. O trabalho teve como norte a necessidade de concretização do princípio da individualização da pena, de forma que, na aplicação do direito penal, haja análise detalhada das circunstâncias que podem influir na dosimetria da pena, tanto elevando-a como reduzindo-a, prevalecendo a visão de que o Direito Penal age como instrumento de garantia e proteção dos Direitos Humanos.

A deliberação sobre a criação do Grupo de Trabalho sobre Dosimetria da Pena se deu no XII Encontro Nacional da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, ocorrido nos dias 19, 20 e 21 de novembro de 2013, em Brasília, ocasião em que se definiu a política criminal do Ministério Público Federal e priorizou-se o debate sobre temas processuais, inclusive em relação ao tema dosimetria da pena.

O referido Grupo de Trabalho, criado pela Portaria 2ª Câmara nº 107, de 24 de outubro de 2013, tem como Coordenador o procurador da República Enrico Rodrigues de Freitas, e é composto pelos procuradores da República Carmen Sant'Anna, Alexandre Senra, Daniela Batista Ribeiro, Ludmila Bortoleto Monteiro, Pedro Jorge do Nascimento Costa e Roberson Henrique Pozzobon.



Diante do vasto conteúdo disponível neste roteiro, não restam dúvidas de que a obra servirá para aperfeiçoar a atuação dos membros do Ministério Público Federal para a justa, adequada e uniforme fixação das penas, evitando-se tratamentos inadequados e díspares, o que dará cumprimento à missão constitucional do MPF de promotores dos direitos humanos e de defensores da sociedade.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

INTRODUÇÃO

8

CAPÍTULO I

10

DIREITO PENAL MATERIAL

1.1 Circunstâncias judiciais	10
1.1.1 Considerações iniciais	10
1.2 Agravantes e causas de aumento	61
1.2.1 Agravantes no concurso de pessoas	71
1.2.2 Reincidência	73
1.3 Atenuantes	86
1.4 Causas de diminuição	94
1.5 Dosimetria da multa	98
1.6 Cálculo da pena	116
1.6.1 Cálculo da pena-base. Circunstâncias judiciais	116
1.6.2 Cálculo da pena-provisória – circunstâncias atenuantes e agravantes	125
1.6.3 Cálculo da pena definitiva – causas de diminuição e de aumento	132

CAPÍTULO 2

138

DOSIMETRIA DOS CRIMES EM ESPÉCIE

2.1 Dosimetria da pena no crime de estelionato	138
2.2 Dosimetria da pena no crime de moeda falsa	177
2.3 Dosimetria da pena nos crimes de sonegação	190



2.4 Dosimetria da pena nos crimes de lavagem	197
2.5 Dosimetria da pena no crime de furto	198
2.6 Dosimetria da pena no crime de roubo	203
2.7 Dosimetria da pena nos crimes da lei de licitação	215
2.8 Dosimetria da pena nos crimes contra a administração pública	216
2.9 Dosimetria da pena nos crimes contrabando e descaminho	252
2.10 Dosimetria da pena no sistema financeiro	256
2.11 Dosimetria da pena nos crimes de responsabilidade	258
2.12 Dosimetria da pena no tráfico de drogas	277

CAPÍTULO 3 **320**

DOSIMETRIA DA PENA DO INDÍGENA

CAPÍTULO 4 **326**

QUESTÕES PROCESSUAIS

4.1 Questões processuais – parte geral	326
4.2 Questões processuais – pena de multa	330
4.3 Questões processuais – crimes em espécie	331

REFERÊNCIAS **338**

INTRODUÇÃO

O Grupo de Trabalho sobre Dosimetria da Pena, instituído pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, iniciou seus trabalhos no final do ano de 2013.

Dimensionados os objetivos, estabeleceu-se como tarefa essencial fornecer aos membros do MPF roteiro de atuação essencialmente prático, fugindo-se, assim, da ideia de obra puramente doutrinária do tema.

Estabeleceram-se duas linhas de trabalho quanto ao roteiro:

- Apreciação da parte geral do Código Penal, no que diz respeito às disposições que tratam da dosimetria da pena.
- Determinação de crimes em espécie com maior recorrência no âmbito da Justiça Federal, de forma a propiciar uma análise específica.

Orientou o trabalho a necessidade de concretização do princípio da individualização da pena (isonomia e proporcionalidade), de forma que na aplicação do direito penal haja análise detalhada das circunstâncias que podem influir na dosimetria da pena, tanto elevando-a quanto reduzindo-a.

Assim, após aproximadamente dois anos de pesquisa e redação, finalizou-se o trabalho com sua entrega à 2ª Câmara de Coordenação do Ministério Público Federal, com a visão de que o Direito Penal age como instrumento de garantia e proteção dos Direitos Humanos, sendo necessário que a fixação da pena, nos casos concretos, dê-se de forma justa, em seus aspectos de prevenção geral e específica, bem como retributivo.



Sabendo-se do fundamental papel que tem o Ministério Público como garantidor da proteção dos Direitos Humanos, destaca-se a importância de sua atuação para concretizar também um tratamento em nível nacional com base em critérios isonômicos de fixação da pena, evitando que pessoas em situações semelhantes sejam apenadas de forma diversa e desproporcional.

Estabelecidos aspectos processuais na busca de elementos para uma adequada dosimetria da pena, bem como debatidas questões gerais referentes à fixação da pena, analisaram-se questões pertinentes a alguns crimes de maior recorrência¹ na atuação do Ministério Público Federal, com a certeza de que as considerações servem também de apoio na análise de outros tipos e a clareza de que o direito, processo vivo e dinâmico, apresenta diariamente inúmeros outros problemas com novas e impensadas soluções.

Realizou-se obra coletiva, uma vez que, além de interlocução com outros GTs e de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, o trabalho do grupo se apoiou na coleta ampla das boas práticas já utilizadas no âmbito do Ministério Público Federal, com o que se agradece a colaboração de todos.

1 Conforme informação obtida na Ferramenta de Inspeção de Inquéritos Policiais (Fipol).

CAPÍTULO 1

DIREITO PENAL MATERIAL

1.1 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Inicialmente, abordam-se as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, valoradas na primeira fase da dosimetria da pena.

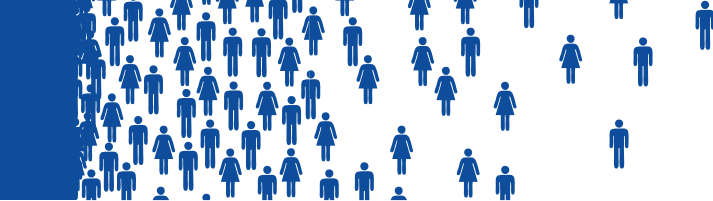
1.1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Objetiva-se, aqui, um exame i) da culpabilidade; ii) dos antecedentes; iii) da conduta social; iv) da personalidade do agente; v) dos motivos; vi) das circunstâncias; vii) das consequências do crime; e viii) do comportamento da vítima, enquanto circunstâncias judiciais a serem valoradas na primeira fase da dosimetria da pena, notadamente a repercussão ou não dessa valoração na quantidade de pena aplicável (cf. art. 59, *caput* e inciso II, do Código Penal).

Tomando-se o vocábulo fato numa acepção bastante ampla, como “tudo o que nos cerca, física ou psiquicamente”¹, é certo que a legislação penal pode prever o mesmo fato, isolada ou cumulativamente, i) no próprio tipo penal (na sua forma básica, qualificada ou privilegiada), como ii) circunstância judicial, iii) circunstância legal, iv) causa de aumento ou de diminuição da pena. E, dependendo de como se o compreenda, serão distintos os efeitos jurídicos produzidos.

Inobstante a produção simultânea de distintos efeitos jurídicos pelo mesmo fato não represente problema de ordem lógica, no que se refere ao direito penal e, mais especificamente, no que toca à dosimetria da

1 MELLO (2010, p. 8).



pena, invoca-se a necessidade de que se impeça o *bis in idem* (repetição sobre ele). Sustenta-se, então, não se deva valorar determinado fato, concomitantemente, em mais de uma daquelas categorias, sobretudo quando importe em prejuízo do réu. Confira-se:

[...] 3- É vedada na dosimetria da pena a consideração de uma mesma circunstância em duas fases diversas para prejudicar o réu [...] (STJ, HC 74.300/PE, Rel. Min. JANE SILVA (Des. Conv. TJ/MG), 5ª T., j. 14/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 318)

Embora cuide especificamente da reincidência, também a Súmula 241 do STJ (“a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”) espousa tal entendimento. Torna-se, dessarte, imprescindível uma hierarquia entre tais categorias. No que mais de perto nos interessa, prevalece que as circunstâncias judiciais ocupam o último grau na referida hierarquia. Dito de outra maneira, determinado fato somente deverá ser considerado como circunstância judicial quando não for nem vier a ser valorado como integrante do próprio tipo (na sua forma básica, qualificada ou privilegiada), nem como circunstância legal, causa de aumento ou de diminuição da pena.

Evita-se o *bis in idem* ao não se considerar o mesmo fato em dois ou mais momentos da dosimetria da pena. O que se afirma, portanto, não é óbice a que, concorrendo mais de uma qualificadora ou de uma causa de aumento, por exemplo, algumas delas venham a ser



valoradas como circunstâncias legais ou mesmo judiciais, contanto que não o sejam, cumulativamente, também valoradas em outra categoria. Nesse sentido:

DOSIMETRIA DA PENA. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. CONCORRÊNCIA DE QUALIFICADORAS. 1. Na hipótese de concorrência de qualificadoras num mesmo tipo penal, uma delas deve ser utilizada para qualificar o crime e as demais serão consideradas como circunstâncias agravantes. Precedentes (HC 80.771, HC 65.825 e HC 79.538). 2. Habeas Corpus indeferido. (STF, HC 85414, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª T., julg.14/06/2005, DJ 01-07-2005 PP-00087)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. CONCURSO DE AGENTES. USO DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DO SISTEMA TRIFÁSICO. UTILIZAÇÃO DE UMA CAUSA DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE, COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL, E A OUTRA NA TERCEIRA FASE. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE *bis in idem*. PRECEDENTES DO STJ. [...] 1. Inexiste ilegalidade na majoração da pena-base acima do mínimo legal, pois o Julgador se utilizou de uma das causas de aumento da pena no crime de roubo (utilização de arma de fogo) como circunstância judicial do art. 59 do CPB (a revelar maior censura de sua conduta), relegando a outra (concurso de agentes) para a terceira fase da dosimetria da pena, incorrendo, assim, *bis in idem* [...] 2. A jurisprudência desta Corte e do colendo STF admite que, reconhecidas duas ou mais qualificadoras, uma enseje o tipo qualificado e a outra circunstância negativa, seja como agravante (se como

tal prevista), seja como circunstância judicial (REsp. 831.730/DF, Rel. Min. FÉLIX FISCHER, 5T, DJU 09.04.07 e HC 71.293/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 18.08.95)
(STJ, HC 70.594/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 5ª T., julg. 25/10/2007, DJ 19/11/2007, p. 252)

Imprescindível, além disso, conforme jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores, que o magistrado aponte elementos do caso concreto que fundamentem o reconhecimento de quaisquer circunstâncias judiciais em desfavor do réu, não se devendo limitar a referências, vagas, genéricas ou abstratas:

[...] Não responde a exigência de fundamentação de individualização da pena-base e da determinação do regime inicial da execução da pena a simples menção aos critérios enumerados em abstrato pelo art. 59 C. Pen., quando a sentença não permite identificar os dados objetivos e subjetivos que a eles se adequariam, no fato concreto, em desfavor do condenado. [...] (STF, HC 68751, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1ª T., julg. 08/10/1991, DJ 01-11-1991 PP-15569)

[...] Traduz situação de injusto constrangimento o comportamento processual do Magistrado ou do Tribunal que, ao fixar a pena-base do sentenciado, adstringe-se a meras referências genéricas pertinentes às circunstâncias abstratamente elencadas no art. 59 do Código Penal. O juízo sentenciante, ao estipular a pena-base e ao impor a condenação final, deve referir-se, de modo específico, aos elementos concretizadores das circunstâncias judiciais fixadas naquele preceito normativo. [...] (STF, HC 69141, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 1ª T., julg. 05/05/1992, DJ 28-08-1992 PP-13453)

[...] III. Não obstante a existência de certa discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, é indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos e em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal. [...] (RHC 19.390/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2006, DJ 01/08/2006, p. 462)

[...] 1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, além das próprias elementares comuns ao tipo. [...] (HC 60.524/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2007, DJ 08/10/2007, p. 325)

Mais uma observação se faz necessária. São premissas comumente aceitas:

1^a) a de que para a fixação da pena-base deve o magistrado partir da pena mínima do delito cominada em abstrato pelo legislador, exasperando-a para cada circunstância judicial que se reconheça como desfavorável ao apenado²; e

2^a) a de que, diversamente das circunstâncias legais (agravantes e atenuantes), circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis não se compensam, razão pela qual a pena-base deverá ser fixada acima do mínimo legal ainda que o magistrado venha a reconhecer uma única circunstância judicial como desfavorável e todas as demais como favoráveis. Trata-se de entendimento explicitado, por exemplo, na ementa de julgado do STF adiante parcialmente transcrita:

2 Vide a seguir tópico em que o GT é contrário a esse entendimento.

[...] 2. A quantidade da pena-base, fixada na primeira fase do critério trifásico (CP, arts. 68 e 59, II), não pode ser aplicada a partir da média dos extremos da pena cominada para, em seguida, considerar as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu, porque este critério não se harmoniza com o princípio da individualização da pena, por implicar num agravamento prévio (entre o mínimo e a média) sem qualquer fundamentação. [...] quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, **basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo. Na fixação da pena-base o Juiz deve partir do mínimo cominado**, sendo dispensada a fundamentação apenas quando a pena-base é fixada no mínimo legal;[...] (HC 76196, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 29/09/1998, DJ 15-12-2000 PP-00062 EMENT VOL-02016-03 PP-00448) – grifo nosso

Em decorrência disso, para a fixação da pena-base passa a importar apenas a identificação das circunstâncias judiciais desfavoráveis do caso concreto. Circunstâncias judiciais neutras, não apreciadas pelo magistrado ou mesmo valoradas como favoráveis não repercutirão no *quantum* da pena-base, sendo, nestes termos, equivalentes. Aceitas essas premissas, imperioso reconhecer que circunstâncias judiciais favoráveis em nada favorecem o apenado, ao menos no que se refere à fixação da pena-base.

Na sequência, então, examinam-se cada qual das mencionadas circunstâncias judiciais, notadamente quando elas vêm sendo consideradas como desfavoráveis pela jurisprudência recente dos Tribunais Superiores e Tribunais Regionais Federais.

A) CULPABILIDADE

Em um primeiro momento, depois de verificada a tipicidade e a antijuridicidade do fato, a culpabilidade norteia o juízo de reprovação social incidente sobre o agente a partir da análise de sua imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de comportamento conforme o direito. Superada tal etapa, a culpabilidade é novamente analisada por ocasião da dosimetria da pena, de modo que a fixar a justa reprimenda ao autor. Assim, conforme mencionado por Guilherme de Souza Nucci “a culpabilidade é o fundamento e o limite para a pena”³

Se na primeira etapa o juízo de culpabilidade dirá se a ação foi digna de reprovação ou não, por ocasião da determinação da pena-base se verificará em que medida (grau) a conduta praticada pelo autor merece censura e reprovação. Em outros termos, “o juízo qualitativo da culpabilidade como categoria do crime se transforma no juízo quantitativo da culpabilidade como medida da pena – garantia individual excludente de excessos punitivos em prevenção geral ou especial”⁴

No art. 59 do Código Penal – que especifica as circunstâncias judiciais que devem nortear a fixação da pena-base – a culpabilidade não vem mencionada em primeiro lugar por acaso, mas sim porque se trata do critério básico e fundamental para a fixação da pena⁵.

A culpabilidade foi inserida como circunstância judicial a partir da reforma penal de 1984, substituindo o critério “intensidade do dolo ou grau de culpa”. Segundo mencionado na exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal: “preferiu o Projeto a expressão ‘culpabilidade’ em lugar de ‘intensidade do dolo ou grau de culpa’, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena” (Item 50).

3 NUCCI (2013, p. 228).

4 SANTOS (2008, p. 565).

5 REALE JR. (1987, p. 160).



Para balizar tal avaliação da culpabilidade como medida da pena, Juarez Cirino dos Santos sugere dois parâmetros: i) “o nível de consciência do injusto” e ii) “o grau de exigibilidade de comportamento diverso de autor consciente do tipo de injusto”. Segundo o autor, o primeiro critério varia entre o polo de pleno conhecimento do injusto (ampla reprovabilidade) e o polo de erro de proibição inevitável (ausência de reprovabilidade), sendo que entre ambos estariam os níveis intermediários com gradações da evitabilidade do erro de proibição. No tocante ao segundo parâmetro, a variabilidade estaria entre o máximo poder pessoal de não praticar o injusto e a inexistência de poder pessoal para não o fazê-lo, passando por graus intermediários que deveriam ser expressos em medidas da pena⁶.

No mesmo sentido manifesta-se Fernando Galvão, para o qual o

juízo de reprovação não comporta somente a discussão sobre ser exigível, ou não, comportamento diverso. O problema fundamental que se apresenta é dimensionar a medida da exigibilidade [...]. Quanto maior for a exigibilidade de comportamento diverso, maior deverá ser a pena⁷.

Contudo, os arts. 21 e 26, parágrafo único, do CP, trazem hipóteses específicas em que o “nível de conhecimento do injusto” (erro de proibição evitável) e “o grau de exigibilidade de comportamento diverso de autor consciente do tipo de injusto” (imputabilidade penal diminuída) devem ser valorados na terceira fase da dosimetria da pena, como causas de diminuição. Reserva-se a ponderação de tais aspectos na primeira fase da dosimetria da pena, portanto, apenas as situações que interfiram no exame da exigibilidade de conduta diversa do agente, mas

6 SANTOS (2008, p. 570).

7 GALVÃO (2013, p. 731).

não estejam expressamente previstas na lei penal como causas de aumento ou diminuição⁸.

Na Ação Penal nº 470, a culpabilidade de José Dirceu, por exemplo, foi considerada extremamente elevada na medida em que, para a prática dos crimes, ele “valeu-se de suas posições de mando e proeminência, tanto do Partido dos Trabalhadores, quanto no Governo Federal, no qual ocupava o estratégico cargo de ministro-chefe da Casa Civil da Presidência da República [...] (APn 470/MG, p. 57.904)”⁹.

Também se reconhece a necessidade de acrescer a culpabilidade do réu quando o crime por ele praticado for relacionado com a sua profissão ou cargo, diante do conhecimento específico que possui – ou deveria possuir – sobre as restrições e consequências legais do delito. Os tribunais pátrios têm reconhecido reiteradamente tal possibilidade, conforme julgados a seguir citados:

[...] O grau de culpabilidade revela grau intenso, pois inclusive é contador por profissão, e não pode atribuir a terceiros responsabilidade que é sua. [...] (HC 113662, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-198 DIVULG 07-10-2013 PUBLIC 08-10-2013)

[...] 3 – A maior reprovabilidade da conduta do acusado, a fundamentar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, justifica-se em razão de ele se tratar de um experiente empresário, proprietário de um conglomerado econômico, com maior capacidade de compreender o caráter ilícito e as consequências de seu comportamento, além do fato de que seu grupo econômico possuía situação financeira suficientemente estável para agir de

8 ROCHA (1995, p. 144).

9 NUCCI (2013, p. 228-229).

acordo com o que determina a lei. [...] (ACR 200950010095584, Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 04/05/2012 – Página: 100/101.)

[...] III – Se as condições pessoais do agente, Secretário de Ação Social, responsável pelo pagamento de benefício proveniente de Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), revelam maior reprovabilidade da conduta, deve a culpabilidade ser considerada como um vetor desfavorável a ensejar o aumento da pena. [...] (ACR 200850020013249, Desembargador Federal ANDRÉ FONTES, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data::22/11/2013.)

[...] 11. O réu, na qualidade de advogado detentor de capacidade postulatória e conhecedor do ordenamento jurídico, deveria atuar de acordo com a lei, e com ética no exercício de sua profissão. Ao utilizar-se de documento falsificado em processo judicial a fim de obter êxito na causa que patrocinava, aproveitou-se de sua condição de profissional de Direito a fim de iludir a Justiça, de forma que possui maior grau de culpabilidade na prática do crime, não merecendo ter a pena-base fixada no mínimo legal. [...] (ACR 00003001620044036106, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 – QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/05/2013 .FONTE_REPUBLICACAO.)

Outra circunstância que implica maior culpabilidade do agente diz respeito à premeditação do crime, conforme reconhecido pelo STJ no seguinte julgado:

[...] 2. Na hipótese dos autos, não merece censura o julgado, quanto à majoração da pena-base em face da maior culpabilidade do Agravante, evidenciada pela natureza premeditada da prática delituosa. [...] (AgRg no AREsp 288.922/SE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 01/08/2014)

Afigura-se de extrema importância, nesta toada, que, por ocasião da análise da culpabilidade do réu, analise-se a existência de circunstâncias gravosas relativas aos fatos praticados que não estejam contempladas no núcleo do tipo pelo qual ele está sendo processado, tal como reconheceu o STJ no precedente a seguir:

[...] 2. A manutenção de depósito ilegal no exterior do País de enormes quantias de divisas constitui motivação idônea e suficiente para majorar a pena-base acima do mínimo legal, dado o elevado grau de culpabilidade, não se confundindo com constituindo tal fato em elemento inerente ao tipo previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei n.º 7.492/86. [...] (AgRg no REsp 1283839/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013)

Insta destacar, por derradeiro, que o incremento da culpabilidade deve se pautar no grau de reprovabilidade do comportamento do agente, mas jamais se fundamentar em locuções vagas e genéricas, alheias às particularidades reveladas pelo caso concreto. Ilustrativo, nesse sentido, os seguintes julgados do STJ:

[...] 1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. 2. Não pode o magistrado



sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como ocorrido, na hipótese, com relação às circunstâncias do delito. Precedentes. 3. Conquanto o grau de reprovabilidade da conduta constitua fator idôneo a ser sopesado no exame da culpabilidade do agente, o juiz não se vê livre da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis e distintos dos elementos do tipo penal, que dêem suporte à sua consideração, o que não ocorreu no caso. Precedentes. [...] (HC 229260/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013)

[...] 2. Hipótese em que o magistrado a quo e o Tribunal de origem, quanto à culpabilidade, limitaram-se a dizer ser intenso o dolo, sem qualquer consideração concreta que justifique o acréscimo da pena-base. Flagrante ilegalidade. [...] (HC 178482/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 18/06/2013)

B) ANTECEDENTES

Antecedentes para os fins do art. 59 do CP são todos os fatos relevantes praticados pelo réu, na seara penal, antes da prática do crime pelo qual está sendo processado, ou seja, trata-se de “sua vida progressa em matéria criminal”¹⁰.

Em um primeiro plano, portanto, é condição óbvia e imprescindível para que um determinado fato seja considerado antecedente que ele tenha ocorrido antes do fato criminoso cuja pena será calculada. Fatos praticados posteriormente poderão ser levados em conta para a

10 NUCCI (2013; 2014, p. 416).



comprovação da personalidade do agente, de sua conduta social, mas não para influir em seus antecedentes.

É fruto de intensos debates a possibilidade de considerar (ou não) apontamentos na folha de antecedentes do réu (inquéritos ou ações penais) como “maus antecedentes” independentemente do trânsito em julgado das respectivas ações penais.

O entendimento jurisprudencial majoritário é pela impossibilidade. Argumenta-se que segundo o princípio da presunção da inocência o indivíduo não poderia sofrer prejuízo em razão da existência de investigação ou de processo criminal que ainda não foram definitivamente julgados.

O STF deliberou em decisão com repercussão geral no RE nº 591054-7/SC pela impossibilidade de utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Todavia, conforme noticiado pelo próprio STF, há a possibilidade de ser afetado novo caso ao Plenário para revisão de entendimento¹¹.

Neste sentido, o STF também atribuiu ao Ministério Público o múnus de identificar caso específico para afetar o tema ao plenário para análise de revisão de entendimento, conforme decisões nos HC nº 94680 e nº 94620:

O Tribunal se pronunciou no sentido da possibilidade de rever a tese firmada no RE 591.054, e, nesse sentido, o Ministério Público Federal envidará esforços para identificar um caso para submeter ao Plenário oportunamente.

Assim, parece de grande relevância que o Ministério Público permaneça debatendo o entendimento quanto a esse aspecto referente aos antecedentes, de forma a que novos casos cheguem ao STF para revisão

11 Conforme Informativo STF de 24 de junho de 2015.



de entendimento, bem como, em face da abertura dada pelo próprio STF, busque-se decisões favoráveis nos demais tribunais.

No âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça este também é o entendimento que prevalece. Após reiterados julgamentos sobre o tema a Terceira Seção do STJ editou a Súmula 444/STJ, com o seguinte teor: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Não obstante o posicionamento jurisprudencial supramencionado, verifica-se que tal necessidade de trânsito em julgado de antecedentes criminais pode ser contornada quando o próprio acusado, interrogado na ação penal, confessar que já praticou delitos anteriormente. Isto porque, mediante tal confissão, a existência de antecedentes deixa de ser fato controverso nos autos. Merece registro posicionamento do Tribunal Regional Federal da 2ª Região¹²:

PENAL. PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO. INEXISTÊNCIA. CORRUPÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PRESCRIÇÃO. PENA-BASE. ESTELIONATO. ABSOLVIÇÃO. [...] 5. A despeito da edição da Súmula nº 444, do Superior Tribunal de Justiça, mantenho meu entendimento anterior de que a impossibilidade de emprego destas anotações penais como indicadores da personalidade do agente viola os princípios da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade, posto que se trataria de forma isonômica os acusados com folhas de antecedentes penais imaculadas e aqueles que são investigados em vários inquéritos policiais ou respondem a inúmeras ações penais, bem como o princípio constitucional da individualização da pena. [...]

12 A utilizar também os maus antecedentes para aferição da conduta social.

(ACR 200351015013181, Rel. Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, 2ª TURMA, julgado em 18/12/2012, Pub. 22/01/2013)

Ementa: PENAL – EMBARGOS INFRINGENTES – ART.312 CAPUT, DO CP -- PECULATO – CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO FALSO – DOSIMETRIA DA PENA- ART. 59, DO CP – VOTO VENCEDOR COM 4 ANOS DE RECLUSÃO – VOTO VENCIDO COM 2 ANOS DE RECLUSÃO – VÁRIAS ANOTAÇÕES NA FAC POR CRIMES DA MESMA ESPÉCIE – EMBARGOS INFRINGENTES DESPROVIDOS. I- Embargos Infringentes para desconstituir Acórdão que, por maioria, negou provimento ao apelo de ROGÉRIO, para manter a condenação pela prática de peculato e a dosimetria com a pena de 4 anos de reclusão, substituída por 2 restritivas de direito; o voto revisor fundamentou-se, principalmente, nas inúmeras anotações sobre crimes da mesma espécie, na FAC. II- O Voto vencido entendeu pela redução da pena de reclusão para o mínimo legal de 2 anos de reclusão; afirmou que não se pode exasperar a pena-base com fundamentos genéricos. III- Concordo com o Voto Vencedor que, com detalhes e brilhantismo, fundamentou sua decisão, afirmando: “a questão remete ao alcance do princípio constitucional da não-culpabilidade, enquanto expressão de uma inocência presumida em relação a fatos não decididos definitivamente, em cotejo com os princípios da individualização da pena, da igualdade e da culpabilidade, princípios esses que também possuem uma matriz constitucional; a questão foi levada a repercussão geral no STF e não obteve, ainda, resultado.[...] é preciso não perder de vista que [...] se configura, ao menos, como demonstrativo de conduta social afastada do eixo da legalidade que se espera da vida em comunidade [...] A questão do aumento da pena-base por conta da existência de

maus antecedentes ainda comporta ponderações, sobretudo porque elas não caminham para inviabilizar a aplicação da Súmula 444 do STJ, mas apenas procura situá-la dentro de um paradigma que atenda às especificidades dos casos concretos.” IV- Portanto, NEGÓCIO PROVIMENTO aos Embargos Infringentes para manter o Acórdão que manteve a dosimetria da pena fixada pelo magistrado de piso. (ACR 0045197-43.1999.4.02.5101, Rel. Des. Federal MESSOD AZULAY NETO, 1ª SEÇÃO ESPECIALIZADA, julgado em 27/06/2003, Pub. 08/07/2013)

Outra questão bastante controversa acerca do tema no âmbito do STF, diz respeito à valoração de antecedentes decorrentes de penas já extintas há mais de cinco anos, para fins de exasperação da pena-base. Trata-se de temática que também já teve sua repercussão geral reconhecida pela Suprema Corte (RE nº 593.818-RG/SC), mas que ainda não foi debatida por seu plenário.

A controvérsia cinge-se, assim, à possibilidade de aplicar analogicamente o período depurativo do art. 64 do CP para afastar os efeitos das condenações anteriores não só para fins de reincidência, mas também como maus antecedentes. Os defensores desta interpretação argumentam que não se poderia “admitir uma etiquetagem para o indivíduo como sendo portador de maus antecedentes que perdure eternamente”¹³.

13 GALVÃO (2013, p. 735).

Veja-se como têm se posicionado os ministros do STF sobre a questão:

É possível valorar antecedentes decorrentes de penas já extintas há mais de cinco anos para fins de exasperação da pena-base?		
STF 2ª Turma RHC 116.070/RJ Julgado em 22/04/2014	Min. Ricardo Lewandowski	Sim
	Min. Celso de Mello	Ausente
	Min. Gilmar Mendes	Ausente
	Min. Cármen Lúcia	Sim
	Min. Teori Zavascki	Sim
STF 1ª Turma RHC 118.977/MS Julgado em 18/03/2014	Min. Marco Aurélio	Não participou
	Min. Dias Toffoli	Não
	Min. Luiz Fux	Não participou
	Min. Rosa Weber	Não
	Min. Roberto Barroso	Não
STF 1ª Turma RHC 119.200/PR Julgado em 11/02/2014	Min. Marco Aurélio	Não
	Min. Dias Toffoli	Não
	Min. Luiz Fux	Não
	Min. Rosa Weber	Não
	Min. Roberto Barroso	Não
STF 2ª Turma RHC 110.191/RJ Julgado em 23/04/2013	Min. Ricardo Lewandowski	Não
	Min. Celso de Mello	Não
	Min. Gilmar Mendes	Não
	Min. Cármen Lúcia	Não
	Min. Teori Zavascki	Não
STF 1ª Turma RHC 106.814/MS Julgado em 23/02/2011	Min. Ricardo Lewandowski	Sim
	Min. Dias Toffoli	Sim
	Min. Cármen Lúcia	Sim
	Min. Marco Aurélio	Não participou
STF 1ª Turma HC 97.390/SP Julgado em 31/08/2010	Min. Ricardo Lewandowski	Sim
	Min. Dias Toffoli	Sim
	Min. Cármen Lúcia	Sim
	Min. Marco Aurélio	Sim



Conforme exposto no quadro, são bastante controversos os entendimentos acerca da possibilidade de valorar antecedentes decorrentes de penas extintas há mais de cinco anos para fins de exasperação da pena-base.

No âmbito do STJ, contudo, o entendimento é pacífico no sentido da possibilidade, conforme revelam os precedentes a seguir:

[...] À luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações penais anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal. [...] (HC 230.210/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 09/04/2014)

[...] 2. Conquanto não se desconheça o conteúdo de recente decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, tomada por maioria de votos no HC 119.200/PR (julgado em 11.2.2014, Rel. Min. Dias Toffoli, acórdão pendente de publicação), é de ver que o tema não está pacificado naquela Corte, sendo objeto de repercussão geral (RE 593.818). Nessa toada, e in casu, fica mantido o entendimento já pacificado por este Sodalício de que, mesmo ultrapassado o lapso temporal de cinco anos, podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes as condenações anteriores transitadas em julgado, nos termos do art. 59 do Código Penal. [...] (HC 240.022/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 24/03/2014)

[...] 2. O decurso de lapso temporal superior a 05 (cinco) anos entre a data do término da pena da condenação anterior e a data

da infração posterior, embora afaste os efeitos da reincidência, não impede o reconhecimento de maus antecedentes, ensejando, assim, o aumento da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes. [...] (HC 213.685/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 19/11/2013)

Não é uníssono, entretanto, o entendimento acerca da necessidade de certidão cartorária certificando o trânsito em julgado de condenação criminal para o reconhecimento de maus antecedentes. No próprio STF há entendimentos em ambos os sentidos, conforme atestam os julgados a seguir:

[...] II – Não procede a alegação de que a inexistência de certidão cartorária atestando o trânsito em julgado de eventual condenação inviabilizaria o reconhecimento de maus antecedentes/reincidência e que a folha de antecedentes criminais não serviria para esse fim. Esta Corte já firmou entendimento no sentido da idoneidade do referido documento, que possui fé pública. Precedentes. [...] (HC 107274, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 12/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-075 DIVULG 19-04-2011 PUBLIC 25-04-2011 LEXSTF v. 33, n. 388, 2011, p. 367-376)

[...] Tampouco, em vista da falta de certidões específicas, é possível reconhecer-se, no caso, a presença de maus antecedentes por parte do paciente. [...] (HC 112309, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 27/11/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 19-02-2013 PUBLIC 20-02-2013)



Oportuno mencionar, no entanto, que devem ser reconhecidos como maus antecedentes os crimes praticados antes dos fatos processados, mas que transitaram em julgado posteriormente (inaptos para configurar reincidência). Nesse sentido:

[...] 2. Condenações transitadas em julgado após o cometimento dos crimes objeto da condenação são aptas a desabonar, na primeira fase da dosimetria, os antecedentes criminais para efeito de exacerbação da pena-base (CP, art. 59). [...] (HC 117737, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 30-10-2013 PUBLIC 04-11-2013)

[...] 2. Conforme iterativos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, crime cometido anteriormente aos fatos sob análise, mas reconhecido por decisão condenatória transitada em julgado posteriormente, são hábeis a configurar maus antecedentes, ensejando a exasperação da pena-base. [...] (TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ACR 0005744-96.2004.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, julgado em 29/10/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2013)

Assinala-se, ainda, a possibilidade de utilização de condenações anteriores transitadas em julgado tanto para caracterizar reincidência quanto para materializar maus antecedentes, desde que cada uma para finalidade específica:

[...] 2. O magistrado sentenciante considerou condenações transitadas em julgado, anteriores e distintas, para aumentar a pena-base por maus antecedentes e para aplicar a agravante da reincidência.

Inocorrência de ilegalidade flagrante ou abuso de poder. [...] (HC 107456, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-149 DIVULG 01-08-2014 PUBLIC 04-08-2014)

[...] 2. O magistrado sentenciante considerou condenações transitadas em julgado, anteriores e distintas, para aumentar a pena-base por maus antecedentes e para aplicar a agravante da reincidência. Precedentes. 3. Inocorrência de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder. [...] (RHC 99800, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 02-05-2014 PUBLIC 05-05-2014)

[...] A jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que “o *bis in idem* na fixação da pena somente se configura quando o mesmo fato – a mesma condenação definitiva anterior – é considerado como signo de maus antecedentes (circunstância judicial do art. 59 do Código Penal) e como fator de reincidência (agravante genérica do art. 61 também do Código Penal), nada impedindo que condenações distintas deem ensejo a valorações distintas, porquanto oriundas de fatos distintos” (HC 99.044/SP, rel. min. Ellen Gracie, DJE nº 81, divulgado em 06.05.2010). [...] (HC 98083, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 20/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 19-02-2013 PUBLIC 20-02-2013)

[...] 3. Dosimetria. *bis in idem*. Não ocorrência. Paciente que apresenta duas condenações definitivas, sendo uma utilizada como circunstância judicial para fixação da pena-base e outra como agravante da reincidência. [...] (HC 108059, Relator(a):



Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013)

[...] 7. Não configura *bis in idem* a utilização de condenações anteriores com trânsito em julgado para caracterizar os maus antecedentes e a reincidência do agente, desde que uma delas seja utilizada para exasperar a pena-base e a outra na segunda fase da dosimetria. Precedentes. [...] (TRF4, ACR 5004737-04.2013.404.7001, Sétima Turma, Relator Luiz Carlos Canalli, juntado aos autos em 26/11/2013)

Essa também é a interpretação que decorre da leitura da Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça, sobretudo diante da expressão “simultaneamente” nela utilizada, *in verbis*: “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

C) CONDUTA SOCIAL

“A conduta social simboliza o papel do réu em sociedade, retratando-o no trabalho, na família, na comunidade etc., avaliando-se sua vida pretérita ao crime”¹⁴.

Miguel Reale Jr. destaca “que o comportamento social espelha em que medida o agente é digno de maior ou menor censura, por ter se conduzido de molde a que o delito se inseriu no contexto de sua vida, ou constituía um fato alheio e isolado”¹⁵.

A circunstância “conduta social” não se confunde com os antecedentes na medida em que, ao contrário destes, aquela busca identificar

14 NUCCI (2013, p. 229).

15 REALE JR. (1987, p. 161).



“o comportamento do autor nos papéis de pai/mãe, marido/esposa, filho, aluno, membro da comunidade, profissional, cidadão, etc.”¹⁶.

Rogério Greco formula crítica veemente a essa confusão, nos seguintes termos:

alguns intérpretes, procurando, permissa vênia, distorcer a finalidade da expressão conduta social, procuram fazê-la de “vala comum” nos casos em que não conseguem se valer dos antecedentes penais do agente para que possam elevar a pena-base. Afirmam alguns que se as anotações na folha de antecedentes criminais, tais como inquéritos policiais ou processos em andamento, não servirem para atestar os maus antecedentes do réu, poderão ser aproveitadas para fins de aferição de conduta social. Mais uma vez, acreditamos, tenta-se fugir às finalidades da lei. Os antecedentes traduzem o passado criminal do agente; a conduta social deve buscar aferir o seu comportamento perante a sociedade, afastando tudo aquilo que diga respeito à prática de infrações penais¹⁷.

Nesta toada, os tribunais pátrios endentem que não é possível agravar a pena-base com fundamento na conduta social do réu nos casos em que tal avaliação se pauta em ações penais em curso ou inquéritos arquivados.

[...] 6. Quanto à dosimetria dos demais roubos, tem-se que não é possível considerar como conduta social negativa a existência de anotação constante da folha de antecedentes, pois contraria o verbete sumular nº 444 da Súmula desta Corte. Da mesma forma, o fato de o paciente não estudar nem ter emprego, não pode, por si só, levar à conclusão

16 SANTOS (2008, p. 572).

17 GRECO (2008, p. 603).



de ser sua conduta social negativa e tendente à prática de crimes. [...] [...] (HC 179927/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 11/04/2013, DJe 18/04/2013)

[...] 6. Por outro lado, também não é possível agravar a pena com alusão ao desajuste na personalidade e na conduta social do acusado se tal avaliação se funda no registro de uma ação penal em curso, de inquérito arquivado e de contravenção penal cuja punibilidade foi extinta, nos termos artigo 76, § 4º, da Lei 9099/95, visto que tal juízo choca-se com o princípio da presunção de inocência. Nessa linha, a Súmula 444 do STJ: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. (TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0011812-23.2008.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 12/11/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/11/2013)

4[...] 4. Os inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser considerados como maus antecedentes, ou má conduta social, para exacerbar a pena-base, sob pena de violação do princípio da não-culpabilidade. Também não podem ser considerados como personalidade voltada para a prática de crimes para aumentar a pena. (ACR 0015878-70.2005.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.700 de 16/11/2012)

Entende-se, igualmente, que a conduta social não pode ser reputada reprovável em virtude de o réu não possuir ocupação profissional ou consumir bebidas alcoólicas, pois não se trata de condutas vedadas no ordenamento jurídico.

[...] A pena-base foi indevidamente exasperada, uma vez que a simples falta de ocupação não pode ser desfavoravelmente

considerada na aferição de conduta social do acusado, o que também se pode falar em razão do consumo de bebida alcoólica, pois tal conduta não é vedada em lei. [...] (HC 234893/MT, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 17/06/2013)

Por outro lado, afigura-se de grande valia para subsidiar a avaliação da conduta social do agente efetuar pesquisas acerca de eventuais infrações disciplinares por ele praticadas no âmbito de seu trabalho, atual ou anteriores. Recomenda-se, assim, sejam requisitadas informações à administração pública de que eventualmente faça parte (em relação aos servidores públicos), órgãos de classe (OAB, CFM, CREA etc.), ou, ainda, perante o Ministério do Trabalho e do Emprego, em busca de registros de dispensas por justa causa. Citem-se, nesse sentido, os seguintes precedentes:

[...] 5. No tocante à dosimetria, deve ser reconhecida a conduta social como desfavorável ao acusado SÉRGIO HOLLUNDER, em razão até mesmo de já terem sido reconhecidos fatos idênticos na esfera da administrativa, ensejando sua demissão dos quadros da Polícia Rodoviária Federal. [...] (ACR 200550010108410, Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 05/09/2012 – Página: 216.)

[...] 6. Além disso, deve-se ressaltar que o acusado buscava favorecer empresas que ele controlava clandestinamente, através de “laranjas”, em atividade incompatível com o exercício do cargo público efetivo de auditor-fiscal do Tesouro Nacional. Assim, esse aspecto

também deve ser valorado negativamente na fixação da pena-base, porquanto evidencia sua má conduta social e personalidade voltada à prática de fraudes. [...] (ACR 01014294319984036181, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 – SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2013 .FONTE_REPUBLICACAO.)

Recomenda-se ainda, mormente em relação aos réus que são ou foram ocupantes de cargos públicos eletivos, que sejam efetuadas pesquisas no âmbito do Tribunal de Contas da União, as quais poderão revelar contas não aprovadas e constituição de créditos em desfavor do réu, fatores estes suficientes a considerar a sua conduta social como reprovável, conforme julgado do TRF-5:

[...]. 8. O exame desfavorável da conduta social (há várias condenações impostas pelo TCU contra o réu, por não cumprimento de suas obrigações na condição de gestor público municipal, refletindo, especialmente, um comportamento reiterado no sentido da não prestação de contas) e dos motivos e das consequências do crime [...], autoriza a fixação da pena-base do delito em comento em 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção [...] (APN 200681010007177, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 – Pleno, DJE – Data: 10/07/2013 – Página: 118.)

Saliente-se, do mesmo modo, que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que aplicação de golpes pelo autor com habitualidade, inclusive em detrimento de pessoas do seu círculo íntimo de convivência, poderiam ensejar a valoração negativa de sua conduta social (AgRg no AREsp 379603/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013).

D) PERSONALIDADE DO AGENTE

A personalidade do agente decorre de sua idiossincrasia, de seu particular modo de ser e agir. Miguel Reale Jr. leciona, nesse sentido, que:

O agente será mais ou menos reprovável, se na formação de sua personalidade (que se compõe de genótipos e fenótipos), tenha dado prevalência ao desenvolvimento de tendências negativas, aderindo a valores básicos na constituição de seu modo de ser, de forma a que a decisão pelo ato delituoso se insira no projeto negativo de vida que escolheu para si mesmo.¹⁸

Alguns críticos da personalidade como elemento para a dosimetria da pena argumentam que o magistrado não possuiria conhecimento técnico suficiente para avaliá-la adequadamente. Isso, contudo, é um equívoco. Conforme Guilherme de Souza Nucci:

Magistrados não são – nem devem ser – psicólogos ou psiquiatras; aliás, se fossem, funcionariam como peritos e não poderiam exercer a jurisdição, pois estariam impedidos. Ademais, a avaliação da personalidade do réu não tem o objetivo de lhe impor um tratamento, mas somente de lhe aplicar a justa pena. Exige-se, então, o juízo leigo da personalidade, o que é fácil de ser realizado por qualquer pessoa, com um mínimo de inteligência, desde que se possuam elementos para tanto¹⁹.

Nesse sentido, dispensando a realização de estudos técnicos para avaliação da personalidade do réu, os seguintes precedentes do TRF-1 e do TRF-5:

18 REALE JR. (1987, p. 161).

19 NUCCI (2013, p. 230).

[...] 7. É despidiendo laudo técnico acerca do perfil psicológico do apelante para concluir que o réu tem personalidade voltada para a prática de crimes, devendo ser valorada negativamente. [...] (ACR 0028160-40.2009.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Rel. Conv. JUIZ FEDERAL MARCUS VINÍCIUS REIS BASTOS (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 p.12 de 03/10/2012)

[...] 4. Para a verificação da personalidade do Apelante (maneira de sentir e agir relativa ao caráter do agente), não é necessária a análise de dados psicológicos, antropológicos e psiquiátricos do agente, bastando apenas que, da análise dos autos, verifique o julgador que o agente apresenta contumácia na prática delituosa, aplicando golpes de forma continuada, fato que revela a personalidade voltada ao crime e isto apenas pode ser constatado se ele confessar voluntariamente sua condição de criminoso contumaz, o que ocorreu, no presente caso, mediante a análise de sua ficha criminal e na continuidade na prática delituosa, tendo o Apelante participado de vários assaltos após este, até ter sido preso em flagrante. [...] (ACR 00002219220124058307, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, TRF5 – Terceira Turma, DJE – Data: 02/08/2013 – Página: 271.)

Aqueles que criticam a consideração da personalidade do agente, por ocasião da dosimetria da pena, também argumentam que a modulação da pena-base de acordo com tal critério resultaria no julgamento do réu pelo que ele é, e não pelo que ele fez (culpabilidade do autor). Guilherme de Souza Nucci também rebate tais críticas e afirma que o que deve ser feito é “a avaliação do acusado pelo que ele fez, de acordo com o que ele é” (culpabilidade de fato)²⁰.

²⁰ NUCCI (2013, p. 231).

Em outros termos, não há óbice qualquer à ponderação da personalidade do autor na dosimetria das penas de crimes que com ela tenham relação de causalidade (a personalidade mendaz do agente deveria ser sopesada na prática de crime de estelionato, por exemplo, mas não no delito de lesões corporais).

No intuito de trazer subsídios ao Judiciário para a avaliação da personalidade do agente, é recomendável que o Ministério Público, assim como o faz a defesa ao apresentar testemunhas abonatórias, apresente em seu rol testemunhas que porventura também possam revelar ao Juízo atitudes negativas do réu, as quais serão, nesses casos, devidamente confrontadas com o perfil apontado pelas testemunhas indicadas pela defesa.

Outra importante diligência a ser efetuada para subsidiar a análise da personalidade do réu é a pesquisa, no sistema carcerário, de como se deu o cumprimento de penas anteriores. Indicativos de reiteradas faltas graves, descaso para com autoridades penitenciárias, violência com outros detentos, ou, em sentido contrário, bom comportamento, são importantes indicativos para análise da personalidade do agente.

Cite-se, nesse sentido, o seguinte precedente do TRF-3:

[...] 8. O apelante não ostenta personalidade voltada à observância das regras estatais a todos impostas, tanto assim que se evadiu da Colônia Penal Agrícola de Campo Grande (MS), onde cumpria pena em regime semiaberto por condenação anterior. Há que se lembrar, também, que o apelante insiste na reiteração de condutas que configuram o delito de descaminho, conforme atestam diversas certidões processuais que instruem os autos. (TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0001521-22.2008.4.03.6000, Rel. JUIZ CONVOCADO PAULO DOMINGUES, julgado em 05/11/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2013)



Oportuno destacar que não obstante as críticas de alguns doutrinadores²¹, é importante a análise da periculosidade do agente como desdobramento de sua personalidade.

Nesse sentido, inclusive, recentemente se posicionou o STF:

[...] 2. In casu, as instâncias ordinárias motivaram de modo suficiente a exasperação da pena-base em 2 (dois) anos, tendo em vista, especialmente, (i) a personalidade do réu voltada à delinquência, identificada pela extensa folha criminal referida na sentença, (ii) a circunstância da prática delitiva, marcada pela tentativa de fuga e de ocultação das substâncias entorpecentes e, por fim, (iii) o fato de que o paciente se evadiu do estabelecimento prisional após a prisão em flagrante, somente tendo sido capturado no mês seguinte. 3. Ordem de habeas corpus desprovida. (RHC 114968, LUIZ FUX, STF.)

Assim, a personalidade do agente também pode ser aferida a partir de seu comportamento antes, durante e após a prática delitiva processada, conforme expressamente consignou o STJ:

[...] 3. A personalidade do agente deve ser aferida a partir do modo de agir do criminoso, podendo-se avaliar a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade e a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito. Sua aferição somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão.

21 Fernando Galvão menciona, por exemplo, que “uma circunstância judicial que avalie a conduta social do indivíduo não pode ser confundida com a análise da periculosidade do agente em relação ao meio social. A tarefa de aplicação da pena pressupõe a constatação da culpabilidade do agente e, portanto, a imputabilidade. No ordenamento repressivo em vigor, que optou pela adoção do sistema vicariante para a aplicação da pena, o exame da periculosidade é reservado unicamente ao trato dos inimputáveis, acarretando a imposição de medida de segurança, e não de pena”. GALVÃO (2013, p. 736).

Na hipótese, o magistrado sentenciante demonstrou, com a devida fundamentação, porque a personalidade dos agentes foi valorada negativamente. [...] (HC 215133/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013)

A personalidade negativa do réu também pode ser revelada no curso da persecução penal, por meio de suas atitudes e omissões, a partir modo como se relaciona com as demais partes e com o Juízo. Com efeito, nos casos em que restar comprovado que o réu deliberadamente mentiu em suas declarações/interrogatórios, é oportuno que seja reconhecida e devidamente ponderada por ocasião da fixação da pena-base a sua personalidade antiética e mendaz.

O privilégio contra a autoincriminação faculta que o acusado deixe de responder perguntas que lhe são dirigidas, omita informações ou mesmo se recuse a colaborar com a Justiça na busca da verdade real, mas de forma alguma lhe autoriza ludibriar o juiz e as partes, enganar a coletividade, prejudicar a vítima ou atravancar a entrega da justa prestação jurisdicional mediante a prestação de informações falsas.

Conforme destacado por Vladimir Aras, a verdade é bem juridicamente relevante:

[...] nenhuma lei ou princípio constitucional assegura ao acusado o direito de mentir. [...] A mentira atrapalha ou impede a descoberta da verdade, ao passo que o silêncio do réu, sempre intangível, é indiferente, porque não causa dano a terceiro nem prejudica a tarefa probatória do Estado [...]. Mais grave do que a exposição do Poder Judiciário ao ridículo pela aceitação de uma versão fantasiosa são as consequências de uma decisão fundada em mentiras, engodo e falsidades. Perde a sociedade a confiança no sistema judicial e perdem as vítimas o direito à reparação pelo crime, o direito à verdade e o

direito à justiça. [...] Ao proferir sentença condenatória, o juiz deve averiguar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e ali terá ensejo para repreender com mais rigor o réu mendaz, o mentiroso contumaz, o enganador. Esse deve merecer pena base superior à daquele réu que silencia ou à daquele que sustenta sua versão fática sem recorrer a mentiras escandalosas ou a outras fabulações dolosas. Entre as circunstâncias do artigo 59 do CP estão a personalidade do agente e sua conduta social. A mentira pode ser um dado revelador da personalidade distorcida do acusado [...].²²

Nesta toada, é imperioso que, por ocasião da fixação da pena-base, a personalidade do denunciado, caso se revele antiética e mendaz, enseje a exasperação da pena-base.

E) DOS MOTIVOS DO CRIME

“Os motivos são as razões que antecederam e levaram o agente a cometer a infração penal”²³. E, como adverte Ricardo Augusto Schmitt:

Cada delito possui um motivo pré-definido pelo próprio tipo, como a obtenção de lucro fácil no furto, da satisfação da lascívia no estupro, entre outros. A par disso [...] devemos buscar algum outro motivo que se revele como sendo um plus ao ditado pelo próprio tipo, sob pena de se impossibilitar sua valoração²⁴.

Deverão ser valorados como circunstância judicial apenas os motivos que não tenham sido, nem venham a ser, considerados como próprios do tipo penal (na sua forma básica, qualificada ou privilegia-

22 ARAS (2010, p. 239-266; p. 252-253).

23 GRECO (2008, p. 565).

24 SCHMITT (2011, p. 96).

da), como circunstância legal, causa de aumento ou de diminuição, sob pena de se incorrer em *bis in idem*, seguindo-se raciocínio, como visto, igualmente válido para todas as demais circunstâncias judiciais.

Já se consideraram, por exemplo, os seguintes motivos como circunstância judicial desfavorável:

MOTIVOS	DELITOS (ART.)	JULGADOS (tribunal, órgão julgador, nº, data do julgamento, data da publicação)
Garantir o voto de eleitor	171, § 3º, CP	STJ, 6ª T., AgRg no HC 173.792/RR, j. 12/03/13, p. 08/04/13.
Intuito lucrativo/ lucro fácil ²⁵	297 do CP	TRF1, 3ª T., ACR 0038087-43.1999.4.01.3800, j. 10/01/12, p. 20/01/12.
	180, § 1º, CP	TRF5, 1ª T., ACR 2004.85.000042636, j. 12/07/12, p. 19/07/12.
	38 da Lei 9.605/1998	TRF1, 4ª T., ACR 2007.39.03.000493-5, j. 27/11/12, p. 09/01/13.
Necessidade econômica	299 do CP	TRF3, 5ª T., ACR 0004691-86.2005.4.03.6103, j. 18/11/13, p. 22/11/13.

25 Ao revés, o motivo “lucro fácil” já foi considerado como característica inerente, p. ex., aos seguintes tipos legais: art. 155 do CP (TRF1, 3ª T., ACR 2008.31.00.002547-8, j. 06/08/12, p. 17/08/12); art. 171, §3º, do CP (TRF1, 4ª T., ACR 2009.37.00.007441-5, j. 27/11/12, p. 16/01/13); art. 312 do CP (TRF1, 3ª T., ACR 2006.42.00.001669-4, j. 09/07/12, p. 31/07/12); art. 317 do CP (TRF1, 3ª T., ACR 0003605-03.2003.4.01.4100, j. 20/03/12, p. 30/03/12); art. 1º do DL 201/67 (STJ, 6ª, EDcl no AgRg no AREsp 171.834/RN, j. 05/03/13, p. 13/03/13); arts. 4º e 12 da Lei 7.492/86 (TRF3, 2ª T., ACR 0004271-41.2005.4.03.6181, j. 02/04/13, p. 11/04/13); art. 2º da Lei 8.176/91 (TRF2, 1ª T., ACR 200751610001442, j. 03/10/12, p. 15/10/12); art. 33 da Lei 11.343/06 (TRF3, 5ª T., ACR 0009687-06.2010.4.03.6119, j. 08/04/13, p. 17/04/13).

F) DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME

Na definição de Alberto Silva Franco:

[...] circunstâncias são elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à configuração típica, influem sobre a quantidade punitiva [...] Entre tais circunstâncias, podem ser incluídos o lugar do crime, o tempo de sua duração, o relacionamento existente entre o autor e vítima, a atitude assumida pelo delinquente no decorrer da realização do fato criminoso, etc.²⁶

O mais importante a registrar é que os elementos destacados são meramente exemplificativos. A imprecisão desta circunstância judicial frustra qualquer tentativa de esgotamento do rol de elementos que podem ser considerados como circunstância (do crime) desfavorável, vindo essa espécie de circunstância judicial, frequentemente, a ser tratada, em termos práticos, como subsidiária. Dito de outra forma: dados acidentais do delito, desfavoráveis ao agente, poderão ser considerados como circunstância desfavorável quando: não componham o próprio tipo penal (na sua forma básica ou qualificada), nem sejam valorados negativamente como causa de aumento de pena, circunstância agravante ou sob o rótulo de outra circunstância judicial.

Nesse mesmo sentido, consigna Julio Fabbrini Mirabete que: “A referência às circunstâncias [...] é de caráter geral, incluindo-se nelas as de caráter objetivo ou subjetivo não inscritas em dispositivos específicos.”²⁷

O quadro a seguir enumera diversas circunstâncias do crime já tratadas pela jurisprudência como circunstância judicial desfavorável, correlacionando-as aos respectivos delitos:

²⁶ SILVA FRANCO (1997, p. 900).

²⁷ MIRABETE (2012, p. 286).

CIRCUNSTÂNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
8 anos (valores indevidos recebidos por)	171, § 3º, CP	TRF2, 2ª T., ACR 200451015085524, j. 18/12/12, p. 18/01/13
9 máquinas caça-níqueis	334, § 1º, “c”, CP	TRF3, 1ª T., ACR 0000592-46.2010.4.03.6120, j. 28/05/13, p. 10/06/13
10 caixas de munição calibre 22, marca Aguila, contendo 500 munições	18 da Lei 10.826/2003	TRF3, 2ª T., ACR 0000801-03.2009.4.03.6006, j. 29/10/13, p. 07/11/13
102 cédulas de R\$ 50,00	289, § 1º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0000004-59.2011.4.03.6005, j. 12/11/12, p. 27/11/12
122 cédulas de R\$ 50,00 e 216 de R\$ 100,00	289, § 1º, CP	TRF3 2ª TURMA ACR 0005717-06.2010.4.03.6181, j. 23/09/13, p. 10/08/13
140.550 maços de cigarro	334, § 1º, “b”, CP	TRF4, 7ª T., ACR 50092599620124047005, j. 15/07/14, p. 17/07/14
373 caixas de cigarros com o total de 186.500 maços	334 do CP	TRF4, 7ª T., ACR 00019416320064047004, j. 01/07/14, p. 10/07/14
500 cédulas de US\$ 100,00	289, § 1º, CP	TRF3, 1ª T., ACR 0007373-42.2003.4.03.6181, j. 16/07/13, p. 24/07/13
50 m³ de areia	2º da Lei 8.176/1991	TRF2, 2ª T., ACR 200750010128027, j. 16/10/12, p. 29/10/12
Agressões, ameaças desnecessárias e invasão de domicílio	157 do CP	STJ, 6ª T., HC 170.404/MG, j. 04/06/13, p. 12/06/13
Ameaças e violências a agentes públicos	163, parágrafo único, I e III, e 265, <i>caput</i> , CP	TRF1, 3ª T., ACR 00049305520074013200, j. 25/03/13, p. 12/04/13
Aproveitar-se do fato de ser um homem público para obter vantagem ilícita para outrem	171, § 3º, CP	STJ, 6ª T., AgRg no HC 173.792/RR, j. 12/03/13p. 08/04/13

CIRCUNSTÂNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
Comercialização da droga na própria residência, onde se permita o livre acesso de usuários para uso do entorpecente	33 da Lei 11.343/2006	STJ, 5ª T., HC 228.454/DF, j. 09/04/13, p. 15/04/13
Comunidades carentes, valendo-se da ignorância e miserabilidade das pessoas	183 da Lei 9.472/1997	TRF2, 2ª T., ACR 200951100016286, j. 16/10/12, p. 29/10/12
Demonstrada ousadia do agente	121 do CP	STJ, 6ª T., AgRg no AREsp 245.168/MG, j. 20/06/13, p. 03/09/13
Dentro de agência bancária, colocando em risco a vida de clientes e funcionários	157 do CP	STJ, 5ª T., HC 203367, j. 01/10/13, p. 10/10/13
Deslocamento a uma cidade pequena, com economia fraca	289, § 1º, CP	TRF4, 8ª T., 5004860-07.2010.404.7001, j. 18/12/13, p. 08/01/14
Em instituição de abrigo de menores	1º da Lei 9.455/1997	STJ, 5ª T., HC 183.704/PR, j. 16/05/13, p. 23/05/13
Embriaguez	309 da Lei 9.503/1997	TRF4, 7ª T., 5001018-71.2010.404.7210, j. 05/11/13, p. 07/11/13
Engenhoso e sofisticado esquema	22, parágrafo único, Lei 7.492/1986	TRF4, 8ª T.: 0009330-34.2008.404.7100, j. 13/11/13, p. 21/11/13; 0032222-68.2007.40, j. 04/12/13, p. 09/01/14; 0032305-84.2007.404.7100, j. 13/11/13, p. 21/11/13
Forma estruturada e elevado grau de sofisticação	334 do CP	TRF3, 5ª T., ACR 0004709-54.2008.4.03.6119, j. 20/05/13, p. 27/05/13
Golpes com o cabo do revólver, socos e pontapés em várias vítimas	157 do CP	STJ, 5ª T., HC 222855, j. 03/09/13, p. 11/09/13
Grande esquema criminoso	1º do DL 201/1967	TRF2, 2ª T., ACR 200950010155118, j. 06/08/13, p. 20/08/13

CIRCUNSTÂNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
Importação irregular de medicamentos sem registro na Anvisa	334 do CP	TRF4, 7ª T., 5001646052010404700, j. 01/04/14, p. 02/04/14
Imprudência que extrapola o tipo penal	302 da Lei 9.503/1997	STJ, 5ª T., HC 199426, j. 24/09/13, p. 02/10/13
Ingresso armado em prédio de apartamentos, impondo pânico aos moradores e fazendo reféns com ameaça de morte	157 do CP	STJ, 6ª T., HC 190.538/SP, j. 11/06/13, p. 18/06/13
Lapso temporal (sic)	171, § 3º, CP	TRF2, 2ª T.: ACR 200651170048895, j. 04/12/12, p. 19/12/12; ACR 200751018124682, j. 04/12/12, p. 13/12/12
Laranjas	1º, I, Lei 8.137/1990	TRF5, 1ª T., ACR 200783000112854, j. 26/09/13, p. 03/09/13
Meio: reiteradas falsificações	312 do CP	TRF1, 4ª T., ACR 0002378-34.2004.4.01.3100, j. 24/04/12, p. 28/05/12
Método utilizado para dissimulação da droga	33 da Lei 11.343/2006	TRF2, 2ª T., ACR 201151014902869, j. 15/08/12, p. 28/08/12
Nas dependências do MPF	157, § 2º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0008531-25.2009.4.03.6181, j. 23/09/13, p. 10/08/13
Operação sofisticada	334 do CP	TRF4, 7ª T., ACR 50016926120104047206, j. 10/06/14, p. 12/06/14
Ousadia	299 c/c 304 do CP	TRF3, 2ª T., ACR 0208229-35.1998.4.03.6104, j. 22/10/13, p. 31/10/13
Publicação de filmes	241-A da Lei 8.069/1990	TRF3, 5ª T., ACR 0011710-98.2008.4.03.6181, j. 23/09/13, p. 10/08/13
Quantidade de arquivos	241-A, Lei 8.069/1990	TRF3, 1ª T., ACR 0000482-47.2010.4.03.6120, j. 16/07/13, p. 24/07/13

CIRCUNSTÂNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
Quantidade de cédulas falsas em poder do réu	289, § 1º, CP	TRF4, 8ª T., 5001337-69.2010.404.7006, j. 18/12/13, p. 08/01/14. TRF3, 2ª T., ACR 1301473-86.1998.4.03.6108, j. 10/01/13, p. 10/10/13
Quantidade e diversidade de itens apreendidos	334, § 1º, “d”, CP	TRF3, 1ª T., ACR 0011480-46.2006.4.03.6110, j. 04/06/13, p. 07/06/13
Recursos do INSS	171, § 3º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0000016-70.2002.4.03.6108, j. 10/07/13, p. 16/10/13
Requintes de crueldade e perversidade	157 do CP	STJ, 5ª T., HC 234028, j. 20/08/13, p. 27/08/13
Risco para terceiros diante do número de disparos	121 do CP	STJ, 5ª T., HC 230.457/RS, j. 28/05/13, p. 10/06/13
Sofisticação do grupo	288 do CP	STJ, 6ª T., HC 211.709/SP, j. 06/06/13, p. 21/06/13
Tapas desnecessários no rosto da vítima	157 do CP	STJ, 6ª T. HC 225520, j. 24/10/13, p. 04/11/13
Tentativa de fuga e de ocultação das drogas	33 da Lei 11.343/2006	STF, 1ª T., RHC 114968/MS, j. 25/06/13, p. 06/09/13
Transporte da droga em contêineres e logística	33 da Lei 11.343/2006	TRF3, 1ª T., ACR 0013075-30.2008.4.03.6104, j. 28/05/13, p. 07/06/13
Valer-se da atuação profissional em órgão público	171, § 3º, CP	TRF5, 4ª T., ACR 200984010010299, j. 15/10/13, p. 17/10/13
Valer-se da confiança de pessoas humildes	312 do CP	TRF2, 2ª T., ACR 200850020013249, j. 08/10/13, p. 22/11/13
Vidro quebrado com a vítima dentro do veículo em pleno trânsito	155, § 4º, I, CP	STJ, 6ª T., HC 211082, j. 24/09/13, p. 03/10/13
Vítima insistentemente perseguida + perda de todo o valor de sua rescisão trabalhista	157 do CP	STJ, 6ª T., HC 169404, j. 26/11/13, p. 12/12/13

G) DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME

Consequência do crime é o seu resultado. Similarmente ao que se faz nas demais circunstâncias judiciais, também aqui, para fins de reconhecimento de determinada consequência do crime como circunstância judicial desfavorável, busca-se um resultado que não seja inerente ao próprio tipo penal e que não tenha sido nem venha a ser considerado em prejuízo do apenado em qualquer outra fase da dosimetria da pena.

Tratando da circunstância judicial “consequências do crime”, ensina Cezar Roberto Bitencourt que:

[...] não se confundem com a consequência natural tipificadora do ilícito praticado. É um grande equívoco afirmar-se – no crime de homicídio, por exemplo – que as consequências foram graves porque a vítima morreu. Ora, a morte da vítima é resultado natural, sem o qual não haveria o homicídio. Agora, podem ser consideradas graves as consequências, por que a vítima, arrimo de família, deixou ao desamparo, quatro filhos menores, cuja mãe não possui qualificação profissional, por exemplo. Importa, é verdade, analisar a maior ou menor danosidade decorrente da ação delituosa praticada ou o maior ou menor alarma social provocado, isto é, a maior ou menor irradiação de resultados, não necessariamente típicos, do crime.²⁸

Sinteticamente, então, poderão ser aí valorados em desfavor do apenado os resultados do crime naquilo que excedam ao resultado típico, já tendo a jurisprudência considerado como consequência do crime desfavorável, por exemplo:

28 BITENCOURT (2010, p. 185).

CONSEQUÊNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
100 hectares de floresta nativa destruídos	38 da Lei 9605/1998	TRF1, 4ª T., ACR 2007.39.03.000493-5, j. 27/11/12, p. 09/01/13
1.064 caixas de cigarros (total de 532.000 maços), avaliados em R\$ 936.320,00	334 do CP	TRF3, 5ª T., ACR 0000420-23.2008.4.03.6105, j. 28/01/13, p. 05/02/13
1.075 caixas de cigarro de marcas diversas, avaliadas em R\$ 538.000,00	334 do CP	TRF3, 5ª T., ACR 0010592-74.2011.4.03.6119, j. 02/12/13, p. 09/12/13
375 caixas de cigarro	334 do CP	TRF4, 7ª T., 5000389-36.2010.404.7004, j. 27/08/13, p. 28/08/13
598 cédulas de R\$ 50,00	289, § 1º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0005292-23.2003.4.03.6181, j. 23/09/13, p. 10/03/13
Acidente de trânsito	309 do CTB	TRF4, 7ª T. 5001018-71.2010.404.7210, j. 05/11/13, p. 07/11/13
Alto valor dos prejuízos	5º, <i>caput</i> , Lei 7.492/1986	TRF3, 5ª T., ACR 40206, j. 14/10/13, p. 24/10/13
Área de proteção ambiental	2º da Lei 8.176/1991	TRF2, 2ª T., ACR 200750010128027, j. 16/10/12, p. 29/10/12
Benefícios indevidos àqueles que procuravam o sindicato	171, § 3º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0000016-70.2002.4.03.6108, j. 10/07/13, p. 16/10/13
Contribuição para o recrudescimento da precariedade dos estabelecimentos de saúde	171, § 3º, CP	TRF1, 4ª T., ACR 00053403920054013700, j. 25/03/13, p. 19/04/13
Danos causados aos alunos das atividades de informática	312 do CP	TRF5, 1ª T., ACR7635/SE, j. 12/07/12, p. 19/07/12
Desvio das verbas destinadas à melhoria das condições de ensino da municipalidade	1º, II, DL 201/1967	TRF3, 5ª T., ACR 0042894-64.2003.4.03.0000, j. 04/11/13, p. 11/11/13; ACR 0006240-77.2000.4.03.6113, j. 14/10/13, p. 23/10/13

CONSEQUÊNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
Desvio de verba pública de merenda escolar	1º, I, DL 201/1967	TRF5, 2ª T., ACR 00003692220104058001, j. 26/02/13, p. 28/02/13
Expressividade e extensão do prejuízo patrimonial	157, § 2º, CP	TRF3, 1ª T., ACR 0006901-65.2008.4.03.6181, j. 07/02/13, p. 24/07/13
Expressivo prejuízo	19 da Lei 7.492/1986	TRF3, 2ª T., ACR 0005485-77.1999.4.03.6181, j. 27/11/12, p. 06/12/12
Funai paralisada por mais de 30 dias	163, parágrafo único, I e III, e 265, <i>caput</i> , CP	TRF1, 3ª T., ACR 00049305520074013200, j. 25/03/13, p. 12/04/13
Grande quantidade de cigarros descaminhada	334 do CP	TRF5, 4ª T., ACR8353/PE, j. 10/01/12, p. 11/01/12
Magnitude da lesão	1º da Lei 8.137/1990	TRF3, 2ª T., ACR 0004340-98.2005.4.03.6108, j. 19/03/13, p. 26/03/13
Menores necessitaram de tratamento psicológico	1º da Lei 9.455/1997	STJ, 5ª T., HC 183.704/PR, j. 16/05/13, p. 23/05/13
Montante do prejuízo causado ao INSS	168-A do CP	TRF3, 5ª T., ACR 0008291-51.2000.4.03.6181, j. 25/11/13, p. 02/12/13; ACR 0002612-29.1999.4.03.6109, j. 09/12/13, p. 13/12/13
Montante do prejuízo	168-A do CP	TRF3, 5ª T., ACR 0008291-51.2000.4.03.6181, j. 25/11/13, p. 02/12/13
Montante	1º do DL 201/1967	TRF2, 2ª T., ACR 200950010155118, j. 06/08/13, p. 20/08/13. TRF5, 2ª T., ACR8780/PE, j. 09/10/12, p. 18/10/12
Morte da vítima em idade produtiva deixando órfãos 2 filhos	302 do CTB	STJ, 5ª T., HC 199426, j. 24/09/13, p. 02/10/13



CONSEQUÊNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
Não restituição da <i>res furtiva</i> *	155, § 4º, CP	STJ, 5ª T., AgRg no HC 245.147/ES, j. 16/05/13, p. 06/06/13
Ofensa ao dever geral imposto a toda a sociedade para o custeio da Previdência Social	168-A do CP	TRF4, 7ª T., 2006.71.10.002381-8, j. 13/08/13, p. 22/08/13
R\$ 1.086.086,70	168-A do CP	TRF3, 5ª T., ACR 0002062-36.2004.4.03.6181, j. 02/12/13, p. 09/12/13
R\$ 1.235.771,78**	1º, I, Lei 8.137/1990	TRF3, 1ª S., EIFNU 0103912-85.1994.4.03.6181, j. 21/11/13, p. 29/11/13
R\$ 1.609.474,17	1º, I, Lei 8.137/1990	TRF3, 2ª T., ACR 0001317-69.2004.4.03.6112, j. 05/02/13, p. 14/02/13
R\$ 10.000.000,00	155, § 4º e 288 do CP	STJ, 5ª T., HC 221.669/SP, j. 18/06/13, p. 24/06/13
R\$ 100.000,00 destinados à reconstrução e recuperação de 30 casas em áreas “chagásicas”	1º, I, do DL 201/1967	TRF5, 1ª T., ACR7734/PB, j. 20/09/12, p. 27/09/12
R\$ 100.000,00 verba destinada à melhoria das condições de ensino da municipalidade	1º, I, DL 201/1967	TRF3, 5ª T., ACR 0006240-77.2000.4.03.6113, j. 14/10/13, p. 23/10/13
R\$ 100.000,00	337-A do CP	TRF4, 7ª T., 0000459-25.2007.404.7108, j. 29/10/13, p. 07/11/13
R\$ 105.553,36	1º, I, Lei 8.137/1990	TRF3, 1ª T., ACR 0013121-16.2008.4.03.6105, j. 19/03/13, p. 26/03/13
R\$ 113.275,15 destinados à melhoria sanitária de domicílios carentes	1º, I, do DL 201/1967	TRF5, 2ª T., ACR8780/PE, j. 09/10/12, p. 18/10/12

* O mesmo órgão julgador, duas semanas antes, considerara que o não ressarcimento do prejuízo à vítima é circunstância inerente ao tipo penal do roubo, não podendo ser utilizada como circunstância judicial desfavorável àquele delito. (STJ, 5ª T., HC 252.433/DF, j. 02/05/13, p. 09/05/13).

** Outro órgão fracionário do mesmo Tribunal considerara, poucos meses antes, o valor de R\$ 1.227.421,01 como suficiente à caracterização da causa de aumento prevista no art. 12, I, Lei 8.137/90”. (TRF3, 2ª T., ACR 0000035-51.2002.4.03.6181, j. 05/02/13, p. 14/02/13).

CONSEQUÊNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
R\$ 130.000,00	171, § 3º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0006804-38.2004.4.03.6106, j. 23/09/13, p. 10/02/13 TRF5, 2ª T., ACR 200883000169250, j. 19/03/13, p. 25/03/13
R\$ 151.174,69	168-A do CP	TRF3, 5ª T., ACR 0001909-03.2004.4.03.6181, j. 10/12/12, p. 17/12/12
R\$ 171.552,62	171, § 3º, CP	TRF2, 2ª T., ACR 200851170015990, j. 14/02/12, p. 02/03/12
R\$ 2.191.419,71	312 do CP	TRF4, 7ª T., 0033935- 83.2004.404.7100, j. 13/08/13, p. 22/08/13
R\$ 235.677,31	334 do CP	TRF3, 5ª T., ACR 0001552-19.2007.4.03.6116, j. 04/11/13, p. 08/11/13
R\$ 25.765,72	1º, I, DL 201/1967	STJ, 6ª T., AgrRg no AREsp 194429, j. 03/09/13, p. 17/09/13
R\$ 25.994,93	171, § 3º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0000502-93.2003.4.03.6181, j. 04/02/13, p. 14/02/13
R\$ 273.000,00	95, “d”, Lei 8212/1990	TRF3, 5ª T., ACR 0022221-31.2000.4.03.6119 , j. 25/03/13, p. 10/04/13
R\$ 276.855,74	168-A do CP	TRF3, 1ª S., EIFNU 0001666-54.2008.4.03.6105, j. 07/11/13, p. 14/11/13
R\$ 3.000.000,00	1º, I e II, Lei 8.137/1990	TRF3, 2ª T., ACR 0010502-06.2005.4.03.6110, j. 27/11/12, p. 10/01/13. TRF5, 3ª T., ACR7309/CE, j. 15/12/11, p. 17/01/12

CONSEQUÊNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
R\$ 35.086,79***	171, § 3º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0000971-42.2003.4.03.6181, j. 04/11/13, p. 12/11/13
R\$ 388.060,71	95, “d”, Lei 8.212/1991	TRF3, 5ª T., ACR 0003432-26.1999.4.03.6181, j. 17/12/12, p. 20/12/12
R\$ 425.409,42	1º, II, Lei 8.137/1990	TRF3, 1ª T., ACR 0000028-47.2003.4.03.6109, j. 19/03/13p. 26/03/13
R\$ 447.535,25	1º, I, Lei 8.137/1990	TRF3, 1ª T., ACR 0000050-02.2003.4.03.6111, j. 07/05/13, p. 20/05/13
R\$ 5.027.801,50	168-A do CP	TRF3, 1ª S. EIFNU 0005948-77.2003.4.03.6181, j. 10/03/13, p. 10/11/13
R\$ 60.000,00	312 do CP	TRF1, 4ª T., ACR 0002378-34.2004.4.01.3100, j. 24/04/12, p. 28/05/12
R\$ 68.738,28 (de tributos iludidos)	334 do CP	TRF3, 2ª T., ACR 0004998-13.2009.4.03.6002, j. 16/04/13, p. 26/04/13
R\$ 700.000,00	168-A do CP	TRF4, 7ª T., 0000703- 84.2007.404.7000, j. 23/07/13, p. 25/07/13
R\$ 72.220,00	157, § 2º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0008531-25.2009.4.03.6181, j. 23/09/13, p. 10/08/13
R\$ 729.501,83	1º, I, Lei 8.137/1990	TRF3, 5ª T., ACR 0003155-34.2010.4.03.6113, j. 10/12/12, p. 14/12/12
R\$ 772.448,00	1º, I, Lei 8.137/1990	TRF3, 1ª S., RVC 0033582-88.2008.4.03.0000, j. 29/11/12, p. 11/12/12

*** “Prejuízos bem mais elevados causados ao INSS, em decorrência da prática do crime do art. 171, §3º, do CP, já deixaram, lamentavelmente, de serem considerados como circunstância judicial desfavorável. E.g.: R\$ 114.740,47” (TRF2, 2ª T., ACR 200751018124682, j. 04/12/12, p. 13/12/12); R\$ 225.597,33 (TRF2, 2ª T., ACR 200651170048895, j. 04/12/12, p. 19/12/12).

CONSEQUÊNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
R\$ 80.021,01****	313-A do CP	TRF5, 2ª T., ACR 200883000195788, j. 03/09/13, p. 12/09/13
R\$ 93.564,44	171, § 3º, CP	TRF3, 1ª T., ACR 0004244-58.2005.4.03.6181, j. 27/11/12, p. 06/12/12
Significativo/elevado prejuízo	1º, I, Lei 8.137/1990	TRF3, 5ª T., ACR 0007123-45.2005.4.03.6114, j. 04/11/13, p. 14/11/13; 1ª T., ACR 0008288-88.2004.4.03.6106, j. 13/11/12, p. 23/11/12. STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1224324, j. 03/09/13, p. 17/09/13
US\$ 326.505,25 (em valores remetidos ao exterior)*****	22 da Lei 7.492/1986	TRF3, 2ª T., ACR 0005360-02.2005.4.03.6181, j. 18/12/12, p. 10/01/13
US\$ 500.000,00	22 da Lei 7.492/1986	TRF4, 8ª T., 0009330-34.2008.404.7100, j. 13/11/13, p. 21/11/13; 0032305-84.2007.404.7100, j. 13/11/13, p. 21/11/13
US\$ 500.000,00	22 da Lei 7.492/1986	TRF4, 8ª T., 0009330-34.2008.404.7100, j. 13/11/13, p. 21/11/13; 0032305-84.2007.404.7100, j. 13/11/13, p. 21/11/13
Valor das mercadorias: R\$ 193.267,98; valor do tributo: R\$ 82.009,15	334, § 3º, CP	TRF3, 5ª T., ACR 0004709-54.2008.4.03.6119, j. 20/05/13, p. 27/05/13
Via “emule”	241 da Lei 8.069/1990	TRF3, 5ª T., ACR 0011710-98.2008.4.03.6181, j. 23/09/13, p. 10/08/13

**** “O fundamento deste acórdão não se atém ao valor do prejuízo, mas sim à consideração de que o prejuízo não constitui elemento do crime. Atendo-se, por outro lado, ao valor do prejuízo, confira-se acórdão do TRF4 (8ª T., 5003950-77.2010.404.7001, j. 04/12/13, p. 18/01/14) que considerou insusceptível de implicar o reconhecimento de circunstância judicial desfavorável ao agente do crime previsto no art. 313-A do CP prejuízo causado ao INSS inferior a R\$ 20.000,00”.

***** “A remessa ao exterior de aproximadamente US\$ 250.000,00 não foi considerada circunstância judicial desfavorável pelo TRF4” (TRF4, 8ª T., 0032222-68.2007.404.7100, j. 04/12/13, p. 09/01/14).

CONSEQUÊNCIAS	DELITOS (ART.)	JULGADOS
Vultoso valor auferido	171, § 3º, CP	TRF2, 2ª T., ACR 200651170048895, j. 04/12/12, p. 19/12/12

Por fim, um problema específico ligado a essa circunstância judicial deve, ainda, ser examinado. Cuida-se da sua valoração em crimes continuados. Entende-se que não há aqui particularidade alguma, de modo que o montante total do prejuízo decorrente da prática delitiva poderá ser utilizado como fundamento à sua valoração negativa. E isso é o que os Tribunais ordinariamente fazem, sem maiores digressões²⁹, inobstantes as severas controvérsias existentes acerca do *quantum* de prejuízo necessário à caracterização dessa circunstância judicial como desfavorável ao apenado.

Ocorre que, especificamente ao tratar do delito de apropriação indébita previdenciária praticado em continuidade delitiva (art. 168-A c/c 71 do CP), tem a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região posicionamento diverso, sustentando não deva o montante total do prejuízo causado ao INSS ser o parâmetro para a aferição das consequências do crime³⁰. Em vez disso, ora entende deva o referencial ser o maior valor mensal não repassado à previdência social³¹, ora que deva ser o resultado da divisão daquele valor total pelo número de competências³². A

29 E.g.: STJ, AgRg no Ag 830.099/SP, 5ª T., j. 12/02/08, p. 24/03/08; STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1364766/SP, j. 05/12/13, p. 11/12/13; TRF3ª, 1ª S., RVC 0018248-77.2009.4.03.0000, j. 06/03/14, p. 25/03/14; TRF3, 5ª T. – 1ª S., ACR 0007479-83.2009.4.03.6119, j. 17/02/14, p. 25/02/14; TRF4, 8ª T., 5023341-84.2011.404.7000, j. 18/12/13, p. 08/01/14; TRF2, 2ª T., ACR 200950010095584, j. 19/04/12, p. 04/05/12.

30 TRF3, 2ª T., ACR 0000851-86.2001.4.03.6110, j. 10/12/13, p. 18/12/13; ACR 0002300-26.2002.4.03.6181, j. 10/12/13, p. 18/12/13; ACR 0004807-23.2003.4.03.6181, j. 10/12/13, p. 18/12/13.

31 Nesse sentido: TRF3, 2ª T., ACR 0002120-44.2001.4.03.6181, j. 15/06/10, p. 25/06/10; ACR 0005377-72.2004.4.03.6181, j. 26/03/13, p. 04/04/13.

32 Nesse sentido: TRF3, 2ª T., ACR 0002111-17.2004.4.03.6104, j. 27/11/12, p. 06/12/12; ACR 0002137-17.2000.4.03.6181, j. 27/11/12, p. 06/12/12).

Primeira Turma, por sua vez, tem-se valido ora do valor total³³, ora do resultado daquela divisão³⁴. E a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em um julgado do ano de 2013, sufragou a tese que desconsidera o valor total do prejuízo (STJ, 5ª T., REsp 1196299/SP, j. 02/05/13, p. 08/05/13).

As consequências advindas de tal posicionamento são nefastas em termos de dosimetria da pena, bastando referência ao fato de que, mesmo sem invocar expressamente a tese, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, no final de 2012, entendera que prejuízos da ordem de R\$ 364.039,50 (168-A c/c 71 do CP) e R\$ 712.911,83 (art. 337-A c/c 71 do CP), em valores originários que remontavam aos anos de 2000-2006, não seriam anormais para o tipo penal, não havendo justificativa para a fixação da pena-base acima do mínimo legal (TRF3, 2ª T., ACR 0002033-19.2006.4.03.6115, j. 27/11/12, p. 06/12/12).

H) CONSIDERAÇÕES COMUNS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS E ÀS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME

Inobstante o rol exemplificativo de circunstâncias judiciais traçado, não se deve perder de vista, reitera-se, que o exame da jurisprudência não nos permite delimitar com precisão os conceitos de “circunstâncias do crime” e de “consequências do crime”, nem, por conseguinte, distingui-los adequadamente. Basta um confronto entre as tabelas para a constatação do que se afirma.

E a imprecisão conceitual prolonga-se, cobrindo também outras circunstâncias judiciais, não sendo raro o mesmo fato ser tratado ora como uma, ora como outra circunstância judicial.

33 TRF3, 1ª T., ACR 0003509-93.2003.4.03.6181, j. 10/02/15, p. 20/02/15.

34 TRF3, 1ª T., ACR 0007477-05.2002.4.03.6105, j. 18/02/14, p. 25/02/14; ACR 1506463-21.1998.4.03.6114, j. 26/08/14, p. 03/09/14.



De todo modo, fatos que não sejam inerentes ao próprio tipo (na sua forma básica ou qualificada), nem venham previstos como circunstância (legal) agravante ou causa de aumento da pena, mas incrementem o desvalor do crime, deverão ser considerados como uma – e somente uma – circunstância judicial desfavorável. Sob qual *nomen iuris* serão tratados é questão de menor importância, à vista da equivalência de efeitos, para fins de cálculo da pena-base, das circunstâncias judiciais desfavoráveis entre si.

I) DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

Trata-se do exame da conduta da vítima, antes e durante a prática do crime, sendo tranquilo na doutrina³⁵ de-se aqui investigar se a vítima: a) contribuiu (= facilitou, provocou) para a prática do crime³⁶; b) ou não.

Posta a questão nestes termos, o resultado da valoração desta circunstância judicial será necessariamente (a) ou (b). Com o perdão pelo truísmo, ou a vítima contribuiu para o delito (a) ou não (b). Cuida-se do critério doutrinariamente proposto para a valoração desta circunstância judicial, que, em si mesmo, não apresenta problema algum. E a jurisprudência maciça harmoniza-se com tal critério ao valorar positivamente a circunstância judicial em exame nos casos em que tenha a vítima contribuído para a prática do crime (a).

O problema e a perplexidade surgem quando se sustenta que em (b) – isto é quando a vítima não tenha contribuído para o delito – o comportamento da vítima deverá ser tido como circunstância judicial neutra. É o que se faz, por exemplo, nos julgados do STJ cujas ementas seguem parcialmente reproduzidas:

³⁵ Por exemplo: CAPEZ (2004, p. 414-415).

³⁶ Com suas palavras, roupas, atitudes etc.

[...] 4. Esta Corte tem reiteradamente decidido que, quando o comportamento da vítima não contribui para o cometimento do crime, ou é considerado “normal à espécie”, não há falar em consideração desfavorável ao acusado. [...] (STJ, 6ª T., REsp 1117700/ES, j. 15/08/13, p. 28/08/13)

[...] 2. O fato de a vítima não ter contribuído para o delito é circunstância judicial neutra e não deve levar ao aumento da sanção. [...] (STJ, 6ª T., HC 201102125405, j. 21/11/13, p. 09/12/13)

Em que pese a ampla adesão jurisprudencial a esse posicionamento, ignora-se assim, *data venia*, o comando que o art. 59 do Código Penal dirige ao juiz, ao privar de qualquer sentido e utilidade a valoração do comportamento da vítima. Em primeiro lugar porque, como já dito, tanto circunstâncias judiciais favoráveis quanto circunstâncias judiciais neutras não repercutem no cálculo da pena-base, sendo, nesse sentido, equivalentes e não havendo por que distingui-las entre si; em segundo, porque o comportamento da vítima, dentro do critério proposto, nunca será então considerado como circunstância judicial desfavorável.

Como forte indicativo da última afirmação, registra-se o fato de não termos encontrado dentro da amostra de julgados pesquisada³⁷ um único caso em que o comportamento da vítima tenha sido valorado como circunstância judicial desfavorável ao apenado. Impõe-se, portanto, o abandono do entendimento explicitado e, em substituição a ele, visualizam-se dois caminhos possíveis.

1º Valorar-se o comportamento da vítima como circunstância judicial negativa – e não neutra – sempre que não tenha a vítima contribuído para o delito (b). Cuida-se de entendimento encampado por

³⁷ Pesquisa de acórdãos nos sites do STF, STJ, TRF1, TRF2, TRF3, TRF4 e TRF5, utilizando como parâmetros de busca: “dosimetria” e “comportamento da vítima” na ementa do acórdão; data de julgamento: de 01/01/12 a 31/12/13.

alguns membros do MPF, mas com praticamente nenhuma aceitação jurisprudencial. A propósito do tema, confira-se, por exemplo, razões de apelação, nas quais se defende a tese, apresentadas nos autos dos processos nos 2003.35.00.001428-7 (JF/GO), 2007.50.01.016113-4 (JF/ES) e 0002721-17.2010.4.05.8400 (JF/RN). Convém registrar que nenhuma dessas apelações obteve provimento quanto ao ponto, que, a rigor, nem sequer foi analisado pelo Tribunal (v. acórdãos: TRF1, 4ª T., ACR 0001451-66.2003.4.01.3500, j. 26/03/13, p. 08/04/13; TRF2, 1ª T. Esp., ACR 2007.50.01.016113-4, j. 11/05/2011, p. 19/05/11; TRF5, 3ª T., ACR 0002721-17.2010.4.05.8400, j. 29/05/14, p. 05/06/14).

Há, todavia, acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, ao qual, inclusive, duas daquelas três razões de apelação fazem alusão, que sustenta este entendimento, oportunizando-se sua parcial transcrição:

[...] 3 – O comportamento da vítima, como circunstância judicial, não importa na redução da pena-base quando aquela contribui para a prática delituosa. Somente há exasperação da pena quando a vítima em nada contribui para o crime. O que esta circunstância judicial visa não é beneficiar o agente quando a vítima contribui para o crime, pois o crime jamais é justificável, e sim tornar mais reprovável a conduta quando a vítima não possui qualquer participação. (TJPR, 1ª C.Crim., unânim., Rel. Juiz Subst. 2º G. Luiz Osorio Moraes Panza – AC 0457122-2 –, j. 09/10/08, p. 24/11/10).

2º O outro caminho é alterar a premissa assentada no início deste tópico, passando-se a compreender deva-se aqui responder a duas indagações: 1ª se o comportamento da vítima a) teve alguma relevância no contexto da prática delitiva; ou b) não, e, em caso positivo, e 2ª se a1) contribuiu para o seu cometimento; ou a2) dificultou-o.

Tornam-se possíveis, desse modo, três resultados (a1, a2 e b), viabilizando-se seja: “a1” tomado como circunstância judicial favorável (hipótese em que a vítima contribuiu para o cometimento do crime); “a2” considerado circunstância judicial desfavorável (caso em que a vítima dificultou a prática do delito), e “b” tido como circunstância judicial neutra (situação em que não se consegue relacionar o comportamento da vítima de nenhuma forma ao delito).³⁸ A tese é compatível com o entendimento esposado nas ementas de acórdãos a seguir reproduzidas:

[...] VI – Não tendo o sujeito passivo, in casu, o Estado, efetivamente contribuído ou dificultado a prática delitiva, a circunstância judicial do comportamento da vítima deve ser tida como neutra. Também não pode ser valorada a circunstância judicial das consequências do delito, uma vez que eventual ilícito contra ordem tributária está em apuração em processo distinto. Noutro giro, não trouxe a acusação arrazoado apto a infirmar a aplicação da atenuante da confissão, tendo a sentença fundamentado a aplicação desta atenuante genérica. [...] (TRF2, 1ª T. Esp., ACR 200150010046630, j. 13/07/11, p. 23/08/11)

[...] 4. No que se refere ao comportamento da vítima, também não há justificativa para a exasperação da pena-base. De fato, esta Corte tem reiteradamente decidido que, quando o comportamento da vítima não contribui para o cometimento do crime, ou é considerado “normal à espécie”, não há falar em consideração desfavorável ao acusado. [...] (STJ, 6ª T., REsp 1208555/AC, j. 05/03/13, p. 13/03/13)

³⁸ É claro que a problemática envolvendo a equivalência de circunstâncias judiciais favoráveis e neutras para fins de fixação da pena-base não se resolve com este expediente, no que a2 e b não se distinguirão em termos práticos. Apesar disso, passa a ser logicamente viável o reconhecimento de casos nos quais o comportamento da vítima deverá ser tratado como circunstância judicial desfavorável.



1.2 AGRAVANTES E CAUSAS DE AUMENTO

Circunstâncias agravantes são dados ou fatos, de natureza objetiva ou subjetiva, que se acham ao redor do crime, mas cuja existência não interfere na configuração do tipo, embora agravem a sua pena. As circunstâncias agravantes, também chamadas circunstâncias legais, atuam no cálculo da pena após a fixação, pelo juiz, da pena-base.

Todavia, o Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando-a à discricionariedade do juiz, ao contrário das causas de aumento e de diminuição da pena. Tampouco pode ultrapassar os limites mínimo e máximo cominados no tipo legal.

Bitencourt sustenta que a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto³⁹.

As agravantes e atenuantes caracterizam-se como circunstâncias legais, genéricas, taxativas e obrigatórias.

São legais, porque, regidas pelo princípio da legalidade, devem estar expressas em lei, como ocorre nos arts. 61 a 65 do CP. Porém, o art. 66 do CP, excepcionalmente, autoriza o juiz a promover a atenuação da pena-base em razão de circunstância não prevista expressamente em lei, desde que seja “relevante, anterior ou posterior ao crime”.

São genéricas, porque se aplicam a todas as condutas infracionais. Todavia, essa regra é excepcionada nas infrações culposas, em relação às quais não se aplicam, por incompatibilidade teórica e prática, as agravantes subjetivas.

A punibilidade nas infrações culposas é imposta pela quebra do dever de cuidado por imprudência, negligência ou imperícia e,

39 BITENCOURT (2009, p. 185-186). Para este autor, caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena, que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes).

para Boschi, “soaria estranho, por exemplo, imputação de lesões corporais culposas cometidas na direção de veículo automotor (art. 303 da Lei nº 9.503/1997) por motivo fútil ou pelo motivo torpe (art. 61, II, “a” do CP)⁴⁰”.

De outro norte, Bitencourt não vê razão para a não aplicação das agravantes nos crimes culposos, em que pese a corrente jurisprudencial majoritária em sentido contrário, sustentando o autor que o dispositivo prevê que são circunstâncias que “sempre agravam a pena”, excluindo somente as elementares e qualificadoras do crime⁴¹.

Por fim, Delmanto⁴² e Nucci⁴³ entendem que somente são aplicáveis as agravantes do inc. II do art. 61 do CP aos crimes dolosos, e não nos delitos culposos. Todavia, em sentido contrário há aresto do STF do famoso caso *Bateau Mouche*⁴⁴.

Quanto a crimes preterdolosos, há acórdãos estendendo essa inaplicabilidade aos delitos preterdolosos ou preterintencionais (TJSP, RJTJSP76/326, 107/442).

Já prevalece que o mesmo não se poderia dizer quanto à reincidência, que, segundo a doutrina e a jurisprudência, por ser agravante objetiva, refoge a esse critério de especificidade, muito embora precedente em sentido contrário no STF, reconhecendo como agravante motivo que se relacione a peculiar conduta do agente⁴⁵.

Outrossim, as agravantes e atenuantes são taxativas, porque, como decorrência do princípio da legalidade dos crimes e das penas

40 BOSCHI (2013, p. 198).

41 BITENCOURT, op. cit., p. 186.

42 DELMANTO et al. (2002, p.122-123). Vide: STF, RT592/412; TJSP, RT552/319; TAMG, RT524/449, 491/367.

43 NUCCI (2014, p. 450).

44 BOSCHI, op. cit., p. 199.

45 BOSCHI, op. cit., p. 198-199. Vide STF, Rel. Min. Djaci Falcão, in RT 592/412 e Jutacrim, 55/269.



(art. 1º do CP e art. 5º, inciso XXXIX, da CF), não comportam analogia, ampliação ou extensão.

Segundo Boschi, o texto da letra “c” do inciso II do art. 61, contemplando como agravante “recurso” que tenha dificultado ou tornado impossível a defesa do ofendido sugere ofensa a esse princípio. Todavia, apenas sugere porque “o recurso dificultador ou impossibilitador da defesa a que alude o texto deve equiparar-se, em termos práticos, à traição, à emboscada ou à dissimulação, de que é exemplo a surpresa para a vítima”, que inclusive é amplamente reconhecida pela jurisprudência pátria como agravante inserta na letra “c”, bem ainda como qualificadora do homicídio, localizada (inc. IV do § 2º do art. 121 do CP)⁴⁶.

Elementares do crime, na sua forma simples ou qualificada, bem como causas de aumento não podem ser, concomitantemente, consideradas como circunstância legal desfavorável, *ex vi* do princípio do *ne bis in idem*.

Contudo, diante do concurso de mais de uma qualificadora, torna-se possível a utilização de uma delas para a caracterização da forma qualificada do delito e da outra como circunstância agravante.

Nesse sentido, confira-se o entendimento do STJ:

diante do reconhecimento de mais de uma qualificadora, somente uma enseja o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes, na hipótese de previsão legal, ou, de forma residual, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal; e a circunstância atenuante da menoridade relativa prevalece sobre as demais, conforme posicionamento deste Superior Tribunal de Justiça. Há também preponderância da circunstância atenuante da confissão espontânea, por se referir à personalidade do agente, sobre a circunstância do recurso que

46 *Ibidem*, p. 199.

impossibilitou a defesa da vítima. (STJ, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento:14/05/2013, T5)⁴⁷.

A quantificação das agravantes e atenuantes deve ser fundamentada, com o escopo de proteção do direito das partes de controlarem o juiz⁴⁸.

A jurisprudência ora admite a possibilidade de reconhecimento das agravantes não descritas na denúncia, ora a recusa. Como versam sobre matéria de fato, para Boschi, o reconhecimento da agravante deveria sempre pressupor prévia descrição na denúncia ou na queixa⁴⁹.

Segundo o STJ,

o reconhecimento de agravante não envolve a questão da quebra de congruência entre a imputação e a sentença, por força do art. 385 do CPP (Precedentes). No caso concreto, inclusive, a agravante consistente na organização e direção da conduta dos demais agentes (art. 62, I, do CP) aparece implicitamente na exordial acusatória⁵⁰.

As agravantes e atenuantes são classificadas em subjetivas e objetivas porque ora se reportam ao elemento subjetivo do injusto

47 Nesse sentido, vide STJ, HC 83.965/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 4-10-2007): É pacífico o entendimento desta Corte de que, existindo mais de uma condenação anterior com trânsito em julgado, uma pode ser apreciada na fase do art. 59 do CPB, para caracterizar os maus antecedentes do réu, e a outra figurar como agravante genérica prevista no art. 62, I, do CPB, na segunda fase da dosimetria da pena, sem que tal configure *bis in idem*⁷.

48 BOSCHI, op. cit., p. 200. Boschi sintetiza que, na prática: sobre a pena-base o juiz promoverá, com as devidas explicações (discurso fundamentador), o acréscimo de certa quantidade de pena determinada pela agravante “x” e, sobre o resultado encontrado promoverá, se for o caso, fundamentadamente, novo acréscimo, se presente a agravante “y”; para, só depois, promover, com igual fundamentação, a(s) redução(ões) determinada(s) pela(s) circunstância(s) atenuante(s).

49 BOSCHI, op. cit., p. 200. Vide julgados mencionados pelo citado autor às fls. 200: As circunstâncias agravantes podem ser reconhecidas pelo Juiz, na sentença, embora não tenham sido apontadas na denúncia, porque a reincidência não é elementar do delito. Não incidência do art. 384 do CPP (Apelação-Crime nº 696059021, 3ª Câmara Criminal TJRS, Rel. Des. José Eugênio Tedesco, j. 29.08.96, un.). E em sentido contrário, Apelação-Crime nº 950432056-2/PR, 2ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Edgard Antônio Lippmann Jr. (convocado), j. 12.09.96.

50 STJ, HC 89.124/DF, Rel. Min. Félix Fischer, j. 13-11-2007.

(por exemplo: a prática do crime por motivo fútil ou para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime – art. 61, II, “b” – ou por motivo de relevante valor social ou moral), ora ao efetivo conteúdo do injusto (por exemplo: a prática de crime mediante traição, contra criança, velho ou enfermo ou com o uso de veneno, fogo ou explosivo), ora expressam considerações político-criminais, como pode-se ver nas atenuantes da reparação do dano e da confissão espontânea (art. 65, III, “b” e “d”)⁵¹.

Espécies de agravantes:

(I) Reincidência: conforme o Código Penal (art. 63), é reincidente quem comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior, ou quem 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 (art. 7º da LCP).

(II, a) Motivo fútil ou torpe: motivo fútil é aquele desproporcionado, insignificante. É o pretexto gratuito, desproporcionado em relação à causa e à ação.

Boschi dispõe que o motivo fútil não se confunde com o motivo injusto, pois é desprovido de razão que deixa o crime, por assim dizer, vazio de causa, acrescentando que, mesmo que, por hipótese, alguém pudesse cometer crime sem motivos, sua conduta, conforme precedentes, seria equiparada à do criminoso que age por motivo fútil⁵².

51 Ibidem, p. 198.

52 Ibidem, p. 208. Também nesse sentido, Alberto S.Franco. “A ausência de motivo equipara-se, para os devidos fins legais, ao motivo fútil, porquanto seria um contrassenso conceber que o legislador punisse com pena maior aquele que mata por futilidade, permitindo que o que age sem qualquer motivo receba sanção mais branda” (Rec., Rel. Costa e Silva, JM 95/389 e RT 622/332. FRANCO, 1995, p. 755).

Para o STJ, “não se revelando nos autos o motivo do crime, não há falar seja ele fútil, até porque não há como valorar uma conduta, reputando-a fútil, ou não, se não se sabe o motivo que lhe deu causa”⁵³.

O ciúme⁵⁴, como manifestação própria do ser humano, embora precedentes em contrário, exatamente por isso, não pode ser enquadrado como motivo fútil. Isso porquanto, segundo Delmanto⁵⁵, o ciúme não deve ser considerado fútil, pois não é motivo de irrelevante importância. O motivo fútil é incompatível com o estado de embriaguez e com a violenta emoção.

Motivo torpe é aquele repugnante, que ofende gravemente os princípios éticos dominantes em determinado meio social. Torpe é o motivo vil, abjeto.

Nem sempre a vingança induz, obrigatoriamente, à torpeza, conforme vem se firmando na jurisprudência predominante.

Boschi preceitua que a vingança, na dependência do que a originou, pode ou não, entrar nessa circunstância, não prescindindo, contudo, de avaliação detida do caso concreto, nomeadamente sob a perspectiva do pensamento do grupo social do lugar em que ocorreu o fato⁵⁶.

(II, b) Para facilitar ou assegurar a execução, ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: esta agravante pressupõe a existência de outro crime, que seria o crime-fim, em que se pretende facilitar, assegurar, ocultar ou garantir a impunidade ou vantagem.

Não é indispensável que o crime-fim chegue, efetivamente, a ser cometido; basta que o crime-meio tenha sido praticado com aquela

53 STJ, REsp 172.163/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 10-4-2001.

54 “O ciúme, por si só, como sentimento comum à maioria da coletividade, não se equipara ao motivo torpe. Na verdade, o ciúme patológico tem a intensidade exagerada de um sentimento natural do ser humano, que, se não serve para justificar a ação criminoso, tampouco serve para qualificá-la” (TJPR, RESE 0444978-9, Rel. Edison de Oliveira Macedo Filho, j. 20-12-2007).

55 DELMANTO et. al, op. cit., p. 123.

56 BOSCHI, op. cit., p. 208.



finalidade, para que sobre ele recaia esta agravante. Caso ambos (crime-meio e crime-fim) sejam cometidos, a hipótese será de concurso de infrações entre eles (CP, arts. 69 e 70), mas incidindo a agravante só no delito-meio e não no delito-fim.

Para Paulo José da Costa Jr., a conexidade entre os ilícitos pode ser teleológica ou consequencial. “Será teleológica quando um crime venha a ser praticado como meio para facilitar ou assegurar a execução de outro (matar o vigia para assaltar a casa)”. Todavia, se a hipótese for contemplada como qualificadora, não poderá ser, ao mesmo tempo, considerada como agravante genérica, como parece ocorrer no exemplo apontado pelo eminente professor, haja vista a tipificação no inciso V do § 2º do art. 121 do CP do homicídio qualificado se cometido “para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime”. Outrossim,

na conexão consequencial, existe uma relação lógica, de causa e efeito, entre os dois crimes (matar a testemunha presencial do crime para assegurar a impunidade). A doutrina ainda se refere a uma terceira modalidade de conexão, dita ocasional, não prevista pela lei (um crime é praticado por ocasião da prática de outro)⁵⁷.

Boschi acrescenta que a agravante não incide no apenamento dos crimes complexos (art. 103 do CP), formais (art. 70 do CP) e continuados (art. 71 do CP), já que, em todos, ainda que no último por mera ficção da lei, há unidade de delitos, embora a presença ocasional de desígnios independentes. Também seria inadmissível para o autor no concurso de crimes quando a agravante for reconhecida como elementar de um deles, no exemplo da receptação (art. 180 do CP)

57 COSTA JR. (2010, p. 255).

que, para configurar-se como crime, depende que a “coisa” seja produto de crime e que disso tenha conhecimento o receptor⁵⁸.

(II, c) À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido: as agravantes relacionadas nesta alínea constituem modos ou formas astuciosas e até insidiosas de cometimento do crime, a saber: 1) *Traição* — contém fortíssimo conteúdo imoral: deslealdade, perfídia. Na traição, a vítima é surpreendida pelo ataque súbito ou sorrateiro do agente. Esta figura, em regra, só pode ocorrer nos crimes contra a pessoa. 2) *Emboscada* assemelha-se à traição, com a diferença de que, naquela, o agente espera escondido, de tocaia, a passagem da vítima para surpreendê-la. 3) *Dissimulação* é o encobrimento do propósito criminoso do agente. É o ardid utilizado para surpreender a vítima. 4) *Outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa* — esta previsão destaca que a relação contida nesta alínea é meramente exemplificativa, admitindo outras hipóteses similares. Devem, contudo, como as hipóteses elencadas, caracterizar-se pela insídia, pela astúcia, não a configurando, por exemplo, a superioridade em armas ou em força física. O exemplo mais comum desta modalidade similar é a surpresa. A ocorrência destas modalidades, na hipótese de homicídio, qualifica-o⁵⁹.

A jurisprudência reconhece que se um dispositivo legal – como este – contiver fórmula exemplificativa acompanhada de cláusula genérica, deve-se entender que esta, segundo o princípio de interpretação extensiva, somente compreende os casos similares aos destacados por aquela. De outro modo, seria inteiramente ociosa a exemplificação, além do que o dispositivo redundaria no absurdo de equiparar, grosso modo, coisas desiguais.

58 BOSCHI, op. cit., p. 210.

59 BITENCOURT, op. cit., p. 186.

Assim, o “outro recurso” a que se refere o texto legal só pode ser aquele que, como a traição, a emboscada, ou a dissimulação, tenha caráter insidioso, aleivoso, sub-reptício, como acontece no caso em que a vítima é colhida de surpresa, podendo sê-lo à traição ou mesmo dissimuladamente.

Há surpresa, ou seja, modo de ação, recurso que torna difícil ou impossível a defesa do ofendido, reconhecida como agravante com perfil autônomo, por causa da redação conferida à letra “c”, ora comentada, quando a vítima não tem razões para esperar o procedimento subitâneo, inopinado, agressivo do agente.

Por isso, Boschi menciona que a jurisprudência entende que não incide a agravante da surpresa sempre que o fato for precedido de discussão entre autor e vítima, ameaças recíprocas ou quando existentes conflitos anteriores entre ambos, a sugerirem estado de maior prevenção e cuidados. De fato, a surpresa, para poder atuar como causa de modificação da pena-base, tem que estar destituída então de razões próximas ou remotas que façam a vítima supor, suspeitar ou esperar pelo ataque⁶⁰.

(II, f) Com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: consideram-se aqui situações pessoais ou familiares que facilitam a prática delituosa, além de implicarem a infringência de especiais deveres: 1) Abuso de autoridade — refere-se às relações privadas em que haja um vínculo de dependência ou subordinação, com exercício abusivo ou ilegítimo de autoridade no direito privado, como empregador, tutor, curador, pais etc.

(II, g) Abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão⁶¹.

⁶⁰ BOSCHI, *op. cit.*, p. 212.

⁶¹ Cargo público é “o lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei”. O provimento pode ser efetivo ou em comissão. O agente desvia-

Mirabete⁶² destaca que, nesses casos, há um desvio por parte de quem está obrigado a um respeito maior à lei, violando-a quando no exercício do cargo, do ofício, do ministério ou da profissão.

É na lei regulamentadora que se pode encontrar o rol desses deveres, por exemplo, nas que regulam a medicina, a odontologia, a engenharia e a advocacia, tanto assim que os médicos, os dentistas, os engenheiros e os advogados ficam sujeitos pelas infrações ético-disciplinares, a procedimento sancionador dos órgãos de classe incumbidos de fiscalizar o exercício profissional (Cremers, Crea, OAB⁶³). (II, j) Em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido: a enumeração do dispositivo é meramente exemplificativa. Nessas circunstâncias, o agente aproveita-se da situação para praticar o crime, pois a calamidade ou a desgraça afrouxam, naturalmente, a vigilância dos bens juridicamente tutelados, facilitando a execução delituosa. Além da maior dificuldade em elucidar os fatos, a conduta do agente revela sua maior insensibilidade e correspondente maldade, justificando a agravação da sanção penal⁶⁴.

se dos deveres inerentes às finalidades e toca os domínios do direito penal. Deve-se cuidar que o fato também não constitua, ao mesmo tempo, crime funcional típico (arts. 312 e seguintes do Código Penal e Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que define os crimes de abuso de autoridade), porque, nesse caso, fica arredada a incidência da agravante. Lembramos que bem ajustada ao princípio do *ne bis in idem* é a cláusula inserta no art. 61 do CP de que, para configurar-se como causa de modificação da pena-base, a circunstância não pode qualificar ou constituir o crime. Ofício é atividade pública autorizada a quem não detém cargo público, como a dos leiloeiros oficiais. Equivale à função, atividade pública essencialmente provisória, dada a transitoriedade do serviço a que visam atender. Ministério é atividade desempenhada por religiosos, independentemente do culto. Profissão é a atividade exercida com grau mínimo de preparo ou especialização. A condição é que a profissão esteja regulamentada em lei, sem o que não há falar-se em quebra de deveres a ela inerentes.

62 MIRABETE (1985, p. 291).

63 BOSCHI, op. cit., p. 2215-2216.

64 BITENCOURT, op. cit., p. 186-187.



1.2.1 AGRAVANTES NO CONCURSO DE PESSOAS

A previsão deste artigo identifica-se com o princípio de que cada um deve ser punido nos limites de sua culpabilidade.

A agravação da pena no concurso de agentes não incide, segundo Boschi, nas infrações em que o concurso é elementar, por exemplo, na de formação de quadrilha, que exige a participação de, no mínimo, quatro pessoas, para configurar-se como tal⁶⁵. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento contrário, em relação àquele que, na quadrilha, haja promovido ou organizado a cooperação dos demais⁶⁶.

Destina-se a qualquer participante, seja autor, coautor ou partícipe do crime, desde que:

1. Promova ou organize a cooperação no crime ou dirija a atividade dos demais agentes⁶⁷: pune-se mais severamente aquele que exerce um papel de liderança entre os participantes, independentemente de ser ou não o autor intelectual⁶⁸.

2. Coaja ou induza outrem à execução material do crime: coagir e induzir não são sinônimas e diferem profundamente em grau de intensidade de eficácia, embora, como agravantes, a lei as tenha equiparado. Induzir significa suscitar uma ideia, fazer surgir uma ideia até então inexistente. A coação poderá ter efeitos diversos: se for irresistível, exclui a culpabilidade do coagido, podendo, dependendo das circunstâncias, transformar o coator em autor mediato, se este

65 BOSCHI, op. cit., p. 221.

66 HC. n. 17.513/RJ, 5ª. T. do STJ, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, v.u., DJ de 22.10.01.

67 Vide STF, AO 1046/RR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 23.4.2007. (AO-1046): “[...] Repeliu-se, também, a alegação de que a agravante reconhecida pelo Tribunal do Júri – promover e organizar a atividade criminosa (CP, art. 62, I) – teria implicado *bis in idem*. Esclareceu-se que, no momento da quesitação da circunstância agravante, o Júri admitira que o apelante não só fora o autor intelectual do crime, mas também promovera e organizara toda a atividade criminosa”.

68 “A agravante prevista no art. 62, I, do CP não pode ser aplicada, in casu, pois evidenciado, prima facie, nos autos que o paciente não exercia sobre os demais qualquer liderança que justificasse a incidência dessa norma” (STJ, HC 12.609/MG, Rel. Min. Félix Fischer, j. 7-11-2000).

não estiver participando diretamente do fato criminoso (vide Cezar Roberto Bitencourt, *Lições de Direito Penal*, 3. ed., Ed. Livraria Porto Alegre, 1995, p. 109). Se for resistível constituirá uma atenuante para o coagido (art. 65, III, c).

3. Instigue ou determine a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal: instigar significa animar, estimular, reforçar uma ideia existente. O instigador limita-se a provocar a resolução criminosa; determinar (tem sido utilizado pelos penalistas como sinônimo de induzir) significa induzir, tomar a iniciativa intelectual, suscitar uma ideia inexistente. Necessário, porém, que o agente esteja submetido à sua autoridade, ou seja, por alguma razão pessoal, inimputável (louco, menor, silvícola etc.).

4. Execute o crime, ou nele participe, mediante paga ou promessa de recompensa: esta agravante pune mais severamente a torpeza da conduta praticada, conhecida como crime mercenário. A vantagem, não necessariamente econômica, pode ser de qualquer natureza, e configura-se a agravante indiferentemente de a promessa ser ou não cumprida⁶⁹.

Interessante destacar que, com a Lei nº 12.720/2012, no cenário do homicídio e da lesão corporal estabeleceu-se tal como causa de aumento de pena, devendo prevalecer sobre a agravante, sob pena de *bis in idem*.

69 “Aplicação da agravante prevista no art. 62, IV, ao crime de extorsão mediante sequestro. Não se pode considerar uma circunstância como elementar do tipo e ainda assim utilizá-la para agravar a pena” (STJ, HC 10.993/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 11-4-2000).

1.2.2 REINCIDÊNCIA

O que fundamenta a reincidência é o suposto desprezo do criminoso às solenes advertências da lei e da pena, e a necessidade de reagir contra esse mau hábito (*consuetudo delinquendi*) revelador de especial tendência antissocial. Por isso, o agravamento da situação penal do réu, no processo e não só da pena-base, em função da frequência da atividade criminosa, para elevar o prazo para a concessão do livramento condicional, para impedir a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, para determinar a imposição de regime de execução mais gravoso, dentre outras hipóteses.

Também se defende que não há reincidência se, a despeito da condenação (pelo fato pretérito), a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva tiver sido extinta quanto a esse crime, pois, nesse caso, perecerá, em relação a ele, o *jus puniendi*, sem gerar efeitos.

Chama-se primário aquele que jamais sofreu condenação irrecorível. Chama-se reincidente aquele que cometeu crime após a data do trânsito em julgado da sentença que o condenou por crime anterior, enquanto não transcorrido o prazo de cinco anos, contados a partir do cumprimento ou da extinção da pena. Ademais, há uma terceira categoria quando o criminoso que não é primário nem é reincidente. O réu que está sendo julgado e já tem contra si uma sentença condenatória anterior, transitada em julgado após o cometimento do segundo crime, não pode ser considerado reincidente ou primário.

A condenação anterior à pena de multa é expressamente afastada, como causa impeditiva do sursis (art. 77, § 1º). No entanto, a condenação anterior à pena de multa, conforme Bitencourt, não desnatura a reincidência, pois o art. 63 não fala em condenação anterior à pena de prisão⁷⁰.

O pressuposto da reincidência – que é o trânsito em julgado de sentença condenatória por fato anteriormente cometido – não poderá,

70 BITENCOURT, op. cit., p. 191.

simultaneamente, servir de causa para a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, pois isso implicaria violação da regra do *ne bis in idem*, sendo tal entendimento foi sumulado pelo STJ por meio do enunciado n. 241 da Súmula: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”⁷¹. Todavia, nada impede o reconhecimento de antecedentes e da reincidência se as condenações pretéritas forem distintas. Essa é também a orientação de José Baltazar Júnior⁷², citando jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que reflete, aliás, o entendimento pacífico da Suprema Corte⁷³, haja vista a pluralidade das causas.

O STF já se manifestou acerca da constitucionalidade da previsão da reincidência para majoração da pena, não configurando esta *bis in idem*⁷⁴.

Acrescente-se que a jurisprudência do Supremo também vem entendendo que condenações transitadas em julgado após o cometimento dos crimes objeto da condenação são aptas a desabonar, na primeira fase da dosimetria, os antecedentes criminais para efeito de exacerbação da pena-base:

71 “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*.” (HC 80.066, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 13.6.2000, Primeira Turma, DJ de 6.10.2000). No mesmo sentido: HC 98.992, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 15.12.2009, Segunda Turma, DJE de 12.2.2010; HC 74.023, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 13.6.2000, Plenário, DJ de 6.10.2000; HC 75.889, Rel. p/o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17.3.1998, Segunda Turma, DJ de 19.6.1998.

72 BALTAZAR JR. (2007, p. 169).

73 DOSIMETRIA DA PENA. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. CONCORRÊNCIA DE QUALIFICADORAS. 1. Na hipótese de concorrência de qualificadoras num mesmo tipo penal, uma delas deve ser utilizada para qualificar o crime e as demais serão consideradas como circunstâncias agravantes. Precedentes (HC 80.771, HC 65.825 e HC 79.538). 2. Habeas Corpus indeferido. (STF – HC: 85414 MG, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 14/06/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 01-07-2005 PP-00087 EMENT VOL-02198-3 PP-00416 RB v. 17, n. 501, 2005, p. 46 RTJ VOL-00194-03 PP-00963 RMP n. 27, 2008, p. 371-373)

74 HC 73394/SP (DJU de 21.3.97); HC 74746/SP (DJU de 11.4.97). HC 91688/RS, rel. Min. Eros Grau, 14.8.2007. (HC-91688)

HABEAS CORPUS. MOEDA FALSA. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO APÓS O COMETIMENTO DO CRIME SUJEITO À CONDENAÇÃO. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. ORDEM DENEGADA. [...]

2. Condenações transitadas em julgado após o cometimento dos crimes objeto da condenação são aptas a desabonar, na primeira fase da dosimetria, os antecedentes criminais para efeito de exacerbação da pena-base (CP, art. 59) [...] (STF – HC: 117737 SP, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 15/10/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-217 DIVULG 30-10-2013 PUBLIC 04-11-2013)

Nesse sentido, também o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS ANTERIORES. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA DECORRENTE DO AUMENTO NO PATAMAR DE 1/4, EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA, SEM MOTIVAÇÃO. [...] 3. É possível o aumento da reprimenda-base pelos maus antecedentes, bem como a aplicação da reincidência, se houver mais de uma condenação com trânsito em julgado, por fatos pretéritos. 4. Embora a lei não preveja percentuais mínimo e máximo de aumento de pena em razão da reincidência, a jurisprudência desta Corte tem-se inclinado no sentido de que, em observância aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e à prevenção do crime, o incremento da pena em fração superior a 1/6 pela aplicação

da agravante genérica em questão deve ser devida e concretamente fundamentado, o que não se observa na espécie. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir a fração de aumento de pena decorrente da agravante da reincidência ao patamar de 1/6. (STJ, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 04/06/2013, T6 – SEXTA TURMA)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. 8 (OITO) CONDENAÇÕES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.[...] Constata-se, na espécie, que o paciente possui 8 (oito) condenações transitadas em julgado por fatos anteriores ao delito, todas aptas a ensejar a reincidência, sendo que uma foi utilizada para configuração da reincidência, algumas para caracterização de maus antecedentes e outras para evidenciar a personalidade voltada para a prática de crimes. Não há falar em *bis in idem*, pois o julgador utilizou condenações definitivas, anteriores e distintas, para caracterização desfavorável da personalidade, dos maus antecedentes e da reincidência. HC não conhecido. (STJ – HC: 213012 RS 2011/0161588-2, Rel: Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Data de Julgamento: 21/05/2013, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2013)

Assim, conforme supracitado, há precedentes que, em face dessa prescrição da reincidência, recomendam que a condenação pelo fato anterior seja fundamentadamente utilizada pelo juiz como fator para a valoração negativa dos antecedentes judiciais, no momento da fixação



da pena-base. Porém, Boschi é refratário a tal entendimento, defendendo que ele consagraria 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) advindos de condenação pretérita.⁷⁵

Embora abolida pela Lei nº 26.416/1977 (vide STF, RT686/401), a reincidência específica voltou a ser instituída pelo art. 52 da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25/7/1990), que acrescentou ao art. 83 do CP o inciso V, bem como pelo art. 44, § 3º, do CP, com redação dada pela Lei nº 9.714/1998.

Havia controvérsia acerca da imprescindibilidade, para o reconhecimento da reincidência, de prova, por certidão, de que a condenação anterior transitou em julgado (STF, HC54.569, DJU4.3.77, p. 1164). Porém, tal controvérsia resta superada na jurisprudência com o entendimento encampado pelo Supremo de que

não procede a alegação de que a inexistência de certidão cartorária atestando o trânsito em julgado de eventual condenação inviabilizaria o reconhecimento de maus antecedentes/reincidência e que a folha de antecedentes criminais não serviria para esse fim. Esta Corte já firmou entendimento no sentido da idoneidade do referido documento, que possui fé pública.⁷⁶

Acerca dos efeitos de prescrição do crime que motivou a reincidência, há controvérsia. Se foi declarada prescrita a pretensão punitiva da condenação anterior, esta não gera reincidência (TJSP, *RJTJSP*95/458). Gera reincidência se a prescrição foi da pretensão executória (TACrSP, *Julgados* 90/131). Contra tal posicionamento, já decidiu o STJ no sentido de que, para os efeitos do art. 110, *caput, in fine*, do CP, não há

⁷⁵ BOSCHI (2013, p. 206).

⁷⁶ STF, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 12/04/2011, Primeira Turma.

distinguir entre a prescrição da pretensão executória e a da pretensão punitiva (STJ, REsp 46,*DJU*21.8.89, p. 13331).

O STF manifestou-se no sentido de que “a admissibilidade da consideração, a título de maus antecedentes, de sentença condenatória, malgrado a conseqüente declaração da extinção da punibilidade, por força de prescrição retroativa segundo a pena concretizada”⁷⁷.

Já para o TRF da 4ª Região, “não subsiste a sentença condenatória para fins de reincidência, conquanto declarada a prescrição da pretensão punitiva; entretanto, perduram os antecedentes no exame das circunstâncias judiciais”⁷⁸.

Há reincidência, mesmo em caso de perdão judicial (TACrSP, *RT*647/318), assim como se o condenado for indultado, não interfere no reconhecimento da reincidência (STF, *RTJ*116/171; TRF da 3ª R., Ap. 75.961,*DJU*21.3.95).

Não pode o tribunal, em apelação, reconhecer a reincidência que somente tenha sido provada depois da sentença condenatória (STJ, REsp 36.303,*DJU* 4.10.93, p. 2564, *in RBCCr*5/194). De outro norte, há posicionamento em sentido contrário, sustentando que o Ministério Público pode produzir a prova da reincidência em sede recursal (STF, *RTJ* 146/210).

Acerca do instituto da reincidência, veja-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Para a caracterização da agravante da reincidência, é necessária a ocorrência de três fatos: (a) a prática de crime anterior; (b) o trânsito em julgado da sentença condenatória; e (c) a prática de novo crime, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (STJ, HC 79.558/DE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 21-6-2007).

77 Habeas Corpus nº 70752-1/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 06.05.94, p. 10.470.

78 Apelação-Crime nº 940451142-0/RS, TRF da 4ª Região, Rel. Juíza Tania Escobar, j. 05.10.95, un.

A reincidência, além de ter sido considerada em momento inadequado, não restou demonstrada pelo magistrado, que se limitou a afirmar que o réu praticou o delito quando se encontrava preso por outro motivo, situação que, por si só, não caracteriza a referida circunstância agravante (STJ, HC 67.709/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 21-6-2007).

A condenação anterior por contravenção penal, conquanto não caracterize reincidência, pode ser considerada como reveladora de maus antecedentes (STJ, HC 66.067/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14-11-2006).

Tendo em vista que a segunda conduta delituosa (tráfico de entorpecentes) foi cometida pelo paciente antes do trânsito em julgado da condenação pelo primeiro crime (latrocínio), não há que se falar em reincidência, em razão do que dispõe o art. 63 do Código Penal (STJ, HC 53.878/PE, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 22-8-2006).

A condenação anterior à pena de multa não é apta, por si só, para autorizar a reincidência, pois constitui dívida de valor que não é suscetível, sob nenhum fundamento, mercê de garantia constitucional (art. 5º, LXVII), de conversão em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos (STJ, HC 22.736/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 19-12-2003).

O art. 67 do Código Penal preceitua 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.

Bitencourt dispõe que é natural que os motivos determinantes, que não qualifiquem ou privilegiem o crime, sejam considerados preponderantes em relação às demais circunstâncias legais, inclusive em relação à menoridade. Na verdade, o fato delituoso, concretamente examinado é que deve indicar essa preponderância⁷⁹. Porém, doutrina e jurisprudência consideram a menoridade preponderante.

Entre os três casos de circunstâncias preponderantes temos:

O primeiro deles é o que resulta da reincidência, em que a lei reprovava com maior intensidade a conduta do indivíduo que insiste na prática delituosa por considerá-lo infenso às advertências do direito penal. O segundo é a circunstância que resulta dos motivos, tanto os nobres (que abrandam a censura) quanto os abjetos, repulsivos, reprováveis (que agravam quando não constituírem ou qualificarem o crime).

Na doutrina, para Boschi, as circunstâncias que resultam da personalidade, outrossim, seriam a menoridade (art. 61, I)⁸⁰ e a confissão espontânea do agente (art. 65, II, “d”). Aliás, Boschi defende que “a razão jurídica que preside esse entendimento deve ser estendida, a nosso sentir, à atenuante da reparação do dano (art. 65, II, “c”) porque, com essa conduta, o autor do fato demonstra ser indivíduo moralmente sensível e responsável”⁸¹.

Ademais, prevalece o entendimento de que é inviável a compensação de uma agravante por uma atenuante, salvo se ambas forem igualmente preponderantes, conclusão que não se estende à menoridade⁸².

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm posicionamentos diversos quanto ao embate entre a reincidência, e, de outro lado, ou a menoridade ou a confissão espontânea do acusado.

79 BITENCOURT op. cit., p. 197.

80 Habeas Corpus nº 71323-0/SP, STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 19.05.95, p. 13.994.

81 BOSCHI. op. cit., p. 239.

82 Idem.



Quanto à incidência da menoridade e da reincidência, entende o Supremo:

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Roubo simples. Condenação. 3. Pedido de compensação da atenuante da menoridade com a agravante da reincidência. 4. O Juízo de primeiro grau reconheceu a preponderância da menoridade sobre a agravante da reincidência, atenuando a pena em 4 meses. 5. Ausência de ilegalidade na dosimetria da pena. Recurso a que se nega provimento. (STF – RHC: 114434 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 07/05/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-095 DIVULG 20-05-2013 PUBLIC 21-05-2013)

Já o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, II, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A FORMA TENTADA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. (3) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (4) ATENUANTE DA MENORIDADE. PREPONDERÂNCIA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINICIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 5. Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da menoridade relativa**, tornando a pena definitiva no quantum de 6 (seis) anos de reclusão, mais 60 (sessenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão. (STJ),

HC 167453/RJ, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 06/06/2013, – SEXTA TURMA⁸³.

De outro norte, o STF, em relação à confissão espontânea e à reincidência, assim preceitua⁸⁴:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ROUBO. 1. INDICAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE. 2. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA EM CONCURSO COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRECEDENTES. 3. DISTINÇÃO DAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO UTILIZADAS COMO MAUS ANTECEDENTES E COMO AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE *bis in idem* AFASTADA. 4. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. [...] 2. A reincidência é circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que

83 Nesse sentido: STJ, HC 159014/SP, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 16/04/2013, – SEXTA TURMA; STJ, HC 40.888/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 21-2-2006; STJ, HC 30.797/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 16-12-2004).

84 Nesse sentido: STF, RHC 96061 / MS, Relator(a): Min. TEORIZAVASCKI, Julgamento: 19/03/2013, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJe-060 DIVULG 02-04-2013 PUBLIC 03-04-2013; TRF-1 – ACR: 51815 MG 0051815-68.2010.4.01.3800, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO, Data de Julgamento: 13/12/2011, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.75 de 31/01/2012; TRF2, ACR 201250010007529, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL André Fontes, Data do Julgamento 15/10/2013, SEGUNDA TURMA, Data da Publicação: e-DJF2R: 30/10/2013; TRF-3 – ACR: 13357 SP 0013357-94.2010.4.03.6105, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, Data de Julgamento: 21/05/2013, SEGUNDA TURMA. Em sentido contrário, STJ – AgRg no REsp: 1374991 DF 2013/0108066-6, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 04/06/2013, SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/06/2013; TRF1, ACR 0025586-20.2004.4.01.3400, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Data do Julgamento: 10/09/2013, QUARTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 de 23/09/2013; TRF-3 – ACR: 7245 SP 0007245-72.2007.4.03.6119, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, Data de Julgamento: 30/07/2013, PRIMEIRA TURMA; e TRF-4, ACR 0001696-94.2007.404.7011, Relator: Revisor, Data de Julgamento: 05/11/2013, SÉTIMA TURMA)

não é o caso da confissão espontânea. Precedentes. 3. A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente [...] (STF – RHC: 115994 DF , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 02/04/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-070 DIVULG 16-04-2013 PUBLIC 17-04-2013)

Todavia, embora reconhecendo-se que o STF tem entendido que não se pode relacionar a personalidade do agente (ou toda uma crônica de vida) com a descrição, por esse mesmo agente, dos fatos delitivos que lhe são debitados, a Suprema Corte excepcionalmente determinou a compensação da confissão espontânea com a reincidência:

Ementa: HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSOS DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. PREPONDERÂNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.[...]

3. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que não se pode relacionar a personalidade do agente (ou toda uma crônica de vida) com a descrição, por esse mesmo agente, dos fatos delitivos que lhe são debitados (HC 102.486, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; HC 99.446, da relatoria da ministra Ellen Gracie). Por outra volta, não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal. E como o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à

parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. Quero dizer: tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim orteguianamente aplicada (na linha do “Eu sou eu e minhas circunstâncias”, como sentenciou Ortega Y Gasset). E como estamos a cuidar de dosimetria da pena, mais fortemente se deve falar em personalização. 4. Nessa ampla moldura, a assunção da responsabilidade pelo fato-crime, por aquele que tem a seu favor o direito a não se auto-incriminar, revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, portanto, ser dissociada da noção de personalidade. 5. No caso concreto, a leitura da sentença penal condenatória revela que a confissão do paciente, em conjunto com as provas apuradas sob o contraditório, embasou o juízo condenatório. Mais do que isso: as palavras dos acusados (entre eles o ora paciente) foram usadas pelo magistrado sentenciante para rechaçar a tese defensiva de delito meramente tentado. É dizer: a confissão do paciente contribuiu efetivamente para sua condenação e afastou as chances de reconhecimento da tese alinhavada pela própria defesa técnica (tese de não consumação do crime). O que reforça a necessidade de desembaraçar o usufruto máximo à sanção premial da atenuante. Assumindo para com ele, paciente, uma postura de lealdade (esse vívido conteúdo do princípio que, na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade). 6. Ordem concedida para reconhecer o caráter preponderante da confissão espontânea e determinar ao Juízo Processante que redimensione a pena imposta ao paciente.

(STF – HC: 101909 MG , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 28/02/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012)

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Terceira Seção, no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS (DJe 4/9/2012), pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, posição que passou a ser adotada por ambas as Turmas que a compõem:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINICIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. A confissão, por indicar arrependimento, demonstra personalidade mais ajustada, a ponto de a pessoa reconhecer o erro e assumir suas consequências. Então, por demonstrar traço da personalidade do agente, o peso entre a confissão e a reincidência deve ser o mesmo, nos termos do art. 67 do Código Penal. 2. O Superior Tribunal de Justiça, por meio da Terceira Seção, no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, da minha relatoria (DJe 4/9/2012), pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, posição que passou a ser adotada por ambas as Turmas que a compõem. 3. A existência de precedentes do Supremo Tribunal Federal acerca da impossibilidade de haver a mencionada compensação não constitui razão suficiente, só por si, para alterar a compreensão manifestada, uniformemente, por esta Corte. 4. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no REsp:

1374991 DF 2013/0108066-6, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 04/06/2013, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/06/2013)

1.3 ATENUANTES

Atenuantes genéricas são circunstâncias legais, de natureza objetiva ou subjetiva, não integrantes da estrutura do tipo penal, mas que a ele se ligam com a finalidade de diminuir a pena.

Encontram-se descritas em rol exemplificativo, pois além da relação detalhada apresentada pelo art. 65 do Código Penal, o art. 66 estabelece que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

São elas⁸⁵:

Desconhecimento da lei (art. 65, II, CP): é a falta de consciência do caráter ilícito da lei. Para Nucci⁸⁶, “evidencia a situação do autor que, podendo ter a consciência do ilícito, desprezou o cuidado necessário para informar-se, embora a hipótese concreta demonstrasse a incidência de norma de rara utilização”.

Motivo de relevante valor social ou moral (art. 65, III, a, CP): entende-se como relevante valor social os interesses não exclusivamente individuais, mas de ordem geral, coletiva. Já relevante valor moral diz respeito ao interesse de ordem pessoal (exemplo: agressão ou morte contra amante do cônjuge).

Não exige forte carga emocional que leve o autor ao cometimento do crime, ao infenso das causas de diminuição previstas nos arts. 121,

85 O Grupo de Trabalho deliberou pela análise das atenuantes previstas no art. 65, II, III, “a”, “b”, “c” (apenas quanto ao cumprimento de ordem superior), “d” e “e” do Código Penal.

86 NUCCI (2013b, p. 107).

§ 1º e 129, § 4º, CP, porque nesses casos o agente atua impellido, ou seja, dominado por relevante valor moral ou social.

Arrependimento (art. 65, III, b, CP): visto como forma mais eficiente de pacificação social, pois representa a reconciliação, ainda que parcial, entre autor e vítima⁸⁷. Demanda espontânea vontade (aspecto subjetivo), ou seja, agir movido pela sinceridade de propósito e com eficiência para evitar ou minorar as consequências do crime (aspecto objetivo), bem como, quando possível, reparar o dano. Para Azevedo⁸⁸:

o texto fala “procurado com eficiência”, e não haver o agente com eficiência minorado referidas consequências. É a intencionalidade, deduzida da adequação dos meios, que conta. Essa inteligência do texto normativo conduz à conclusão de que a reparação dos danos não é requisito absoluto. Basta ao agente haver tentado de modo efetivo a reparação.

A ação há de ser pessoalmente realizada, para se aferir sua espontaneidade.

Cumprimento de ordem de autoridade superior (art. 65, III, c, CP): observada nas relações de direito público, em que impera a hierarquia. Incide quando o autor cumpre a ordem, de manifesta ilegalidade, embora sob a pressão da autoridade superior (TRF1. ACR 0000740-31.2007.4.01.3800 – Rel. Des. ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, 4ª T, j., Dje 05.11.2012).

Confissão espontânea (art. 65, III, d, CP): deve ser espontânea, ou seja, sinceramente desejada, de acordo com o íntimo do agente. Diferente de voluntária, que quer dizer livremente praticada, sem coação.

87 Idem, p. 232.

88 AZEVEDO (1998, p. 104).

Segundo Boschi⁸⁹,

foge ao sentido do texto, portanto, reconhecer a atenuante quando o agente é preso em flagrante e não tem como negar as evidências em torno da autoria ou imputar a responsabilidade pelo fato a terceiro. Inconfundíveis confissão espontânea e confissão voluntária. Não aplicável, ainda, a citada causa genérica de atenuação da pena quando a confissão for realizada em juízo, após exitosa atividade policial repressiva, quando o resultado das diligências já apontava o agente.

No campo jurisprudencial, as Cortes Superiores divergem quanto à compatibilidade da incidência da confissão espontânea com a prisão em flagrante.

O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado pela incompatibilidade:

A atenuante da confissão espontânea é inaplicável às hipóteses em que o agente é preso em flagrante, como no caso sub judice. Precedentes: HC 101861/MS, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJ de 9/5/2011; HC 108148/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 1/7/2011. (HC 102002, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 09-12-2011 PUBLIC 12-12-2011)

Em sentido oposto, o Superior Tribunal de Justiça:

Na esteira da jurisprudência pacífica desta Corte Superior, a atenuante prevista no artigo 65, III, “d”, do Código Penal deve ser

89 BOSCHI (2006, p. 278).

aplicada em favor do condenado ainda que a sua confissão somente corrobore a autoria delitiva já evidenciada pela prisão em flagrante delito, como ocorreu na hipótese. (AgRg no REsp 1317708/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 29/10/2013)

Recentemente, o STJ editou a Súmula nº 545 no sentido de que a atenuante incide se a confissão for levada em conta, sem requisitos adicionais.

Também se verifica divergência no que tange à confissão parcial, decidindo o STF pela inaplicabilidade da atenuante e o STJ como suficiente para diminuição da pena:

A atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal (ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime), configuradora da confissão, não se verifica quando se refere a fato diverso, não comprovado durante a instrução criminal, porquanto, ao invés de colaborar com o Judiciário na elucidação dos fatos, dificulta o deslinde do caso. Precedentes: HC 108148/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 1/7/2011; HC 94295/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 31/10/2008. 2. In casu, o paciente admitiu a subtração dos bens, mas não a violência e a grave ameaça, que restaram comprovadas nos autos, sendo certo que tal estratégia, ao invés de colaborar com os interesses da Justiça na busca da verdade processual, visou apenas a confundir o Juízo diante da prisão em flagrante do paciente. (HC 102002, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 09-12-2011 PUBLIC 12-12-2011)

Este Superior Tribunal possui o entendimento no sentido de que, se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no artigo 65, III, “d”, do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação. (HC 282.448/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 10/04/2014)

Carvalho Neto faz importante distinção entre confissão parcial e confissão de fato diverso:

Entretanto, convém distinguir a confissão parcial da confissão de fato diverso, distinção esta que tem sido corretamente feita pelo Supremo Tribunal Federal. Se réu confessa, v.g., a posse de droga, negando que ela se destinasse ao tráfico, como imputado na denúncia, não é o caso de se falar em confissão parcial, mas de confissão de fato diverso do imputado, já que a posse para uso (fato confessado) caracteriza crime diverso da posse para tráfico (fato denunciado)⁹⁰.

Nesse sentido:

I – Pelo que verifica dos documentos que acompanham a inicial, especialmente da sentença condenatória, o único fato confessado pelo paciente foi a posse da droga, a qual teria sido adquirida para consumo próprio. Em nenhum momento, foi admitida a prática do delito de tráfico, crime efetivamente comprovado na ação penal. [...] III – Ao contrário do que afirma a impetrante, não se trata de confissão parcial, mas de confissão de fato diverso, não comprovado durante a instrução criminal, o que impossibilita a incidência da

90 CARVALHO NETO (2013, p. 141).



atenuante genérica de confissão espontânea, prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. Precedente. (HC 108148, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 07/06/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011)

Para Nucci⁹¹ e Mirabete⁹², perde o valor como atenuante caso haja retratação. Para incidência, a confissão deve se manter ao longo de todo o procedimento. Justifica Aguiar Júnior⁹³ a não incidência da atenuante, porque “a retratação em juízo pode resultar exatamente da falta de espontaneidade da prestada perante a autoridade policial, que seria, por isso, desvaliosa para o julgamento.”

Na jurisprudência prevalece o entendimento de que, mesmo havendo retratação, caso a sentença condenatória tenha se valido da confissão como elemento de prova, deverá haver o seu reconhecimento como circunstância atenuante⁹⁴.

Quanto à confissão qualificada – quando realizada a admissão de culpa apenas com o intuito de obter o reconhecimento de alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade – diverge a doutrina. Nucci⁹⁵ e Mirabete⁹⁶ não admitem sua incidência. O primeiro cita o exemplo do agente que admite ter matado a vítima, mas em legítima defesa. Há duas hipóteses: a) realmente agiu em legítima defesa, sendo, portanto, absolvido; b) comprova-se ser falsa sua alegação, sendo ele

91 NUCCI, op. cit., p. 238.

92 MIRABETE (2007, p. 533).

93 AGUIAR JÚNIOR (2013, p. 83).

94 Nesse sentido: STJ – AGRESP 201001843725, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJE DATA:02/04/2014. TRF3 – ACR 00028933320094036109, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/06/2015. TRF3 – RVC 00319940720124030000, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, QUARTA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/01/2015.

95 NUCCI, op. cit., p. 238.

96 MIRABETE, op. cit., p. 533.

condenado, sem qualquer atenuante, pois não narrou a verdade dos fatos, demonstrando insinceridade. Já Boschi⁹⁷ admite a incidência da atenuante, sob o argumento de que o objetivo da lei é atenuar a pena de quem confessa o “fato-crime”.

No primeiro sentido, de inadmissão:

A confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas discriminantes ou exculpantes, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. (STJ, HC 224815/TO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013)

Influência de multidão em tumulto não provocado (art. 65, III, e, CP): hipótese em que a pluralidade de agentes denuncia menor periculosidade. Trata-se da multidão delinquente – *folla delinquente*. Entende a doutrina que sob o domínio da multidão em tumulto opera-se a desagregação da personalidade. Processa-se e transmite-se de um indivíduo a outro a sugestão criminosa. Há anulação de seus próprios parâmetros morais e sociais para agir segundo os parâmetros da massa. É requisito essencial que o agente do crime não tenha provocado o tumulto no qual se viu envolvido. Não se aplica àqueles que, aproveitadores da situação de desordem, conduzem a massa.

Atenuante inominada (art. 66, CP): circunstância legal extremamente aberta, permitindo ao juiz imenso arbítrio para analisá-la e aplicá-la. Chamada por alguns de atenuante da clemência, pois o magistrado pode considerar a indulgência para acolhê-la.

97 BOSCHI, op. cit., p. 279.

Há posição que defende a adoção da coculpabilidade como fator de constituição da atenuante inominada do art. 66, CP (Zaffaroni e Pierangeli⁹⁸). No entanto, o fato de o Estado não assegurar as condições de igualdade e de oportunidade para o desenvolvimento da personalidade do agente pode ser levado como fator de impulso para a prática de infração qualquer, mas, em última análise, prevalece a vontade do agente, não se podendo contemplar tais circunstâncias como suficientemente relevantes para aplicar a atenuante.

Nesta linha, para Nucci⁹⁹, “há que existir uma causa efetivamente importante, de grande valor, pessoal e específica do agente – e não comum a inúmeras outras pessoas, não delinquentes, como seria a situação de pobreza ou o descaso imposto pelo Estado – para implicar a atenuação da pena.”

A corroborar:

Não há nos autos nenhum substrato fático-probatório que autorize a aplicação da atenuante da coculpabilidade do Estado prevista no art. 66 do CP. Pelo contrário, FRANCISCO, em seu interrogatório judicial, afirmou que estudou até o 1º ano do 2º grau e trabalhava como ajudante de pedreiro antes de ser preso; RAFAEL, por seu turno, afirmou ser agricultor, e que, antes do fato delituoso, trabalhava em um lava-jato. Assim, tem-se que o cometimento do crime não se deu por falta de opção, mas, simplesmente, pela busca do lucro fácil, não se podendo contemplar qualquer prova nos autos como suficientemente relevante para aplicar a atenuante do art. 66 do CP. (TRF5. ACR 0000537-88.2010.4.05.8400 – Rel. Des. FRANCISCO CAVALCANTI, 1ª T, j., Dje 06.09.2012)

98 ZAFFARONI; PIERANGELI (2002, p. 836).

99 NUCCI, op. cit., p. 242.

1.4 CAUSAS DE DIMINUIÇÃO

São circunstâncias obrigatórias ou facultativas de diminuição da pena, previstas na Parte Geral ou na Parte Especial do Código Penal e também na legislação especial, em quantidade fixa ou variável.

Passa-se à análise das causas de diminuição genéricas, ou seja, previstas na Parte Geral:

Tentativa (art. 14, II e parágrafo único, CP): a punibilidade encontra amparo no perigo de lesão ao bem jurídico. O *iter criminis* é o critério aceito para medição da minorante, nos limites de 1 a 2/3.

Na tentativa, a pena cominada ao correspondente crime consumado terá redução mais significativa se ficar distante da consumação e redução menos significativa, se se aproximar do resultado.

Desse modo, cuidando-se tentativa perfeita (quando o agente esgota todos os atos executórios, mas a consumação do delito não ocorre por circunstâncias alheias a sua vontade), tem-se o transcurso de quase todo o *iter criminis*, gerando diminuição mínima da pena.

Cuidando-se de tentativa imperfeita (quando o agente ainda tem muito a fazer, no tocante a atos executórios, ao ser interrompido), tem-se o transcurso de relativo *iter criminis*, provocando diminuição maior da pena (ACR 0002316-19.2003.4.01.3200 / AM, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL JOSÉ ALEXANDRE FRANCO (CONV.), TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.481 de 20/07/2012).

Arrependimento posterior (art. 16, CP): fundamenta-se na proteção da vítima, amparada quanto aos danos sofridos e no fomento do arrependimento por parte do agente.

Deve ser: a) voluntário: realizado sem coação física ou moral. Não exige espontaneidade; b) pessoal: não pode advir de terceiros, exceto em situações que justifiquem a impossibilidade de ser feita pelo autor (agente preso, por exemplo); c) integral;

d) efetuado até o recebimento da denúncia ou queixa (TRF1, ACR 0003479-62.2008.4.01.3813 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.530 de 07/12/2012).

Possui natureza objetiva e, portanto, comunica-se aos demais coautores e partícipes do crime, na forma do art. 30 do CP (STJ – REsp 1.187.976/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 07.11.2013).

Para Masson¹⁰⁰,

a redução da pena dentro dos parâmetros legais (um a dois terços) deve ser calculada com base na celeridade e na voluntariedade da reparação do dano ou da restituição da coisa. Quanto mais rápida e mais verdadeira, maior será a diminuição da pena (2/3); quanto mais lenta – desde que até o recebimento da denúncia ou queixa – e menos sincera, menor a diminuição (1/3).

Nesse sentido: TRF1, ACR 0006192-80.2007.4.01.3801 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, QUARTA TURMA, e-DJF1 p.76 de 23/01/2013 e ACR 200540000061842, DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, TRF1 – TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA:09/12/2011 PAGINA:557.

A recusa do ofendido em aceitar a reparação do dano ou a restituição da coisa não afasta a incidência da causa de diminuição de pena.

Erro de proibição (art. 21, *caput*, do CP): incide sobre a ilicitude de um comportamento. É a falsa percepção do agente acerca do caráter ilícito do fato por ele praticado, de acordo com um “juízo profano”, isto é, possível de ser alcançado mediante um procedimento de simples esforço de sua consciência.

100 MASSON (2014, p. 369).

Segundo Bitencourt¹⁰¹, “o agente supõe, por erro, ser lícita a sua conduta, quando, na realidade, ela é ilícita. O objeto do erro não é, pois, nem a lei, nem o fato, mas a ilicitude, isto é, a contrariedade do fato em relação à lei. O agente supõe permitida uma conduta proibida.”

Se escusável, isenta de pena. Se inescusável, a pena é diminuída de 1/6 a 1/3 em face da menor censurabilidade da conduta (TRF3, EIFNU 00021476120004036181, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, SEGUNDA TURMA, DJU DATA:22/02/2008 PÁGINA: 1544 .FONTE_REPUBLICACAO e TRF3 – ACR 00189003920004036102, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, PRIMEIRA TURMA, DJU DATA:18/04/2008 PÁGINA: 743 .FONTE_REPUBLICACAO.)

Estado de necessidade (art. 24, § 2º, CP): ocorre quando o agente, visando proteger bem jurídico próprio ou de terceiro, sacrifica outro bem jurídico de maior valor e poderia ter agido de forma diversa.

Essa causa de diminuição de pena só se aplica aos casos de estado de necessidade exculpante – o bem sacrificado é de valor superior ao preservado – desde que não configure situação de inexigibilidade de conduta diversa (ACR 200432000064467, DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TRF1 – TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA:25/05/2012 PAGINA:196 e ACR 200540000061842, DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, TRF1 – TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA:09/12/2011 PAGINA: 557.).

Semi-imputabilidade, imputabilidade diminuída ou restrita (art. 26, parágrafo único, CP): o dispositivo legal fala em “perturbação da saúde mental” que também é uma doença mental,

101 BITENCOURT (2014, p. 513).

embora mais suave¹. O agente tem diminuída a sua capacidade de entendimento e de autodeterminação, que permanece presente, embora em grau menor. Desta feita, a reprovabilidade da conduta é menor, determinando a lei a redução da pena de 1 a 2/3.

O montante de redução, maior ou menor, deve levar em conta o grau de diminuição da capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (STJ – HC 50.210/SP, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. 17.08.2006).

Se o agente estiver mais próximo da imputabilidade, a redução é menor (1/3) e se estiver mais próximo dos limites da inimputabilidade, a diminuição aproxima-se do patamar máximo (2/3).

Embriaguez acidental ou fortuita (art. 28, § 2º, CP):

Para Masson¹⁰², na embriaguez no caso fortuito, o agente não percebe ser atingido pelo álcool ou substância de efeitos análogos (exemplo: o autor mora ao lado de uma destilaria de aguardente, e aos poucos acaba embriagado pelos vapores da bebida que inala sem perceber), ou desconhece uma condição fisiológica que o torna submisso às consequências de ingestão do álcool (exemplo: o agente faz tratamento com algum tipo de remédio que potencializa os efeitos do álcool).

A embriaguez na força maior, o agente é obrigado a beber (exemplo: o agente é amarrado e injetam em seu sangue elevada quantidade de álcool), ou então, por questões profissionais, necessita permanecer em recinto cercado pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

A embriaguez acidental ou fortuita incompleta é aquela em que ao tempo da conduta retira do agente parte da capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo

¹⁰² Idem, p. 491.

com esse entendimento, autorizando a diminuição da pena de 1 a 2/3, equivalendo à semi-imputabilidade.

Participação de menor importância (art. 29, § 1º, CP): é a participação de reduzida eficiência causal. Contribui para a produção do resultado, mas de forma menos decisiva.

A participação de menor importância significa que da conduta do partícipe não advém a interferência causal lesiva diretamente ao bem jurídico, mas apenas de caráter adjutório. Não violando o bem jurídico, a resposta jurídica diminui em intensidade¹⁰³.

A redução da pena em maior ou menor grau (1/6 a 1/3) será de acordo com a maior ou menor intensidade volitiva do partícipe: maior censurabilidade, menor redução e menor censurabilidade, maior redução¹⁰⁴ (TRF1 – ACR 2009.38.00.032491-7 – Rel. Des. I'TALO FIORAVANTI SABO MENDES – 4ª T – j. 02.10.2012 – Dje 25.10.2012).

A diminuição da pena (de 1/6 a 1/3) se relaciona à participação, ou seja, ao comportamento adotado pelo agente, e não à sua pessoa. Assim, suas condições pessoais (reincidente, por exemplo) não impedem a redução da pena.

Não se aplica ao autor intelectual, pois se arquitetou o crime, sua participação não foi de menor importância.

1.5 DOSIMETRIA DA MULTA

Como define Francesco Carrara¹⁰⁵ “se chama pena pecuniária a diminuição de nossas riquezas, aplicada por lei como castigo de um delito”.

O art. 5º, XLVI, da Constituição Federal estabelece que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras,

103 AZEVEDO, op. cit., p. 118.

104 BITENCOURT, op. cit., p. 572.

105 CARRARA apud BITENCOURT, (2011, p. 268).

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

A pena de multa é sanção penal consistente no pagamento de determinada quantia em pecúnia, conforme parâmetros definidos em lei. Pode ser cominada isoladamente, em conjunto com a pena privativa de liberdade, de forma cumulativa ou alternativa, ou, ainda, em substituição à pena privativa de liberdade.

O art. 49 do Código Penal dispõe que a pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário de quantia fixada na sentença condenatória, calculada entre 10 e 360 dias-multa, no valor unitário de 1/30 a 5 vezes o maior salário mínimo vigente na data do fato.

Leis especiais podem estabelecer regras próprias para a dosimetria da pena de multa, tal como ocorre no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e no art. 99 da Lei nº 8.666/1993.

Há posição minoritária na doutrina no sentido da inconstitucionalidade da fixação do valor do dia-multa em salário mínimo, à luz do disposto no art. 7º, IV, da Constituição Federal, que veda sua vinculação para qualquer fim. Contudo, prevalece na doutrina e jurisprudência o entendimento pela constitucionalidade de tal disposição, eis que a proibição constitucional objetiva vedar o uso do salário mínimo como índice econômico, para evitar a indexação da economia. Assim, a utilização do salário mínimo para definição do valor do dia multa não viola a disposição constitucional. Ademais, possibilita o estabelecimento de uma correlação entre o valor da multa e a remuneração do apenado.

O art. 60 do Código Penal determina que a pena de multa deve ser fixada principalmente com base na situação econômica do réu, podendo ser majorada até o triplo, quando mesmo aplicada no máximo revele-se ineficaz.

Portanto, a individualização da pena de multa obedece a um **sistema bifásico** : 1) primeiro define-se o **número de dias-multa**, divergindo a doutrina e jurisprudência se de acordo com as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal ou pelas regras do sistema trifásico previstas no art. 68 do mesmo Estatuto; 2) após estabelece-se o **valor do dia-multa**, com base na situação econômica do réu.

Ou seja, a pena de multa é fixada em duas etapas, na primeira define-se a quantidade de dias-multa (10 a 360) e na segunda o valor de cada dia-multa (1/30 a 5 vezes o valor do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato).

Assim, o valor mínimo da pena de multa será de um terço do salário mínimo e o máximo de 1.800 salários mínimos, salvo se tal quantia for ineficaz no caso concreto, quando poderá ser aumentada até o triplo, totalizando 5.400 salários mínimos, nos termos do art. 60, § 1º, do Código Penal. Devem ser desprezadas as frações, nos termos do art. 11 do Código Penal.

O Código Penal não previu expressamente qual o critério a ser utilizado para a definição do número de dias-multa, limitando-se a estabelecer os patamares mínimo de 10 e máximo de 360. Há divergência na doutrina e jurisprudência acerca do tema, havendo quem defenda a aplicação do critério trifásico previsto no art. 68 do Código Penal¹⁰⁶, bem como quem sustente a utilização das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal¹⁰⁷.

O Superior Tribunal de Justiça, nº RESP 97.055/DF, afirmou que a quantidade de dias-multa deve ser estabelecida considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal:

106 GRECO (2014, p. 548). NUCCI(2014, p. 401-402). SCHMITT (2014, p. 290-291). JANSEN (2006, p. 143-146). SANTOS (2010, p. 500-501).

107 PRADO (2010, p. 593). JESUS (2011, p. 638-639). Jesus, contudo, entende que aplicam-se à pena de multa as causas de diminuição e aumento de pena previstas na parte geral e especial do Código Penal.



PENAL. PENA DE MULTA. CALCULO.

1. DE ACORDO COM SISTEMA DO DIA-MULTA ADOTADO PELA NOVA PARTE GERAL DO CODIGO PENAL, A PENA DE MULTA DEVE SER CALCULADA EM DUAS FASES DISTINTAS. NA PRIMEIRA FASE E FIXADO O NUMERO DE DIAS-MULTA, ENTRE O MINIMO DE 10 E O MAXIMO DE 360, CONSIDERANDO-SE AS CIRCUNSTANCIAS DO ART. 59 DO DIPLOMA PENAL. NA SEGUNDA, DETERMINA-SE O VALOR DE CADA DIA-MULTA LEVANDO-SE EM CONTA A SITUAÇÃO ECONOMICA DO CONDENADO.

2. RECURSO PROVIDO.

(Resp 97055/DF, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/1997, DJ 22/09/1997, p. 46515)

Tal entendimento foi posteriormente reiterado nos seguintes julgamentos: RESP 671.195, RESP 897.876/RS, HC 49.607/SP, HC 49.463/RJ, HC 132.351/DF, HC 234.428/MS, HC 144.299/PR, HC 164.216/PR, HC 169.210/RJ, 191.734/PE e HC194.326/RS.

Contudo, nas decisões proferidas no AgRg no REsp 1171417/DF, no HC 35580/PR, no AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1113688 e no HC 187498/GO, a Corte Superior entendeu pela aplicação do sistema trifásico para a fixação da quantidade de dias-multa.

Outrossim, em seus julgados, o Superior Tribunal de Justiça entende que a pena de multa deve ser fixada de forma proporcional à pena privativa de liberdade imposta¹⁰⁸. Tem-se, pois, que a pena de multa, em razão da proporcionalidade, deverá refletir a pena corpórea estipulada por meio do sistema trifásico.

¹⁰⁸ Resp 332.620/BA, HC 149.807/SP, REsp 879.441/SC, HC 144.299/PR, HC 56.150/RS, HC 49.607/SP, HC 49.463/RS, HC 45.179/MS, HC 35.862/SP e HC 102.741/RS.

Há várias decisões dos Tribunais Regionais Federais¹⁰⁹ pela aplicação do sistema trifásico para a fixação da quantidade de dias-multa. A título de exemplo, transcreve-se o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO MAJORADO. ART. 171, §3º, DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. PENAS SUBSTITUTIVAS À PRISÃO. PENA PECUNIÁRIA E PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNITÁRIOS. HIPOSSUFICIÊNCIA E INVALIDEZ. I – Não cabe absolver apenado que alega não possuir condições financeiras para arcar com a pena de multa e de prestação pecuniária e não possuir condições de saúde para prestar serviços comunitários quando se encontrar devidamente comprovado nos autos o crime de estelionato praticado em detrimento da Autarquia Previdenciária (art. 171, §3º, do CP), objetivando a concessão de benefício de auxílio-doença mediante apresentação de documento falso referente a vínculo empregatício inexistente. [...] IV – Ao contrário da prestação pecuniária, a pena de multa deve ser fixada em valor condizente com a situação financeira do réu, devendo ser paga em favor do fundo penitenciário e não às vítimas do dano produzido. Para sua dosimetria, deverá o magistrado sentenciante percorrer duas etapas distintas (critério bifásico), estabelecendo a quantidade de dias-multa e, em seguida, calculando o valor unitário do dia-multa. Por sua vez, a quantidade de dias-multa se submete ao critério trifásico do art. 68 do CP, o que resulta na necessidade de a quantidade de dias-multa ser coerente

109 TRF1 200838010011876, 200441000046591, 200738010040023, 200538020037399 e 200333000193174. TRF2 200750010007492 e 9202033943. TRF3 00033677820074036107, 00015144220054036127, 00019138520114036119, 00019955820074036119, 00019412320104036108, 00031266320104036119 e 00058399620094036005. TRF5 200784000096954.

e proporcional à pena privativa da liberdade aplicada. Já o valor do dia-multa nada tem a ver com o sistema trifásico, repousando na situação financeira do agente à época do fato (art. 49, §1º c/c art. 60 do CP). V – Apelação criminal parcialmente provida. Sentença de primeiro grau parcialmente reformada apenas para estabelecer em definitivo a pena de multa em 13 (treze) dias-multa com fixação de seu valor unitário em R\$18,17 (dezoito reais e dezessete centavos). (TRF2, apelação criminal 201051070002670, Rel. Juiz Federal Convocado MARCELO PEREIRA DA SILVA, Segunda Turma Especializada, julgado em 04/12/2012, E-DJF2R 19/11/2012)

Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação penal 470, estabeleceu a quantidade de dias-multa de acordo com o sistema trifásico previsto no art. 68 do Código Penal, como se verifica do seguinte trecho do julgamento dos embargos de declaração AP 470 EDj-sétimos:

Ementa: AÇÃO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. METODOLOGIA DE VOTAÇÃO. SUPRESSÃO DE TRECHOS DE DEBATES. ALEGADA OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA. MATÉRIA REITERADAMENTE DECIDIDA. ALEGAÇÕES DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NA ANÁLISE DA PROVA PRODUZIDA PELA DEFESA. INOCORRÊNCIA. REEXAME DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. DÚVIDA SOBRE A DATA DA CONSUMAÇÃO DO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA. INEXISTÊNCIA. APLICABILIDADE DA LEI 10.763/2003 E INCIDÊNCIA DA SÚMULA 711. REANÁLISE DA DOSIMETRIA.

DESCABIMENTO. DESPROPORCIONALIDADE DAS PENAS. AUSÊNCIA. CONFISSÃO. IRRELEVÂNCIA DAS INFORMAÇÕES. CONTINUIDADE DELITIVA. CRITÉRIO PARA ELEVAÇÃO DA PENA FIXADO PELO PLENÁRIO. VALIDADE. DESPROPORCIONALIDADE DA PENA DE MULTA. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS. [...]

Não há qualquer contradição na dosimetria da pena de multa aplicada ao embargante, tampouco omissão na análise da sua capacidade econômica. Não foi aplicado, unicamente, o critério financeiro para estipular a penalidade, como está claro no acórdão embargado, que se apoiou em todos os elementos do art. 59 do Código Penal, seguindo o método trifásico estabelecido no art. 68 do mesmo Código. Ausentes os vícios apontados pelo embargante. Embargos de declaração rejeitados.

(AP 470 EDj-sétimos, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 09-10-2013 PUBLIC 10-10-2013)

Realmente, constituindo a multa uma sanção penal, afigura-se mais adequada a utilização do sistema trifásico previsto no art. 68 do Código Penal, aplicável a todas as espécies de pena, com a análise das circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes e causas de diminuição e aumento.

Sobre o tema, afirma Nucci¹¹⁰ que o uso do critério trifásico previsto no art. 68 do Código Penal para a concretização do número de dias-multa assegura o direito à ampla defesa, pois possibilita que o réu conheça todos os passos e fundamentos usados pelo magistrado na dosimetria da multa.

110 NUCCI (2014, p. 401-402).

Schmitt¹¹¹ destaca que, como a multa é uma espécie de pena, deve ser dosada pelo mesmo critério utilizado para a pena privativa de liberdade. Assim, a quantidade de dias-multa deve ser determinada em observância ao critério trifásico previsto no art. 68 do Código Penal, pois devem ser respeitadas as regras previstas para a dosimetria da pena, não fazendo o referido dispositivo legal distinção entre a pena privativa de liberdade e a de multa. Logo, o número de dias-multa será determinado pela análise das circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes e causas de diminuição e aumento de pena.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Jansen¹¹², que ressalta que o art. 68 do Código Penal, que trata do sistema trifásico, abrange todas as espécies de pena, inclusive a pecuniária.

Boschi¹¹³ sustenta que as circunstâncias agravantes e atenuantes e as causas de aumento e diminuição devem ser consideradas na individualização da multa, em respeito à garantia da individualização da pena, que proíbe igualdade de tratamento nas situações diferentes. Ressalta, ainda, que o critério da necessidade e suficiência da pena estabelecido no art. 59 do Código Penal rege a individualização judicial de todas as penas, também se aplicando, por consequência, à pena de multa.

Assim, para definir o número de dias-multa, dentro dos limites legais de 10 a 360, deve ser aplicado o sistema trifásico do art. 68 do Código Penal, considerando-se as circunstâncias judiciais, as circunstâncias agravantes e atenuantes e as causas de diminuição e aumento de pena.

Schmitt¹¹⁴ destaca que também se aplica à dosimetria da pena de multa o entendimento consagrado na Súmula 231 do STJ (“A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da

111 SCHMITT (2014, p. 290-291).

112 JANSEN (2006, p. 143-146).

113 BOSCHI (2014, p. 298-302).

114 SCHMITT, op. cit., p. 292.

pena abaixo do mínimo legal”), de que os limites mínimo e máximo estabelecidos em abstrato pelo legislador para as penas privativas de liberdade só podem ser ultrapassados na terceira fase da dosimetria, quando da aplicação das causas de diminuição e aumento.

A fixação do número de dias-multa pelo critério previsto no art. 68 do Código Penal determina a necessidade das penas privativas de liberdade e de multa serem coerentes e proporcionais entre si. Como ambas as penas são definidas por meio do sistema trifásico, o resultado delas não pode ser diferente.

Assim, quando a pena de multa for imposta cumulativamente com a pena privativa de liberdade, a fixação do número de dias-multa deve acompanhar os montantes de acréscimo ou diminuição da pena corporal. Nesse sentido, no julgamento do HC 56150, o Superior Tribunal de Justiça expressamente ressaltou que, se a pena-base da reprimenda corporal foi imposta no mínimo legal, a pena de multa não poderá ser superior ao menor patamar previsto no Código Penal.

Desse modo, se a pena privativa de liberdade foi cominada acima do mínimo legal, necessariamente o número de dias-multa também deverá ser fixado em patamar superior ao mínimo, em idêntico percentual, pois as circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes e causas de diminuição e aumento são as mesmas.

Logo, a exigência de proporcionalidade entre a pena privativa de liberdade e a pena de multa impõe que os acréscimos e diminuições efetuados na dosimetria ocorram no mesmo percentual.

Dessa forma, como ambas as sanções são calculadas de acordo com o critério trifásico, devendo ser proporcionais, é possível utilizar a pena corporal fixada para determinar a adequada pena pecuniária, não sendo necessário efetuar uma dosimetria própria para a multa.



Schmitt¹¹⁵ ressalta que a pena de multa é o espelho da pena privativa de liberdade, de forma que, havendo acréscimo ou diminuição na reprimenda corpórea, a quantidade de dias-multa deverá ser alterada no mesmo patamar. Para assegurar a existência da proporção, defende que a pena privativa de liberdade definida pela aplicação do sistema trifásico seja utilizada para a fixação da pena de multa. Assim, propõe a aplicação da regra matemática proporcional de três, de forma a que a pena de multa espelhe a pena privativa de liberdade, nos seguintes moldes:

Pena Privativa de Liberdade	Pena de Multa
pena aplicada – pena mínima	número de dias-multa – mínimo de dias-multa
pena máxima – pena mínima	máximo de dias-multa – mínimo de dias-multa

Por exemplo, utilizando-se o crime de moeda falsa, tipificado no art. 289, *caput*, do Código Penal, com pena em abstrato de três a doze anos e multa, considerando a aplicação de pena privativa de liberdade de quatro anos, surgiria a seguinte proporção:

Pena Privativa de Liberdade	Pena de Multa
4 anos – 3 anos = 1 ano	número de dias-multa – 10
12 anos – 3 anos = 9 anos	360 – 10 = 350

O cálculo seria o seguinte: $1 \times 350 = 9 \times (\text{número de dias-multa} - 10)$; $350/9 = (\text{número de dias-multa} - 10)$; $38^{116} = (\text{número de dias-multa} - 10)$; número de dias-multa = 48.

¹¹⁵ SCHMITT, op. cit., p. 294-304.

¹¹⁶ Desprezadas as frações, nos termos do art. 11 do Código Penal.

Caso na hipótese concreta a pena privativa de liberdade tenha sido estabelecida acima ou abaixo do limite legal, Schmitt propõe as seguintes proporções:

Pena Privativa de Liberdade abaixo do mínimo	Pena de Multa
$\frac{\text{pena mínima}}{\text{pena aplicada}}$	$\frac{\text{mínimo de dias-multa}}{\text{número de dias-multa}}$
Pena Privativa de Liberdade acima do máximo	Pena de Multa
$\frac{\text{pena máxima}}{\text{pena aplicada}}$	$\frac{\text{máximo de dias-multa}}{\text{número de dias-multa}}$

As fórmulas descritas visam a garantir a equivalência entre a pena privativa de liberdade e a quantidade de dias-multa, pois ambas são determinadas pela aplicação do sistema trifásico do art. 68 do Código Penal, devendo uma ser reflexo da outra. Para tanto, é utilizada a proporção matemática pela aplicação da regra de três, definindo-se a quantidade de dias-multa com base na sanção corporal imposta.

Após determinado o número de dias-multa, deverá ser fixado o seu valor unitário, de acordo com a situação econômica do réu, nos termos do art. 60, *caput*, do Código Penal, não podendo ser inferior a 1/30 do maior salário mínimo vigente à época do fato delituoso, nem superior a 5 vezes esse salário.

O § 1º, do art. 60, do Código Penal, autoriza o aumento do valor do dia-multa até o triplo, quando, embora fixado no patamar máximo de cinco vezes o salário mínimo vigente na data do fato, revele-se ineficaz no caso concreto, em virtude de situação econômica favorável do réu.

A previsão legal de que o juiz deve atender, na fixação da pena de multa, principalmente, à situação econômica do réu, indica ser fundamental que a sanção pecuniária tenha repercussão considerável no patrimônio do

condenado. Assim, se o réu ostenta boa condição econômica, impõe-se a fixação do valor do dia-multa acima do mínimo legal. Apenas quando a renda do apenado não ultrapassar um salário mínimo mensal deverá o valor do dia-multa ser estipulado no mínimo. Dessa forma, assegura-se a aplicação dos princípios da igualdade e da individualização da pena, determinando-se o valor do dia-multa de acordo com a condição financeira de cada réu no caso concreto.

Nesses moldes, mesmo que o número de dias-multa seja fixado no patamar mínimo de dez, o valor do dia-multa poderá ser estabelecido no máximo, se a situação econômica do réu assim exigir. O contrário também pode ocorrer, ou seja, ainda que fixada a quantidade de dias-multa acima do mínimo legal, o valor unitário do dia-multa imposto pode ser de 1/30 do salário mínimo, diante da precária situação financeira do apenado.

Vicente Greco Filho¹¹⁷ ressalta que o dia-multa vincula o valor da pena a um período salarial ou de trabalho do apenado, de modo que a sanção corresponda não apenas a uma quantidade de dinheiro, mas também a uma parcela do esforço pessoal do réu.

Schmitt¹¹⁸ sustenta que a razão do dia-multa é punir o agente com o pagamento de valor que corresponda a um dia de seu trabalho, motivo pelo qual o legislador estabeleceu sua referência baseada no salário mínimo, menor rendimento oficial do país. Assim, se o apenado recebia apenas um salário mínimo por mês, o valor do dia-multa deve ser fixado no patamar mínimo de 1/30. Se recebia 90 salários mínimos por mês, o que equivaleria a 3 salários mínimos por dia de trabalho, o valor do dia-multa deveria ser fixado em 3 salários mínimos. Portanto, o valor máximo de 5 vezes o salário mínimo deveria ser imposto nas hipóteses em que o apenado ganhasse tal quantia por um dia de trabalho. Se recebesse valor ainda maior pelo dia de trabalho, incidiria o

117 FILHO, op. cit., p. 403.

118 SCHMITT, op. cit., p. 307.

disposto no art. 60, § 1º do Código Penal, podendo o juiz aumentar o patamar máximo em até três vezes.

Numa visão mais ampla, Bitencourt¹¹⁹ entende que o valor unitário do dia-multa deve corresponder aos rendimentos auferidos em um dia pelo apenado, considerando-se sua situação econômica e patrimonial. Nessa aferição é computado não só o salário, mas também toda e qualquer renda, inclusive bens e capitais, apurada na data do fato.

De fato, a expressão “situação econômica do réu”, utilizada pelo art. 60 do Código Penal, não se restringe ao salário do condenado, possuindo significado mais extenso, abrangendo os rendimentos, patrimônio, nível de vida pessoal e familiar¹²⁰.

Assim, é necessário que no processo sejam reunidos elementos sobre tais aspectos, sendo certo que, no interrogatório, o juiz deve indagar ao réu sobre sua residência, meios de vida ou profissão, oportunidade sociais, lugar onde exerce sua atividade e vida pregressa, nos termos do art. 187 do Código de Processo Penal. Tais informações também podem ser fornecidas pelas testemunhas ouvidas em juízo.

Insta ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça entende que a situação econômica do réu não pode ser aferida a partir de elementos abstratos, devendo ser extraída de dados concretos constantes dos autos. Nesse sentido é o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTELIONATO (ART. 171, § 3º, DO CP).

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. CRIME PRIVILEGIADO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM FATOS ESTRANHOS AO PROCESSO. INEXISTÊNCIA.

¹¹⁹ BITENCOURT (2014, p. 561-562).

¹²⁰ BOSCHI, op. cit., p. 301. BALTAZAR JÚNIOR, op. cit., p. 205.

PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. AFERIÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA INDIVIDUALIZADA DA PENA. UTILIZAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO SEMELHANTE PARA OS CORRÉUS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. CULPABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. NEGATIVAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. *bis in idem*. CAUSA DE AUMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. PENA DE MULTA. VALOR UNITÁRIO. PRESUNÇÃO. ATIVIDADE PROFISSIONAL. DESCABIMENTO.[...]

13. A estipulação do valor do dia-multa deve ter por fundamento elementos concretos referentes à condição econômica do acusado, não se podendo fixá-lo apenas com base na presunção de seu poder aquisitivo, em razão da profissão por ele exercida.

14. Diante da ausência de menção a elementos concretos para justificar a exasperação do valor do dia-multa, deve ser ele reduzido ao mínimo legal.

15. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte, apenas para reduzir o valor do dia-multa ao mínimo legal, de 1/30 do salário mínimo vigente na data dos fatos.

(REsp 1169001/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013)

Logo, é importante que sejam reunidos na ação penal elementos concretos referentes à situação financeira do acusado, visando à adequada fixação do valor do dia-multa.

Como já apontado, o valor do dia multa pode variar entre 1/30 do salário mínimo (atualmente R\$ 24,13¹²¹) e 5 vezes esse salário (atualmente R\$ 3.620), podendo ser aumentado até o triplo (atualmente R\$ 10.860,00), conforme previsto no art. 60,§ 1º, do Código Penal.

121 Considerado o salário-mínimo em 2014, no valor de R\$ 724,00.



Assim, a escala penal do valor unitário do dia multa é muito ampla, de 0,03 a 5 vezes o salário mínimo, podendo excepcionalmente atingir 15 salários mínimos.

Vale dizer, apenas nas hipóteses em que o réu for efetivamente pobre, recebendo até um salário mínimo mensal, será possível a fixação do valor do dia-multa em 1/30 do salário mínimo. Em todos os demais casos necessariamente deverá ser ultrapassado esse patamar mínimo, de forma a realmente atender à situação econômica do réu.

Portanto, o valor unitário do dia-multa deve ser estipulado tendo como base o rendimento médio auferido pelo réu em um dia, considerando seu salário, bens e investimentos. Assim, respeita-se o princípio da individualização da pena, de forma que a multa aplicada a réus distintos tenha o mesmo caráter punitivo, em consonância com a situação econômica de cada um, não se revelando irrisória nem excessiva.

Cabe ressaltar que Schmitt entende que deve ser considerada a situação financeira do agente à época do delito¹²², eis que o art. 49, § 1º, do Código Penal estabelece que o valor do dia-multa é fixado de acordo com o maior salário-mínimo vigente à época do fato delituoso, de forma que a condição financeira do apenado também deveria ser aferida em tal momento.

Damásio e Baltazar Júnior sustentam a análise da condição econômica do réu no momento da sentença¹²³, pois a multa constitui sanção que deve ser suportada pelo apenado conforme seus rendimentos. Assim, para que a multa tenha repercussão no patrimônio no apenado, deve ser examinada sua situação financeira quando da condenação. Se for considerada a capacidade econômica à época do fato, a multa pode se tornar insignificante, caso o apenado tenha prosperado desde

122 SCHMITT, op. cit., p. 305.

123 BALTAZAR JÚNIOR (2007, p. 205-206).

então, ou excessiva, na hipótese de seu empobrecimento, perdendo seu caráter de sanção.

Insta ressaltar que, na hipótese de concurso de crimes, o art. 72 do Código Penal determina que as penas de multa serão aplicadas distinta e integralmente, ou seja, a pena de multa de cada delito será calculada individualmente e depois será realizado o somatório.

Schmitt¹²⁴ entende que em todas as modalidades de concursos de crimes será aplicada a regra do concurso material para o cálculo da quantidade de dias-multa, somando-se as penas de multa dosadas de forma isolada para cada crime.

Boschi¹²⁵ destaca que tal previsão determina que as penas de multa sejam sempre somadas, conforme a regra do concurso material prevista no art. 69 do Código Penal. Entende tratar-se de solução contraditória e inaceitável, eis que a pena de multa no concurso de crimes deveria observar as mesmas regras previstas no Código Penal para as hipóteses de concurso material, formal e crime continuado, com o cúmulo ou a exasperação, como ocorre com as penas privativas de liberdade.

Nucci¹²⁶ entende que o art. 72 do Código Penal não se aplica ao crime continuado, pois o legislador, valendo-se da teoria da ficção, criou um verdadeiro crime único, não havendo concurso de crimes, mas um só delito em continuação, motivo pelo qual a pena de multa também será única com o acréscimo legal.

Neste sentido, é o entendimento da jurisprudência¹²⁷, como se extrai dos julgados do Superior Tribunal de Justiça a seguir reproduzidos:

124 SCHMITT, op. cit., p. 285.

125 BOSCHI, op. cit., p. 303.

126 NUCCI, op. cit., p. 509.

127 STJ HC 120522 e REsp 905.854-SP. TRF3 00016016920014036181 e 00026122919994036109. TRF2 200151015397004, 200750010007492 e 201050010023800. TRF1 200536000140952. TRF 200881020005629 e 20078202003813004. TRF4 199971000281426.

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO E ROUBO. CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO DE FATOR PARA MINORAR A MAJORAÇÃO. CRIMES DE ESPÉCIES DIFERENTES. MULTA APLICAÇÃO DO ART. 72 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Extorsão e roubo. Continuidade delitiva reconhecida pelo Tribunal de origem, com aplicação do acréscimo de 1/2 (um meio).[...]

3. O art. 72 do Código Penal restringe-se aos casos dos concursos material e formal, não se encontrando no âmbito de abrangência da continuidade delitiva.

4. Dosimetria da pena refeita.

5. Ordem concedida, a fim de redimensionar a pena do sentenciado em 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, e 11 (onze) dias-multa.

(HC 221.782/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 11/04/2012)

RECURSO ESPECIAL. DUPLO ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PERCENTUAL DE AUMENTO PELA CONTINUIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CP. 1/6 DE ACRÉSCIMO. DOIS CRIMES. CRITÉRIO ACEITO PELA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. INEXISTÊNCIA DE INCORREÇÃO. PENA DE MULTA. CRIME CONTINUADO.

INAPLICABILIDADE DO ART. 72 DO CP.

Segundo reiterado entendimento desta Corte, afigura-se correto aplicar-se o percentual de aumento para o crime continuado tendo por critério o número de crimes, sendo

absolutamente aceito considerar o acréscimo mínimo de 1/6 para o caso de haver duas condutas criminosas.

A aplicação da hipótese do art. 72 do Código Penal restringe-se aos casos dos concursos material e formal, não lhe estando no âmbito de abrangência da continuidade delitiva.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 909.327/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 03/11/2010)

Tratando-se a multa de sanção penal de natureza pecuniária, é importante a manutenção de seu valor, para que, no momento da sua execução, continue representando para o réu uma penalidade. Para evitar a neutralização da pena de multa imposta pelo transcurso do tempo, o art. 49, § 2º, do Código Penal, estabelece que o valor da multa será atualizado pelos índices de correção monetária no momento da execução.

A correção monetária incide a partir da data do fato, com base no disposto no art. 49, § 1º, do Código Penal, conforme doutrina e jurisprudência amplamente predominantes. O Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão, exarando o seguinte entendimento:

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA DA PENA DE MULTA. MARCO INICIAL. DATA DO FATO. EMBARGOS ACOLHIDOS.

I. A correção monetária da pena de multa deve ter, como marco inicial, o tempo do fato, por interpretação analógica do art. 49, § 1º, do CP.

II. Embargos acolhidos.

(REsp 91.003/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/1999, DJ 21/02/2000, p. 84)

A atualização monetária assegura que a multa mantenha o seu caráter de sanção penal, não se transformando em valor irrisório, que nada significaria a título de pena.

1.6 CÁLCULO DA PENA

1.6.1 CÁLCULO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

O art. 5º, XLVI, da Constituição Federal prevê o direito fundamental à individualização da pena, a ser regulado por lei. Pelo mesmo dispositivo, a lei deve adotar, entre outras, as penas de privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

O processo de individualização da pena se compõe de até três fases, a legislativa, a judiciária (em um processo de conhecimento) e a executória ou administrativa.¹²⁸

Na primeira, a lei deve fixar, para cada tipo, os parâmetros, uma moldura, com o máximo e o mínimo de pena aplicáveis. Vedam-se as penas fixas¹²⁹ e penas sem um limite legalmente fixado. O Código Penal, ademais, prevê na sua parte geral o procedimento de aplicação das penas. A lei também deve estabelecer as balizas da execução penal.

Na segunda etapa da individualização, o juiz, à vista do caso concreto, fixa a espécie, a quantidade e o regime inicial de cumprimento da pena. No Brasil, essa etapa de individualização da pena se dá, na dicção do art. 68 do Código Penal, em três fases. Inobstante, o art. 44 do Código, após a entrada em vigor da redação conferida

128 LUISI (2003, p. 52).

129 DIAS (2005, p. 187-188).



pela Lei nº 9.714/1998, prevê verdadeiramente nova fase a análise do cabimento de penas restritivas de direitos, na qual volta a relevar a culpabilidade do agente (art. 44, III).

Nessa segunda etapa, mostram-se relevantes regras jurídicas escritas e não escritas, elementos normativos e descritivos, atos cognitivos e puras valorações. A peculiaridade dessa modalidade de aplicação do direito reside na necessidade de tradução de todos esses critérios em uma pena determinada, inclusive no seu quanto.¹³⁰

A última etapa se passa quando da execução da pena, na individualização executória, a cargo do Judiciário e regida pela legalidade.

Já se viram os fatores a se considerar na primeira fase da aplicação judicial da pena, regida pelo art. 59 do Código Penal. Agora, a questão passa a ser como esses fatores influem concretamente na pena prevista em abstrato no tipo penal. Os temas a serem tratados são de onde se deve partir dentro dos limites máximo e mínimo de cada crime e quanto cada circunstância judicial deve influir na pena. O Código não traz resposta expressa a essas questões, de modo que se devem buscar subsídios na doutrina e na jurisprudência.

No tocante ao primeiro tema, cuida-se de saber de onde o juiz deve partir para a aplicação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Por exemplo, o crime do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/1990 prevê penas de multa e de dois a cinco anos de reclusão. Nessa hipótese, o juiz deve partir da pena mínima de dois anos, da máxima, do termo médio (três anos e seis meses, resultado da divisão por dois da soma dos limites mínimo e máximo da pena) ou de algum outro ponto?

A doutrina e jurisprudência amplamente majoritárias entendem que se deve partir da pena mínima. Essa pena-base se aumenta se houver circunstâncias judiciais desfavoráveis. Argumenta-se, sobre-

130 Idem p. 194-195.

tudo, que partir de outro ponto implicaria adotar pena tarifada¹³¹ e que essa solução deriva do *in dubio pro reo*.

Todavia, a adoção do termo médio permite a melhor individualização da pena. Não há motivo para se entender que partir do termo médio levaria a aceitar pena tarifada e não assim com a pena mínima.¹³² Há de se adotar algum ponto de partida.

Ademais, o *in dubio pro reo* é princípio processual de aplicação em matéria probatória, até porque decorrente da chamada presunção de inocência.¹³³ Assim, nada influi na questão do ponto de partida da pena-base.

Partir do termo médio também permite que todas as circunstâncias favoráveis ao réu sejam avaliadas. Com efeito, em se partindo da pena mínima, ocorre de as circunstâncias favoráveis serem desconsideradas pela impossibilidade de redução da pena para aquém do mínimo previsto.¹³⁴ Por exemplo, se 3 das 8 circunstâncias são favoráveis e 5 são neutras, a pena desse réu será a mínima, igual à do réu que tem 6 circunstâncias favoráveis e 2 neutras ou mesmo 8 favoráveis, o que viola a individualização da pena.

Na doutrina clássica de Roberto Lyra, essa solução já era defendida:

Em regra, o Juiz, operando entre o mínimo e o máximo da cominação, com a única exceção do art. 47, faz a opção em caso de penas alternativas (p. ex.: art. 130 – detenção ou multa), e fixa a quantidade da pena por que optou ou da que foi estabelecida, isolada (art. 121) ou cumulativamente (artigo 130, §1º. – reclusão e multa).

131 FERREIRA (1995, p. 64-65).

132 CARVALHO NETO (2008, p. 92-93).

133 “O princípio vale – como é evidente – somente para a fase de produção, isto é, somente para as dúvidas em relação aos fatos e não para as dúvidas sobre opiniões jurídicas.” (HASSEMER 2005, p. 231. *itálicos no original*).

134 CARVALHO NETO (2008, p. 93).

Para êste fim, atenderá, de modo geral, aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime (art. 42) e, de modo especial, às circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 44 a 48.

Formada a sua convicção pela livre apreciação da prova (art. 157 do Código de Processo) o juiz, dominando o conjunto da realidade, sem cisões nem etapas, fixará a pena.

É claro que êle partiu de um termo médio. Se somente reconhece circunstâncias agravantes (arts. 44 e 45) e outros índices positivos de periculosidade, êstes em função dos artigos 42 e 43, demandará o máximo, sem que esteja obrigado a êle; se somente reconhece circunstâncias atenuantes (art. 48) e outros índices negativos de periculosidade, êstes ainda em função dos arts. 42 e 43, demandará o mínimo, sem que esteja obrigado a êle. Se concorrem circunstâncias atenuantes e agravantes e outros índices positivos e negativos de periculosidade, tendo partido de um termo médio, como vimos, em tôrno dêste operará se os motivos do crime, a personalidade e os antecedentes do agente (art. 49) não o conduzirem às proximidades do máximo ou do mínimo.¹³⁵

A lição se refere aos artigos do Código antes da reforma de 1984, mas permanece totalmente aplicável.

Também são oportunas as críticas de Guilherme de Souza Nucci contra a política da pena mínima, procedimento pelo qual se ignoram “os riquíssimos elementos e critérios fornecidos pela lei penal para a escolha, entre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, da pena ideal e concreta destinada a cada réu.”¹³⁶

135 LYRA (1958, p. 188-189, grifos no original).

136 NUCCI (2013, p. 286).

No mesmo sentido, vêm as ponderações de Luiz Antônio Guimarães Marrey, reproduzidas por Guilherme de Souza Nucci, em que demonstra sua contrariedade ao método de “padronização da pena”, contrário à individualização:

[...] A lei procura, claramente, separar o joio do trigo, recomendando o aumento de pena de forma proporcional aos efeitos da conduta, tanto mais quando sempre manda ter em conta, na primeira fase do cálculo, as ‘consequências’ do crime (CP, art. 59). Logicamente, a maior extensão dos danos deve repercutir na dimensão das penas, forçando a elevação do castigo. *A despeito disso, há anos generalizou-se no foro o hábito de impor os castigos nos limites mínimos, com abstração das circunstâncias particulares a cada delito. Entretanto, pena-base não é sinônimo de pena mínima.* [...] Com a indiscriminada imposição das penas mínimas, vem se tratando de modo igual situações completamente distintas, de sorte a que, na prática, não se notem diferenças sensíveis na punição, que é a mesma ou quase a mesma, tenha sido o roubo cometido sob um impulso momentâneo, figurando como objeto bem de escasso valor, com subjugação de uma única vítima, sem requintes de perversidade, ou decorra, ao contrário, de um premeditado projeto, lentamente acautelado, com intimidação de diversas pessoas, para obtenção de lucro fácil, destinado a sustentar o ócio de profissionais da malandragem. Essa tendência encerra, em verdade, dupla injustiça. A mais evidente é com a própria sociedade, pois, devendo a sentença refletir no castigo o senso de justiça das pessoas de bem, não atende a tão elevado propósito essa praxe de relegar a plano subalterno os critérios legais de fixação da pena, preordenados a torná-la ‘necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime’ (Código Penal, art. 59, *caput*). (Protocolado 15.553/00, art. 28 do CPP, Inq. 222/97, Comarca de Guarulhos, 01.03.2000).¹³⁷

137 NUCCI (2013, p. 286, grifos no original).



A questão da pena mínima também já foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal nº 470. Colhe-se do voto do relator:

[...] O penalista Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, analisa, com bastante propriedade, o equívoco que conduz à imposição da pena-base no mínimo legal, tipo de decisão que, por não demandar qualquer cuidado na fundamentação, acaba se tornando useira e conduzindo à impunidade. Eis o que afirma Nucci: ‘Política da pena mínima: tem sido hábito de vários juízes brasileiros, de qualquer grau de jurisdição, optar, quase sempre, pela aplicação da pena mínima aos acusados em julgamento. Desprezam-se, em verdade, os riquíssimos elementos e critérios dados pela lei penal para escolher, dentre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, a pena ideal e concreta para cada réu. [...] É defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no art. 59, caput, para a fixação da pena-base. Apenas se todas forem favoráveis, tem cabimento a aplicação da pena no mínimo. Não sendo, deve ela situar-se acima da previsão mínima feita pelo legislador. [...]’. Com efeito, a primeira fase da dosimetria permite a fixação da pena em qualquer patamar entre o mínimo e o máximo legalmente cominados para a prática do delito. Teoricamente, o legislador autoriza a punição do crime dentro desses limites, quando ausentes causas de diminuição ou de aumento. Entendo que, tal como a pena máxima só deve ser fixada, nessa primeira fase da dosimetria, nos casos de maior lesividade que se possa conceber com a prática criminosa em julgamento, a aplicação da pena no mínimo legal também deve ser reservada para aqueles casos em que esteja caracterizada uma conduta mi-



nimamente suficiente para consumir o tipo penal, em que todas as circunstâncias judiciais sejam favoráveis, em situação que afaste a aplicação do princípio da insignificância mas também impeça punição mais severa do que a mínima prevista em abstrato. Noutras palavras: são os casos limítrofes da prática criminosa, quando o agente adentra a seara penal em conduta de reprovabilidade tal que configure, sem maior intensidade, os elementos da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade [...].

Portanto, mostra-se mais correta a adoção do termo médio como ponto de partida para o cálculo da pena.

O segundo tema a se tratar é o peso de cada circunstância na fixação da pena-base. Aqui, a questão é saber se há circunstâncias com peso maior que outras e como elas influem na pena-base.

Não há consenso doutrinário a respeito. Há quem entenda prevalecer a culpabilidade entre as circunstâncias do art. 59 do Código Penal. A sete outras circunstâncias se destinariam “a ajudar o juiz na aferição e na compreensão de todos os aspectos inerentes à imputabilidade, à potencial consciência da ilicitude e à exigibilidade de conduta diversa, em suma, de todos os aspectos inerentes à culpabilidade”¹³⁸

Contudo, a menção a todas as circunstâncias no mesmo artigo e sem hierarquia entre elas revela ser mais correto o entendimento segundo o qual elas devem ter o mesmo peso.

Qual peso, então, devem ter, ou seja, em que medida influem na fixação da pena-base?

Inicialmente, deve-se afastar a tese pela qual as circunstâncias aumentam ou diminuem a pena em montante fixo, independentemente do crime. Por exemplo, sempre aumentariam ou diminuiriam a pena em três meses. A depender do máximo e do mínimo previsto, a adoção

138 BOSCHI (2006, p. 225).



desse critério pode levar a que os extremos da moldura legal nunca sejam alcançados ou sejam superados (o que é vedado, nessa fase, pelo princípio da legalidade).

Com efeito, em um crime como o de homicídio simples, de pena de reclusão de seis a vinte anos, o máximo de aumento possível, de vinte e quatro meses, sendo desfavoráveis todas as circunstâncias, levaria à pena de quinze anos, em se partindo do termo médio (treze anos), ou de oito anos, em se partindo do mínimo; por outro lado, levaria à pena de onze anos, se se partisse do termo médio e fossem todas favoráveis as circunstâncias judiciais.

Em crimes de pena máxima ou mínima mais reduzidas, exemplificativamente de três meses a um ano, o critério levaria a aumentos desproporcionais. De fato, bastaria que três das circunstâncias fossem desfavoráveis para que se alcançasse a pena máxima, mesmo se partindo do mínimo legal.¹³⁹

Assim, a conclusão mais acertada é a de que as circunstâncias que sejam influentes devem ter o *quantum* calculado proporcionalmente às penas de cada tipo de crime. Nessa esteira, a lição da melhor doutrina:

[...] o valor de cada circunstância a ser analisada deve corresponder à divisão entre a escala da pena e o número de circunstâncias a analisar. Exemplificando mais uma vez com a hipótese de furto simples, em que a escala da pena, como vimos, é de três anos, sendo passíveis de análise todas as oito circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, o *quantum* de cada circunstância judicial equivalerá a quatro meses e quinze dias, que corresponde à divisão de três anos (trinta e seis meses) por oito.¹⁴⁰

139 CARVALHO NETO (2008, p. 104).

140 CARVALHO NETO (2008, p. 106).

A menção às circunstâncias “passíveis de análise” não é sem razão, porque uma, ou algumas delas, pode ser desinfluyente, isto é, neutra, no caso concreto.

Ademais, as circunstâncias judiciais, até pela abstração com que são previstas, são passíveis de graduação: podem ser mais ou menos favoráveis, mais ou menos desfavoráveis ou desinfluyentes. Então, essa graduação máxima, resultante da divisão da escala penal pelo número de circunstâncias influyentes, pode ou não ser atingida:

E se a circunstância não for *absolutamente* desfavorável ao réu, ou seja, se ela se encontram situação intermediária? Obviamente, o Juiz elevará a pena em *quantum* inferior a quatro meses e quinze dias, aproximando-se tanto mais deste limite quanto mais desfavorável ao réu for a circunstância.¹⁴¹

Uma conclusão de tudo quanto se disse é a de que, ao contrário de certo setor doutrinário, inexistente óbice ao aumento da pena até o máximo legal inclusive. Por óbvio, tanto o máximo como o mínimo, limites que são, aplicam-se a situações extremas, como consta do voto, acima transcrito, do relator da ação penal nº 470.

Importante lembrar que a aplicação da pena mínima não prescinde de fundamentação, devendo ser demonstradas as razões concretas para sua aplicação. Vem nesse sentido a lição doutrinária:

Também segundo uma consagrada tendência jurisprudencial, a nulidade não é reconhecida quando se tratar de pena no mínimo legal, ou então, diante de um vício de motivação, o tribunal simplesmente reduz a sanção àquele mínimo, sem decretar a invalidade da sentença.

141 Idem, p. 106 (grifos no original).

No entanto, esta última orientação, certamente sustentável à luz do princípio do prejuízo, que informa todo o sistema de nulidades (art. 563 do CPP), deixa de levar em conta um dado importante já ressaltado pela doutrina, qual seja a necessidade de se justificar igualmente a aplicação da pena no mínimo, pois a acusação também tem o direito de conhecer as razões pelas quais a sanção não foi exasperada, inclusive para poder eventualmente impugnar a sentença nesse ponto. Assim, ainda que a defesa não seja prejudicada, é inegável o prejuízo para a acusação. Ademais, essa linha de entendimento acaba por favorecer uma certa inércia dos juízes em relação ao dever de fundamentar esse ponto importante da acusação, preferindo-se, em geral, a imposição da pena menor, nem sempre mais adequada aos propósitos consagrados pelo legislador.¹⁴²

1.6.2 CÁLCULO DA PENA-PROVISÓRIA – CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES

Estabelece o Código Penal em seu art. 68 que, após a determinação da pena-base, já visualizada no tópico anterior, deve-se analisar a incidência de circunstâncias agravantes e atenuantes, fixando-se a denominada pena provisória, para, somente então passar-se à fixação da pena definitiva, na terceira e derradeira fase de cálculo da pena.

Inicialmente há que se considerar a presença de agravantes gerais, presentes na parte geral no Código Penal, em seus arts. 61 e 62, bem como a presença de circunstâncias agravantes em leis especiais.

Da mesma forma que para as agravantes, as atenuantes gerais são aquelas previstas nos arts. 65 e 66 do Código Penal, havendo ainda previsão de outras circunstâncias atenuantes em leis especiais.

Assim, tanto as atenuantes como as agravantes previstas na parte geral do Código Penal são aplicáveis a todos os fatos tipificados como

¹⁴² GOMES FILHO (2013, p. 180-181).

crime, incidindo estas tanto para os fatos previstos como crime na parte especial do Código Penal quanto para os tipos criminais previstos em leis especiais.

Todavia, aquelas circunstâncias agravantes previstas em leis especiais, serão aplicadas aos crimes tipificados nestas leis especiais. Aquelas circunstâncias atenuantes previstas em lei especial a princípio também se aplicarão, de regra, somente aos crimes previstos na lei especial, mas não de forma absoluta, uma vez que a enumeração das atenuantes, na parte geral, não são taxativas por força do disposto no art. 66, podendo, essas circunstâncias atenuantes, se preenchidas as condições desse dispositivo, serem aplicadas também a outros tipos penais.

Assim, em nosso sistema as circunstâncias atenuantes previstas na parte geral do Código Penal são indicativas, mas não taxativas, permitindo-se a abertura, nos termos do disposto no art. 66 do Código Penal, para considerar, quando da fixação da pena, a existência de circunstância atenuante inominada, descrita legalmente como aquela circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Embora este dispositivo permita a utilização de circunstância favorável e relevante não elencada em dispositivo legal, esta não poderá se constituir em circunstância fática já porventura utilizada em benefício do acusado na primeira fase de dosimetria da pena, isto é, circunstância apreciada utilizada no momento de definição da pena-base por força do art. 59 do Código Penal.

O reconhecimento de circunstâncias atenuantes, independentemente de sua relevância, não permitem que nesta fase de dosimetria seja a pena provisória fixada aquém do mínimo legal fixado de pena para o delito, matéria inclusive objeto da súmula nº 231 do STJ (“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”).



Como contraponto lógico, também há que se entender, mesmo sem a fixação de súmula sobre o tema, que o reconhecimento de circunstância agravante também não pode elevar a pena provisória a patamar superior ao máximo fixado para o crime.

A) CRITÉRIO DE CÁLCULO

Ao contrário das causas de aumento e de diminuição da pena em que há critérios determinados a serem observados (os quais serão aplicados na terceira e derradeira fase de cálculo da pena), para fixação do quanto de aumento ou diminuição de pena em razão das circunstâncias agravantes e atenuantes deixou o Código Penal a sua determinação para valoração a ser efetivada pelo julgador.

Essa definição pelo julgador, contudo, deve estar de acordo com os elementos presentes no processo, devendo ocorrer fundamentação adequada para a compreensão dos elementos que levaram à determinação do quantum de elevação ou de diminuição.

Nesse sentido as decisões judiciais:

5. Verifica-se que o quantum de aumento na fixação da pena-base (01 ano) revela-se proporcional e fundamentado, em se considerando a existência de dois antecedentes negativos e a pena abstratamente prevista para o delito em questão, que é a de reclusão de 02 (dois) a 06 (seis) anos.

6. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão da configuração de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais. (HC 281662/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 03/04/2014)

O quantum de acréscimo e de redução pelas circunstâncias agravantes e atenuantes deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena.
(HC 220392/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014)

10. Mesmo sendo discricionário ao juiz a fixação do quantum a ser atribuído à causa de aumento de pena, obedecidos aos parâmetros legais pré-determinados, não se exime o juiz da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis e distintos dos elementos da própria causa, que dêem suporte à sua valoração negativa.
(HC 275072/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

Portanto, a valoração das circunstâncias agravantes e atenuantes, respeitados os limites mínimos e máximos de pena, fica a cargo do Julgador, que deverá fundamentar as razões de sua valoração.

Há sustentação na doutrina de limitação do aumento ou diminuição a 1/6 da pena-base aplicada, utilizando-se como parâmetro para tal afirmação o limite mínimo de causa especial de aumento¹⁴³. Essa argumentação vem estribada em decisões do STF (HC 69392/SP, HC 69666/PR e HC 73.484-7/SP).

Todavia, da leitura da íntegra destes acórdãos, verifica-se que esse critério fracionário não resulta de intenso debate sobre o quantitativo de aumento por incidência de circunstância agravante, ou ainda de tomada de posição específica sobre para estabelecimento dessa fração de 1/6 como quantitativo de aumento. As referidas decisões limitam-se a manter os acórdãos recorridos, entendendo inaplicável a sua reforma

143 KUEHNE (2000, p. 187); BOSCHI (2013, p. 240).



por estarem devidamente fundamentadas à dosimetria aplicada sendo o quantitativo razoável:

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE DE QUE RESULTOU INCAPACIDADE PARA AS OCUPAÇÕES HABITUAIS, POR MAIS DE TRINTA DIAS. CÓDIGO PENAL, ART. 129, PAR.1, I. PERSONALIDADE DO RÉU: ELEMENTO VOLTADO A PRÁTICA DELITIVA, E REINCIDENCIA. PENA DE TRES ANOS E SEIS MESES DE RECLUSÃO, SENDO PENA-BASE ESTABELECIDADA EM TRES ANOS, UM POUQUO ACIMA DO MINIMO. CÓDIGO PENAL, ARTS. 59, 61, I, E 68. ACRÉSCIMO DE SEIS MESES PELA REINCIDENCIA. FIXAÇÃO DA PENA QUE NÃO VIOLA DISPOSITIVOS LEGAIS. MOTIVAÇÃO DA PENA-BASE. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

HC 69666, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 15/09/1992, DJ 19-03-1993 PP-04279 EMENT VOL-01696-01 PP-00131

Já para José Paulo Baltazar Jr., ao lado deste critério de fração de 1/6 poderia ser adotado como parâmetro o critério definido no Código Penal de 1969, à míngua de outro critério legalmente estabelecido:

O *quantum* do aumento não é determinado pela lei. O CP de 1969 previa que se desse na ordem de um quinto a um terço da pena-base, o que pode ser adotado como parâmetro¹⁴⁴.

Considerando que o Código Penal entendeu por não indicar tarifação específica, faixas ou frações de quantitativos para incidência das agravantes e atenuantes, optando por deixar os limites

¹⁴⁴ BALTAZAR JÚNIOR (2007, p. 165).

valorativos ao critério judicial, pensar em limitar a aplicação de fração única no patamar de 1/6, sem apreciação da intensidade e relevância, no caso concreto, das agravantes e atenuantes parece violar não somente a disposição legal específica, mas também os critérios de isonomia e proporcionalidade.

Entender que se deva, por exemplo, fazer incidir 1/6 em face da reincidência, não importando se ocorra uma só condenação anterior que leve à constatação de reincidência, ou, ainda, se presentes inúmeras condenações anteriores que levam à reincidência, seria colocar situações distintas em pé de igualdade, não individualizando adequadamente a pena.

B) APLICAÇÃO ÚNICA

A incidência do quantitativo de aumento ou de diminuição ocorre em aplicação única, nesta segunda fase, levando à necessidade de maior fundamentação judicial quando presentes cumulativamente circunstâncias agravantes e atenuantes, buscando permitir a exata compreensão e aferição dos critérios judiciais utilizados no caso concreto, inclusive no que se refere ao reconhecimento de preponderância e compensação de circunstâncias (atenuantes e agravantes).

C) PREPONDERÂNCIA

O Código Penal definiu a preponderância como critério a ser empregado na apreciação de situações em que haja concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 67).

Para tanto, o Código Penal indicou como preponderantes aquelas circunstâncias que se referem aos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

São comumente aceitas como circunstâncias relativas aos motivos aquelas agravantes indicadas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do art. 61, bem

como a circunstância prevista no art. 62, IV, e ainda, como atenuante, a prevista no art. 65, III, alínea 'a'.

A menoridade vem sendo indicada como circunstância preponderante na condição de personalidade do agente.

A determinação da preponderância toma relevo uma vez que, nesta fase, a aplicação do aumento ou diminuição realizar-se em incidência única. Assim, deve o julgador, fundamentadamente, determinar as circunstâncias agravantes e atenuantes presentes no fato, bem como indicar aquelas que sejam preponderantes nos termos legais, para somente então definir a fração única de aumento ou diminuição, fração essa que incidirá sobre a pena-base antes fixada.

D) DUPLA REINCIDÊNCIA

Havendo duas ou mais condenações definitivas pretéritas, a boa técnica recomenda que se utilize uma das situações de reincidência quando da fixação da pena-base na condição de antecedente (art. 59 do Código Penal), e as demais¹⁴⁵ na fixação da pena provisória por meio da sua consideração como circunstância agravante preponderante – reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal):

4. Se o réu ostenta mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal. O que não se admite, sob pena de *bis in idem*, é a valoração de um mesmo fato em momentos diversos da aplicação da pena, circunstância esta não evidenciada na hipótese. Precedentes.

¹⁴⁵ É possível agravar a pena proporcionalmente à reincidência plúrima, não havendo problema nesse aumento se houver mais de uma condenação.

(HC 281662/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 03/04/2014)

Refira-se que não há distinção, para se determinar a reincidência, quanto à natureza do crime anterior, inclusive se doloso ou culposo, ou natureza da pena efetivamente aplicada, ou se aplicada pena substitutiva. A reincidência somente não se opera se o crime anterior se constitua em delito militar ou político.

1.6.3 CÁLCULO DA PENA DEFINITIVA – CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E DE AUMENTO

Na aplicação das causas de diminuição e de aumento, poderá haver uma multiplicidade de operações, uma vez que o cálculo se dará por operações sucessivas.

Assim, a primeira modificação incidirá sobre o *quantum* de pena provisória, obtendo-se um novo quantitativo de pena, diminuída ou aumentada, aplicando-se da mesma forma as demais causas de diminuição ou causa de aumento, sucessivamente, até fazer incidir todas as causas de aumento ou diminuição presentes para o caso específico (excetuando-se a situação previsão do parágrafo único do art. 68).

Nessa fase de fixação da sanção criminal, a pena final obtida pode resultar em valor inferior ao mínimo legal estabelecido para o crime, ou ainda, em quantitativo superior ao máximo legal também estabelecido.

Não se permite nesta fase, contudo, a aplicação do critério de compensação (admitido quando da análise de incidência das circunstâncias agravantes e atenuantes), devendo incidir nessa fase, sucessivamente, todas as causas de aumento ou diminuição previstas na parte geral do Código Penal e aquelas previstas na parte especial ou em leis especiais, nos termos do parágrafo único do art. 68, conforme a seguir descrito.

A norma do parágrafo único do art. 68 indica a possibilidade de o juiz, quando considerar as causas de aumento ou diminuição previstas



na parte especial ou em leis especiais, limitar-se a utilizar uma só causa de aumento e uma só causa de diminuição, devendo prevalecer respectivamente a causa que mais aumente e aquela que mais diminua.

Assim, havendo causa de aumento na parte especial e causa de diminuição na parte especial, serão ambas aplicadas cumulativamente; havendo mais de uma causa de aumento e/ou mais de uma causa de diminuição, deverá o juiz definir a causa de aumento e/ou a causa de diminuição que deve respectivamente prevalecer.

Constatando-se duas causas de aumento previstas na parte especial, uma solução que se abre é a utilização de uma delas como agravante, se prevista como circunstância agravante, e a outra como causa especial de aumento, fazendo com que estas incidam nas distintas fases de fixação da pena.

A) CONCURSO DE CRIMES

A aplicação das regras pertinentes ao crime continuado e ao concurso formal ocorrerá após a definição da pena definitiva, operando-se o cálculo destes acréscimos por último.

Consoante decisão do Superior Tribunal de Justiça, não ocorre “*bis in idem* na dupla majoração da pena, pelo crime continuado e pelo concurso formal”:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIMES DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONDENAÇÃO DA PACIENTE CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. INTERROGATÓRIO. AUSÊNCIA DE ELABORAÇÃO DE PERGUNTAS DA DEFESA DA PACIENTE À CORRÉ. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES.

ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE ACENTUADA. VULTOSO PREJUÍZO AO ERÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. CRIME CONTINUADO E CONCURSO FORMAL. *bis in idem*. INOCORRÊNCIA. QUATRO INFRAÇÕES. PERCENTUAL DE AUMENTO. ILEGALIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. [...]

6. Não há *bis in idem* na dupla majoração da pena, pelo crime continuado e pelo concurso formal. Na espécie, em uma única ação, a Paciente elidiu contribuições sociais previdenciárias e tributos que eram devidos por sua empresa mediante omissão de receitas e apresentação de falsa declaração de inatividade, entre 1999 e 2003. 7. Considerando que foram praticadas 04 condutas delitivas mostra-se adequado o acréscimo pela continuidade na fração de 1/4 (um quarto). É firme a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que o aumento operado em face da continuidade deve levar em conta o número de infrações cometidas. 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para redimensionar o aumento pela continuidade delitiva, restando a Paciente condenada à pena de 03 anos, 03 meses e 11 dias, mantido o regime semiaberto imposto pelas instâncias ordinárias, e determinar que o Juízo das Execuções competente analise a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

(HC 238.262/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 28/03/2014)

B) QUALIFICADORAS

As qualificadoras não se confundem com as causas de aumento, uma vez que aquelas alteram as penas, mínima e máxima, cominadas ao delito, sendo a definição de sua presença realizada antes da fixação da pena-base.

Dessa forma, constatada a presença de mais de uma circunstância que possa qualificar o delito, deve o julgador utilizar como qualificadora aquela circunstância não prevista como agravante, deixando para utilizar a circunstância qualificadora também prevista como agravante na segunda fase de dosimetria da pena, quando da definição da pena provisória.

Havendo mais de uma qualificadora sem que elas estejam previstas também como circunstância agravante, o julgador deve utilizar uma delas para qualificar o delito, devendo empregar a subsequente, à míngua de sua previsão como agravante, como circunstância judicial do art. 59, empregando-a naquela circunstância em que melhor se conforme.

Nesse sentido é o posicionamento do STJ:

7. A Quinta Turma desta Corte já se manifestou no sentido de que, diante do reconhecimento de mais de uma qualificadora, somente uma enseja o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes, na hipótese de previsão legal, ou, de forma residual, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal.

(HC 220526/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

Utilizando-se esse critério, evita-se a duplicidade de utilização da mesma circunstância, efetivamente existente, em fases distintas do cálculo da pena, não majorando a pena pela valoração da mesma

circunstância em momentos distintos (evitando-se o *bis in idem*), mas tampouco deixa-se de utilizar todas as circunstâncias legalmente previstas de forma a que se tenha efetiva e proporcional individualização da pena.



CAPÍTULO 2

DOSIMETRIA DOS CRIMES EM ESPÉCIE

Passa-se agora à análise de questões pertinentes aos crimes mais recorrentes na atuação do Ministério Público Federal.

2.1 DOSIMETRIA DA PENA NO CRIME DE ESTELIONATO

Na dosimetria da pena relativa a tal crime, devem ser considerados, entre outros, os seguintes fatores na análise das circunstâncias judiciais: os meios empregados para a fraude, o período de percepção da vantagem indevida, o valor da vantagem indevida e do prejuízo alheio.

A jurisprudência pátria entende que o elevado valor do prejuízo, o longo período de manutenção em erro e o recebimento da vantagem indevida por largo lapso temporal constituem circunstâncias e consequências do crime que determinam o incremento da pena-base. Nesse sentido, transcrevem-se os seguintes julgados do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO 1. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. 2. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 3. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PREJUÍZO DE GRANDE MONTA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 4. REGIMENTAL IMPROVIDO.[...].



3. Admite-se a consideração do montante do prejuízo para se valorar negativamente a circunstância judicial atinente às consequências do crime de estelionato, desde que se verifique a ocorrência de especial reprovabilidade, como na hipótese concreta.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 184.906/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 04/06/2014)

PENAL. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA EVIDENTE. 3. CRIME CONTINUADO. AUMENTO NO PATAMAR DE 2/3 (DOIS TERÇOS). CENTENAS DE CRIMES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 4. REGIME SEMIABERTO. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]

2. A extensão dos prejuízos causados às vítimas é fundamento idôneo a justificar o aumento da pena-base, pois o dano verificado na espécie – R\$ 2.122.157,59 (dois milhões, cento e vinte e dois mil, cento e cinquenta e sete reais e cinquenta e nove centavos) – não é inerente ao tipo do art. 171 do Código Penal. Desse modo, a elevada lesão patrimonial justifica o maior rigor na fixação da pena na primeira etapa da dosimetria e coaduna-se com o princípio constitucional que determina a individualização da reprimenda. Precedentes.[...]

5. Habeas corpus não conhecido.

(STJ HC 184.816/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/07/2013) – grifos acrescidos

O Tribunal Regional da 1ª Região, no julgamento da apelação criminal nº 200536000130893, entendeu que: “[...] Quanto às consequências do crime, o prejuízo suportado pelo INSS justifica o aumento da pena-base para além do mínimo legal. [...]”¹.

No mesmo sentido, o Tribunal Regional da 2ª Região na apelação criminal nº 200451070005361, afirmou que:

[...] A manutenção da Autarquia Previdenciária em erro por longo período e o desvio de quantia expressiva dos cofres públicos autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, nos termos do artigo 59 do Código Penal, uma vez que as circunstâncias e as consequências do crime revelam uma maior potencialidade lesiva. [...]².

Igual entendimento foi adotado pelo Tribunal Regional da 2ª Região na apelação criminal nº 200851018147406:

[...] Mesmo que as circunstâncias judiciais tenham sido, em sua maioria, favoráveis ao réu, fato é que a fixação da pena-base acima do mínimo legal encontra suporte nas consequências do delito, consubstanciado no lapso temporal

1 ACR 200536000130893, DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, TRF1 – QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA: 25/07/2014 PAGINA: 1253.

2 ACR 200451070005361, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 10/01/2014.

durante o qual o réu beneficiou-se indevidamente de benefício previdenciário e do valor auferido e desviado dos cofres públicos. [...]³.

Da mesma forma, o Tribunal Regional da 3ª Região aumentou a pena do delito de estelionato sob o argumento de que: “[...] as consequências do crime foram funestas para a combalida Previdência Social, instituto que ampara toda a sociedade, cujo prejuízo foi de grande monta (R\$ 35.086,79). [...]”⁴. O Tribunal proferiu decisão no mesmo sentido no processo nº 00019823820054036181⁵.

Constata-se que este é o posicionamento consolidado dos Tribunais Regionais Federais, como se verifica nos julgados ACR 200851170015990⁶, ACR 00005029320034036181⁷, ACR 200883000169250⁸, ACR 200751018124682⁹, ACR

3 ACR 200851018147406, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 19/12/2012.

4 ACR 00009714220034036181, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA – 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/11/2013. FONTE_REPUBLICACAO.

5 “As consequências do crime foram funestas para a combalida Previdência Social, instituto que ampara toda a sociedade” (ACR 00019823820054036181, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 14/05/2013).

6 “[...] A pena-base foi fixada em patamar acima do mínimo legal, tendo sido plenamente justificada na consequência altamente danosa do delito, qual seja, a percepção de vultosa vantagem econômica R\$ 171.552,62 durante longo período, mostrando-se plenamente adequada ao caso concreto”. [...] (ACR 200851170015990, Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data:02/03/2012 – Página: 11.)

7 “[...] Em que pese tal entendimento, tendo em vista o elevado valor do débito previdenciário, apurado em R\$ 25.994,93 (vinte e cinco mil e novecentos e noventa e quatro reais e noventa e três centavos), considera-se como desfavorável a circunstância de consequência do crime prevista no art. 59 do Código Penal, merecendo a pena-base ter posicionamento acima do mínimo legal também condizente com os fins da pena, a prevenção e reparação do crime, a censurabilidade e intensidade do dolo perpetrados na conduta que se prolongou por três anos em desfalque à combalida Previdência Social. [...]” (ACR 00005029320034036181, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 14/02/2013. FONTE_REPUBLICACAO)

8 “[...] A reprovabilidade e a motivação da conduta praticada revelam-se inerentes à tipicidade penal, sendo valorada negativamente a circunstância relativa às consequências no cometimento do crime, considerando o prejuízo causado ao INSS, em valor superior a cento e trinta mil reais, durante o período da fraude. [...]” (ACR 200883000169250, Desembargador Federal José Eduardo de Melo Vilar Filho, TRF5 – Segunda Turma, DJE – Data: 25/03/2013 – Página: 334.)

9 “[...] Mesmo que as circunstâncias judiciais tenham sido, em sua maioria, favoráveis ao réu, a fixação da pena-base acima do mínimo legal encontra suporte se as consequências e as

00042445820054036181¹⁰, ACR 00068043820044036106¹¹, ACR 00072457220074036119¹².

Contudo, os Tribunais entendem que para o valor do prejuízo ser considerado como circunstância judicial negativa, deve ser ultrapassada a reprovabilidade normal do tipo, pois o prejuízo constitui elemento ínsito ao crime de estelionato. Nesse diapasão, decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgRg no AREsp 184.906/DF (acima transcrito) e do AgRg no Resp 1219899/RJ:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL.
ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. DOSIMETRIA.
CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. MANUTENÇÃO

circunstâncias do delito forem desfavoráveis, consubstanciadas no lapso temporal durante o qual o réu beneficiou-se indevidamente de benefício previdenciário e do valor auferido e desviado dos cofres públicos”. (ACR 200751018124682, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 13/12/2012.).

- 10 “[...] as consequências do crime são razoavelmente graves, uma vez que os valores pagos indevidamente totalizam, em 03/04, R\$ 93.564,44, os quais, ao que tudo indica, não foram ressarcidos ao INSS” (ACR 00042445820054036181, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 – PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2012 .FONTE_REPUBLICACAO.)
- 11 “[...] Examinada a pena imposta, tenho que razão assiste ao Ministério Público Federal em relação à necessidade de aumento da pena-base, sobretudo, em razão das consequências do delito de estelionato praticado: a gravidade maior do dano causado pelo crime, o prejuízo de grande monta sofrido pela vítima no valor de R\$129.138,88 (cento e vinte e nove mil, cento e trinta e oito reais e oitenta e centavos), relevando-se o fato de que o réu nada fez para ressarcir os valores ilícitamente auferidos, como destacou o MM. Juiz”. (ACR 00068043820044036106, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA – 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2013 .FONTE_REPUBLICACAO.)
- 12 “[...] O alto grau de reprovabilidade da conduta ante a desenvoltura profissional utilizada nas fraudes previdenciárias, bem assim a personalidade do acusado sem travas morais – aqui se está a considerar os antecedentes desabonadores desprovidos de condenação definitiva- e as consequências deletérias do crime, haja vista o prejuízo causado aos cofres públicos, na cifra de R\$ 64.882,69 (sessenta e quatro mil, oitocentos e oitenta e dois reais e sessenta e nove centavos) justificam a elevação da pena-base para 02 (dois) anos de reclusão”. (ACR 00072457220074036119, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSE LUNARDELLI, TRF3 – PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/08/2013 .FONTE_REPUBLICACAO.)

DA VALORAÇÃO NEGATIVA. VIOLAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. Admite-se, excepcionalmente, a consideração do montante do prejuízo para se valorar negativamente a circunstância judicial atinente às consequências do crime de estelionato previdenciário, desde que se verifique a ocorrência de especial reprovabilidade na hipótese concreta. Precedente.

2. Segundo a Corte de origem, o prejuízo causado pela conduta da recorrente supera R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), razão pela qual se admite o incremento na pena-base considerando-se as consequências do delito.[...]

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1219899/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 06/03/2014)

O Tribunal Regional da 2ª Região, no julgamento da apelação criminal nº 200950010064642¹³, ressaltou que o prejuízo aos cofres públicos só pode ser utilizado para aumentar a pena-base quando exceder a reprovabilidade inerente ao delito.

Nessa mesma linha, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu que:

[...] O prejuízo sofrido pela empresa pública não avulta montante exacerbado, de forma a ensejar a fixação de pena acima do patamar mínimo legal. Comparação analógica ao critério utilizado para a

13 “[...]A conduta social e as consequências do crime não devem ser consideradas desfavoráveis à acusada, uma vez que inexistem nos autos elementos que permitam avaliar a conduta social do agente e o prejuízo gerado aos cofres públicos constitui elemento inerente ao crime de estelionato, não tendo sido ultrapassada, no caso dos autos, a reprovabilidade normal do tipo a justificar nova valoração no momento da fixação da pena. 3 – Recurso de apelação parcialmente provido, para reduzir a pena-base imposta à acusada.” (ACR 200950010064642, Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 29/06/2012 – Página: 92.)

aplicação do princípio da insignificância para determinados crimes em que figura como vítima a Fazenda Pública (art. 1º, II, da Portaria Ministerial nº 75/2012 do Ministério da Fazenda) [...]¹⁴.

Por sua vez, o Tribunal Regional da 4ª Região tem acórdão adotando o valor de R\$ 100 mil como parâmetro para aferição do prejuízo como consequência negativa do crime¹⁵.

O Superior Tribunal de Justiça entende que a ausência de reparação do dano deve ser valorada de forma negativa:

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA JÁ JULGADA POR ESTA TURMA. DOSIMETRIA DA PENA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO QUE JUSTIFICAM O AUMENTO DA PENA-BASE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSE PONTO, DENEGADA.

[...]

2. Há fundamentação válida para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, pois foram consideradas, concretamente, consequências que extrapolam o tipo previsto no art. 173, § 3.º, do Código Penal, pois, além do prejuízo causado pelo recebimento ilegal de auxílio-doença entre 05/04/95 a 05/05/97, não agiu o Paciente no sentido de ressarcir a Previdência.

14 ACR 00040214320084036103, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 – SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 13/12/2012 .FONTE_REPUBLICACAO.

15 “[...]4. Esse Colegiado tem como critério, para permitir a valoração negativa das consequências do crime a presença de um prejuízo ao Erário maior do que R\$100.000,00 (cem mil reais), a exemplo das ACRs 2002.71.07.013022-0 (Rel. Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, DJU 22-11-2006), 2007.72.08.002723-5 (Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, DE 30-4-2010) e 2006.70.00.031205-1/PR (de minha relatoria, DE 18-3-2011). No caso, o dano suportado pela União foi abaixo desse patamar, devendo ser afastada a desfavorabilidade dessa circunstância. [...]” (TRF4, ACR 5023341-84.2011.404.7000, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Victor Luiz dos Santos Laus, juntado aos autos em 08/01/2014)

3. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nesse ponto, denegada. (HC: 222790, LAURITA VAZ, STJ – QUINTA TURMA, DJ DATA: 17.09.2013)

CRIMINAL. HC. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO. DIVERGÊNCIA DO QUANTUM DA REPRIMENDA EM RELAÇÃO CO-RÉU. DIVERSIDADE DE SITUAÇÕES PENAIS. ASPECTOS QUE NÃO SÃO INERENTES AO TIPO PENAL. ORDEM DENEGADA. A pena imposta ao paciente foi fundamentadamente fixada, com base na devida análise das circunstâncias judiciais pertinentes e em obediência aos critérios de lei Magistrado singular proceder à ressalva dos motivos que levaram ao indigitado quantum da pena-base aplicada ao paciente, considerando, diferentemente do co-réu, a personalidade voltada para a prática criminosa, a não-reparação do dano, bem como o fato de ser funcionário da Instituição pública lesada – que não são inerentes ao tipo penal. [...] Ordem denegada. (HC 200301056053, GILSON DIPP, STJ – QUINTA TURMA, DJ DATA:29/09/2003 PG:00302 .DTPB)

O Tribunal Regional da 3ª Região também adotou tal orientação na apelação criminal nº 00068043820044036106¹⁶.

16 “[...]Examinada a pena imposta, tenho que razão assiste ao Ministério Público Federal em relação à necessidade de aumento da pena-base, sobretudo, em razão das consequências do delito de estelionato praticado: a gravidade maior do dano causado pelo crime, o prejuízo de grande monta sofrido pela vítima no valor de R\$129.138,88 (cento e vinte e nove mil, cento e trinta e oito reais e oitenta e centavos), relevando-se o fato de que o réu nada fez para ressarcir os valores ilícitamente auferidos, como destacou o MM. Juiz. Ainda assim, entendeu o D. Julgador que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal são favoráveis ao réu e, por ocasião do exame das consequências do crime, consignou remanescer o prejuízo dos saques efetuados, já que os réus não providenciaram a devolução da quantia indevidamente sacada ao tempo dos fatos. 16.A pena mínima não atende aos fins de prevenção e reparação do crime, razão pela qual, merece ser estabelecida a pena acima do mínimo legal”. (ACR 00068043820044036106, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA – 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2013 .FONTE_REPUBLICACAO.)

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu que o prejuízo a programas sociais ou ao Sistema Único de Saúde determina a elevação da pena-base, em razão da culpabilidade e das consequências do crime:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. ART. 171, § 3º, C/C O ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO PENAL DEMONSTRADOS. CRIME TENTADO. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

[...]

3. A pena-base foi fixada, com acerto, em patamar superior ao mínimo legal (dois anos de reclusão e setenta e cinco dias-multa – fl. 542), havendo o MM. Juízo Federal sentenciante apontado que “O modo de operação denota uma maior culpabilidade, bem acima da média verificada nessa espécie de delito, já que a ré agiu aproveitando a sua habilitação em programa destinado a promover o acesso da população a medicamentos com custo reduzido, o que indica uma maior reprovação social [...]” (fl. 542).

[...]

5. Sentença mantida. Apelação desprovida.

(ACR, DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, TRF1 – QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA: 28/05/2014 PAGINA: 218.)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO QUALIFICADO. SUS. CP, ART. 171, § 3º, C/C ART. 71. MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. AUTORIA E DOLO. DEMONSTRAÇÃO EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO APELANTE. DOSIMETRIA. PERTINÊNCIA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO E CAUSA DE



AUMENTO PREVISTA NO § 3º. *bis in idem*. NÃO CONFIGURAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANO. CPP, ART. 387, IV. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS SEVERA. AFASTAMENTO DE OFÍCIO. SEGUNDO APELANTE. PROVA DA PARTICIPAÇÃO NO CRIME. AUSÊNCIA. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO. CPP, ART. 386, V.

[...]

5. Quanto às consequências do crime, entendeu o magistrado que são desfavoráveis ao acusado pois a fraude contribuiu para o recrudescimento da precariedade dos estabelecimentos públicos destinados à promoção de valor de envergadura constitucional, no caso, a saúde. Como bem observado no opinativo ministerial, “Tal circunstância do crime, analisada pelo prisma do art. 59 do Código Penal, não guarda relação com a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do Código Penal, que se refere à pessoa jurídica lesada pela conduta”, no caso, entidade de direito público. Alegação de *bis in idem* rejeitada.

[...]

(ACR 0005340-39.2005.4.01.3700 / MA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, QUARTA TURMA, e-DJF1 p.314 de 19/04/2013)

O Tribunal Regional da 2ª Região expressamente ressaltou que a aplicação da causa de aumento do § 3º do art. 171 do Código Penal não obsta o aumento de pena em razão do período e valor do prejuízo:

APELAÇÃO PENAL. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. ARTIGO 171, §3º, CP. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FRAUDE NOS VÍNCULOS EMPREGATÍCIOS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA

PENA NA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. *bis in idem*. INEXISTÊNCIA.

I – A causa de aumento de pena prevista no artigo 171, §3º, do CP, leva em consideração a pessoa da vítima, ou seja, a entidade de direito público contra a qual é cometido o crime de “estelionato previdenciário”, não se constituindo *bis in idem* a majoração da pena-base com o fundamento no lapso temporal no qual o réu beneficiou-se indevidamente de benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição, bem como no vultoso valor auferido e desviado durante esse período.

II – Apelação desprovida.

(ACR 200651170048895, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 19/12/2012.)

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não pode ser considerado para elevar a pena-base o fato do delito ter sido perpetrado contra entidade de direito público, por constituir *bis in idem* com a causa de aumento do § 3º, do art. 171, do CP. Contudo, efetuou a majoração da pena em razão do intuito de obtenção de voto:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO PRATICADO EM DETRIMENTO DE ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE.DECISÃO QUE REFORMOU, EM PARTE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, PARA DESCONSIDERAR AS AÇÕES PENAIS EM CURSO, NA VALORAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO, EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. REVISÃO DA

DOSIMETRIA DA PENA, EM HABEAS CORPUS. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, CIRCUNSTÂNCIAS, CONSEQUÊNCIAS E MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA, APENAS EM RELAÇÃO AOS MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

II. Hipótese em que, ao paciente, condenado como incurso no art. 171, § 3º, do Código Penal, foi fixada pena-base acima do mínimo legal, em virtude da valoração negativa da culpabilidade, antecedentes, conduta social, circunstâncias, consequências e motivos do crime.

III. A decisão agravada afastou apenas as ações penais em curso, na valoração dos antecedentes criminais, redimensionando a pena-base.

IV. Contudo, as circunstâncias judiciais da culpabilidade, conduta social e consequências do delito também devem ser excluídas, por ausência de fundamentação idônea.

V. A simples alegação de o réu apresentar culpabilidade em grau máximo, dissociada de elementos concretos, não autoriza a elevação da pena-base acima do mínimo legal.

VI. A obtenção de vantagem ilícita, em detrimento de entidade de direito público é ínsita ao tipo penal, previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, pelo que a sua consideração, para majorar a pena-base, constitui evidente bis in idem. As consequências do delito – prejuízo aos cofres públicos – são normais à espécie.

VII. Porém, as circunstâncias judiciais relativas aos motivos do crime – garantir o voto de eleitor – e as circunstâncias do crime – aproveitar-se do fato de ser um homem público, para obter vantagem ilícita para outrem – constituem fundamentos aptos a

elevar a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido comprovado que o paciente, com o intuito de obter voto de eleitor, intermediou, junto ao INSS, o recebimento de aposentadoria, utilizando-se de documentos falsos, peculiaridade que deve ser levada em consideração, na individualização da pena.

VIII. Agravo parcialmente provido, para, redimensionando a pena-base, estabelecer a sanção definitiva do paciente em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão – a ser cumprida em regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, além do pagamento de 53 (cinquenta e três) dias-multa, mantida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, devendo a prestação de serviços à comunidade ser cumprida pelo mesmo período da condenação.

(STJ AgRg no HC 173.792/RR, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 08/04/2013)

O Superior Tribunal de Justiça, no Ag 1408061/RN, além do elevado prejuízo à vítima, considerou a audácia do agente, a premeditação do delito e a arquitetura das fases do crime para elevar a pena-base acima do mínimo legal:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO CONCRETAMENTE FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

1. A audácia do agente, a premeditação do delito e a arquitetura de todo o iter criminis, bem como o elevado prejuízo à vítima,



não constituem características do próprio tipo penal, justificando a elevação da pena-base acima do mínimo legal.

2. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis permite que as instâncias ordinárias indefiram a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por considerarem não ser a medida socialmente recomendável.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ AgRg no Ag 1408061/RN, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/07/2013)

No julgamento do HC 79474, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a engenhosidade empregada na fraude confere maior reprovabilidade à conduta, bem como que as conseqüências que atingem terceiros, além da vítima patrimonial, autorizam o aumento da pena-base. Vale transcrever o seguinte trecho do voto da Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura:

Em relação ao suposto dolo intenso, arquitetando-se o plano em prejuízo da vítima, nota-se que o magistrado de primeiro grau indicou que o comportamento do paciente teria sido marcado por reprovabilidade acentuada. Cuidou-se de um estelionato perpetrado por meio de *modus operandi* dotado de considerável sofisticação. Na hipótese, engendrou-se a *mise-en-scène* servindo-se de vários aspectos logísticos, como o emprego de documento falso e a utilização de conta bancária de terceira pessoa que, enganada, não sabia da empreitada criminosa.

Por fim, resta analisar as conseqüências do delito. De fato, não foram elas apenas as ordinárias, com o advento do prejuízo para a vítima, a empresa financeira. Outras pessoas acabaram por ser tragadas para

o palco delitivo. Saliente-se que os vendedores do carro tiveram o respectivo documento retido pelos acusados. Por outro lado, foram utilizados indevidamente os nomes da pessoa cujo documento de identidade havia sido subtraído e da titular da conta, na qual se operou o depósito e posterior saque do objeto do estelionato.

Constata-se, assim, que a fixação da pena-base do estelionato em dois anos encontra-se devidamente fundamentada, não merecendo reparos. (HC: 79474, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ – SEXTA TURMA, DJ DATA: 26.08.2008)

O Tribunal Regional da 3ª Região também considera que a desenvoltura profissional utilizada nas fraudes pelo criminoso denota alto grau de reprovabilidade da conduta, permitindo o aumento da pena-base¹⁷.

O Superior Tribunal de Justiça possui decisão em que reconheceu que a organização da atividade criminosa denota maior culpabilidade e que a prática reiterada de golpes indica conduta social negativa:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL E PENAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. ESTELIONATO. DOSIMETRIA DA PENA. OFENSA AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. ART. 44,

17 “[...] O alto grau de reprovabilidade da conduta ante a desenvoltura profissional utilizada nas fraudes previdenciárias, bem assim a personalidade do acusado sem travas morais – aqui se está a considerar os antecedentes desabonadores desprovidos de condenação definitiva – e as conseqüências deletérias do crime, haja vista o prejuízo causado aos cofres públicos, na cifra de R\$ 64.882,69 (sessenta e quatro mil, oitocentos e oitenta e dois reais e sessenta e nove centavos) justifica a elevação da pena-base para 02 (dois) anos de reclusão”. (ACR 00072457220074036119, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSE LUNARDELLI, TRF3 – PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/08/2013 .FONTE_REPUBLICACAO.)

INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.[...]

3. O nível de organização da atividade criminosa, conforme acentuado pelas instâncias ordinárias, demonstra um grau elevado de culpabilidade, justificando o aumento da pena-base.

4. Da mesma forma, comprovou-se que a interação dos Acusados com a sociedade pautava-se pela aplicação de golpes, atividade que exerciam com habitualidade, atingindo, inclusive, pessoas de seu círculo íntimo de convivência. Assim, correta a valoração negativa da conduta social.[...]

8. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 379.603/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013)

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu que a pena pode ser fixada acima do mínimo legal quando o agente proporcionou a obtenção de vários benefícios previdenciários fraudulentos a pessoas que trabalhavam na mesma empresa, denotando personalidade voltada para a prática de crimes contra a Previdência Social¹⁸.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região possui acórdãos reconhecendo que o elevado grau de instrução e a profissão exercida devem ser sopesados negativamente na culpabilidade do agente:

PENAL – CRIME DE ESTELIONATO. PRESCRIÇÃO. MOMENTO INOPORTUNO. AUTORIA E MATERIALIDADE

18 “[...] Na primeira fase, a pena restou fixada pelo Juiz sentenciante acima do mínimo legal, em 02 (dois) anos de reclusão, ao fundamento de que o réu demonstrou, em parte de sua vida, ter personalidade voltada para a prática de crimes contra a Previdência Social, em favor de terceiros que trabalhavam na mesma empresa, tendo inúmeras ações penais por fatos semelhantes, fator ponderado ao exame das circunstâncias subjetivas previstas no art. 59 do Código Penal”. (ACR 00014152820024036111, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/12/2012 .FONTE_REPUBLICACAO.)

COMPROVADAS. DOLO CONFIGURADO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NÃO COMPROVADA. CRIME PERMANENTE. CULPABILIDADE E CONSEQUENCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS AO RÉU. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, INC. I, DO CP. PARCIAL PROVIMENTO DAS APELAÇÕES PARA REFORMAR A SENTENÇA NO TOCANTE À DOSIMETRIA DA PENA .

V- a culpabilidade do acusado também merece uma maior reprovação, eis que de forma consciente e voluntária manteve a União em erro por período razoável, ao deixar de comunicar o óbito de sua genitora, com o fito de receber a pensão a esta pertencente, quando reunia ele todas as possibilidades de atuar corretamente, segundo as leis, considerando seu grau superior de instrução como advogado. [...]

X – Recursos de apelação parcialmente providos.

(ACR 200951018053260, Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO, TRF2 – PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 08/05/2013.)

PENAL. ESTELIONATO. SAQUE. PROCURAÇÃO FRAUDULENTA. TENTATIVA. EMENDATIO LIBELLI. NULIDADE. CRIME IMPOSSÍVEL. DOSIMETRIA. [...]

3. Avaliando os aspectos abordados na dosimetria, considero apenas que o magistrado se valeu de elementos intrínsecos ao tipo de estelionato (egoísmo e ambição para sacar quantia relevante) para a valoração negativa dos motivos e circunstâncias do crime na fixação da pena base. As demais circunstâncias observadas pelo magistrado justificam o aumento – embora em menor grau – da pena-base, mormente considerando que, ainda que não haja elementos que delineiem a certeza de que foi o acusado o autor da

assinatura aposta na procuração, ele seria o principal beneficiário da fraude e que se trata de pessoa cuja profissão permite uma maior compreensão do caráter ilícito da conduta levada a efeito.[...]

5. Apelação da defesa parcialmente provida e apelação ministerial desprovida.

(ACR 200651050009990, Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 17/09/2012 – Página: 51.)

No mesmo sentido decidiu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

PENAL E PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. ART. 171, PARÁGRAFO 3º DO CP. SEGURO-DESEMPREGO. DEFESO DA LAGOSTA. DECLARAÇÃO FALSA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 21 DO CP PARA O RÉU-APELANTE. APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO. ALTERAÇÃO NA DOSIMETRIA DA PENA DO RÉU NÃO APELANTE: CULPABILIDADE ELEVADA E CONTINUIDADE DELITIVA. FIXAÇÃO DO VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS. IMPOSSIBILIDADE. [...]

2. Reconhecimento da elevada culpabilidade do acusado Manoel Matias de Souza em virtude de sua formação universitária no curso de Pedagogia e por exercer atividade de professor na rede pública municipal.

(ACR 200884000088135, Desembargador Federal Edílson Nobre, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 21/06/2012 – Página: 726.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO CONTRA ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO (ART. 171, PARÁGRAFO 3º, DO CP), EM CONTINUIDADE DELITIVA. REDUÇÃO DA

PENA-BASE. NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. NÚMERO DE DIAS-MULTA. PROPORÇÃO COM A PENNA DE RECLUSÃO. [...]

2. Na primeira fase da dosimetria, merece desvalor apenas a circunstância relativa à culpabilidade, reformando-se a sentença na parte em que considerou desfavoráveis ao apelante os antecedentes, a personalidade e as consequências do crime. 3. Na qualidade de contador, o apelante, com o fito de proceder a falsificações em CTPS's, utilizou-se do status que gozava decorrente da sua atividade profissional para arremeter pessoas ao seu escritório, além de ter utilizado documentos de empresas nas quais já havia trabalhado para realizar as fraudes. Ademais, assumiu a posição de mentor intelectual da empreitada criminosa. Sobre suas condutas, pois, incide reprovação social de grau bastante elevado.

4. Em que pese a existência de uma ação penal em curso, este fato não pode ser utilizada para agravar a pena-base, em respeito à Súmula nº 444 do STJ. No que se refere à personalidade do agente, a instrução criminal não foi capaz de demonstrar a boa ou má índole do recorrente. Quanto às consequências do crime, tem-se que o prejuízo patrimonial causado ao Fundo de Amparo do Trabalhador não foi exacerbado ao ponto de merecer uma valoração acima do normal (R\$ 14.005,25).

5. Na segunda fase da dosimetria, não há como deixar de incidir a agravante do art. 62, II, do CP, por ter o recorrente induzido pessoas à execução material do crime. Deve incidir, todavia, a atenuante da confissão (art. 65, III, "d", do CP), ainda que esta tenha sido parcial, em razão de ter contribuído para o decreto condenatório.

6. "Inexiste previsão legal para a isenção da pena de multa, em razão da situação econômica do réu, devendo esta servir, tão somente, de parâmetro para a fixação de seu valor" (REsp 200600804603, Felix



Fischer, STJ – Quinta Turma, DJ 18/12/2006), exatamente como ocorreu no caso concreto.

7. Apelação parcialmente provida, para, mantida a condenação, reduzir as penas impostas ao apelante para 5 anos de reclusão, inicialmente em regime semiaberto, mais o pagamento de 264 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

(ACR 200383000199061, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 – Primeira Turma, DJE – Data: 25/07/2013 – Página: 206.)

Verifica-se que, no segundo acórdão anteriormente reproduzido, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região entendeu que o valor do prejuízo causado ao FAT não foi exacerbado a ponto de ensejar o aumento da pena-base em razão das consequências do delito. Por outro lado, aplicou a agravante prevista no art. 62, II, do CP, pois o contador induziu outras pessoas à execução material do crime.

Com relação ao lucro como motivo do crime, o TRF da 1ª Região destacou que:

[...] Sendo o motivo lucro fácil ínsito ao tipo penal, o magistrado não pode considerá-lo como circunstância judicial negativa para exasperar a pena-base. [...]”¹⁹. O mesmo entendimento foi exarado no julgamento da apelação criminal 37426720074013801: “[...]No estelionato, que é crime contra o patrimônio, o “lucro fácil” é ínsito ao tipo penal.[...]”²⁰.

Nessa mesma linha decidiu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

19 ACR 72722320094013700, DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, TRF1 – QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:16/01/2013 PAGINA:423.

20 ACR 37426720074013801, DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, TRF1 – QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:01/07/2014 PAGINA:210.

[...] O lucro fácil, tomado isoladamente em uma das muitas ações perpetradas pelo acusado e ainda pendente de solução em demandas criminais diversas, ainda que demonstrado vultoso, é de ser considerado elementar do estelionato, pelo que não deve ser considerado como qualificadora negativa sob pena de incidir em *bis in idem*. [...] ²¹

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região entendeu que deve ser valorada negativamente a culpabilidade do agente que se utiliza da ignorância e ingenuidade das pessoas para a prática do crime de estelionato²².

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu que o uso de documento falso como meio fraudulento deve ser sopesado como circunstância negativa para o aumento da pena-base:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO QUALIFICADO. ART. 171, § 3º, C/C ART. 29, DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA.

21 ACR 200984010005530, Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 17/01/2013 – Página 208.

22 “[...]7-Revisão da dosimetria da pena em virtude da valoração de algumas das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. 8-Sentença que valorizou os motivos e as consequências do crime como sendo as circunstâncias previstas na própria elementar do tipo penal (lucro fácil e prejuízo as cofres públicos). Afastado o desvalor atribuído às referidas circunstâncias judiciais. Precedente do STJ (STJ, REsp 1133950/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 31/05/2013). 9-Mantidas, como desfavoráveis ao acusado, as circunstâncias judiciais da culpabilidade (“o acusado agiu com culpabilidade intensa, uma vez que se utilizou de ignorância e ingenuidade de pessoas inocentes, obtendo em seu proveito valores concernentes a restituições de Imposto de Renda indevidas” – sic da sentença recorrida); personalidade (“observe em seu interrogatório que o mesmo demonstra ser dissimulado e propenso ao cometimento de delitos de tal natureza, pois não soube justificar a motivação das diversas condutas delitivas perpetradas – sic da sentença recorrida – fls.210; circunstâncias (o acusado se valeu de sua atuação profissional em órgão público para viabilizar o preenchimento e envio de DIRF’s com informações falsas, o que foi fundamental na concretização do ilícito). [...]” ACR 200984010010299, Desembargador Federal Bruno Teixeira, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 17/10/2013 – Página: 406.

MULTA. ARTS. 59 E 68 DO CP. CRITÉRIO TRIFÁSICO. OBSERVÂNCIA.[...]

4. O uso de documentos falsos não é elementar do crime de estelionato, podendo ser invocado como circunstância desfavorável para aumentar a pena-base. [...]

6. Apelações parcialmente providas.(ACR 0001183-06.2008.4.01.3801 / MG, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.90 de 17/01/2014)

Com relação às agravantes, o Tribunal Regional da 2ª Região entende que:

“ [...] A aplicação da agravante genérica prevista no artigo 61, II, g, do Código Penal, não é incompatível com a tipificação da conduta no artigo 171, §3º do Código Penal, uma vez que a prática do citado crime não pressupõe necessariamente a violação de um dever inerente ao cargo, fato este que apenas torna a conduta ainda mais gravosa. [...]”²³

No mesmo sentido decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região: “[...] Não há *bis in idem* na aplicação da agravante genérica prevista no art. 61, II, g – CP com a causa de aumento de pena do § 3º do art. 171 – CP, posto que aquela não é elementar ou qualificadora do crime de estelionato. [...]”²⁴.

Esse entendimento também foi adotado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

23 ACR 200451070005361, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 10/01/2014.

24 ACR 48627320104013500, DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, TRF1 – QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA 05/08/2013 PAGINA: 1385.

[...] Presente a causa de aumento prevista no art. 171, § 3º, do Código Penal (relativa à condição especial da vítima da fraude), merece manutenção a majoração de 1/3 (um terço), nos moldes da r. sentença, não havendo que se falar em *bis in idem*, em virtude da aplicação da agravante prevista no artigo 61,II, g, do CP, na segunda fase as dosimetria da pena. [...]²⁵.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu que a agravante prevista no art. 61, II, g, do Código Penal não pode ser utilizada quando já analisada na culpabilidade para aumento da pena-base: “[...] Existência de óbice para a aplicação da agravante (CP: art. 61, II, “g”), à medida que, na primeira fase da dosimetria, o juiz a considerou quando da análise da circunstância judicial “culpabilidade”, restando configurado o *bis in idem* [...]”²⁶

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região aplicou a agravante do art. 61, II, g, do Código Penal para ré que cometeu o crime de estelionato violando seu dever como advogada:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DAS PENAS. PENA-BASE. REDUÇÃO. AGRAVANTE. REGIME DE CUMPRIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. RESSARCIMENTO DO DANO. AFASTAMENTO. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. [...]

25 ACR 00009714220034036181, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA – 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/11/2013.FONTE_REPUBLICACAO.

26 ACR 24635120094014100, JUIZ FEDERAL MARCUS VINÍCIUS REIS BASTOS (CONV.), TRF1 – QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA: 20/07/2012 PAGINA: 513.

3. Aplicação da agravante prevista no art. 61, II, “g”, do CP, já que a ré cometeu o crime com violação de seu dever e sua lealdade profissional como advogada.[...]

6. Apelação da ré provida, em parte, para reduzir as penas, alterar o regime de cumprimento, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e, ainda, excluir da condenação a reparação de danos.

(ACR 205492720094013500, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO, TRF1 – TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA:27/04/2012 PAGINA: 1027.)

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região também fez incidir a agravante do art. 61, II, “g”, do Código Penal para dirigente sindical que forneceu à Previdência Social informações falsas sobre os sindicalizados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, G, DO CP. OMISSÃO. DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. INOCORRÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PARA A ACUSAÇÃO. CONTRADIÇÃO. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. O réu, na condição de dirigente sindical, foi o responsável pelas informações falsas referentes aos sindicalizados perante a Previdência Social, ou seja, agiu com “violação do dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão”, nos termos do art. 61, II, g, do Código Penal, sendo certo que essa particularidade foi utilizada na fundamentação do acórdão embargado. Logo, referida agravante não pode ser abstraída do cômputo da pena imposta ao réu, razão pela qual deve ser efetuado novo cálculo, a partir da segunda fase da dosimetria da pena.[...]

3. Acolhidos os embargos de declaração.

(EDACR 66208420014013700, JUIZ FEDERAL ANTONIO OSWALDO SCARPA (CONV.), TRF1 – QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA: 13/11/2013 PAGINA: 90.)

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região aplicou a agravante do art. 61, II, “g”, do Código Penal para Chefe de Posto indígena da Funai que se valeu de sua posição para fraudar benefício de salário-maternidade:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO DO MPF. ESTELIONATO MAJORADO. ART. 171, PARÁGRAFO 3º., DO CPB. SALÁRIO MATERNIDADE. FRAUDE CONTRA A UNIÃO. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DO ART. 61, ALÍNEA G, DO CPB. ACUSADO QUE SE VALEU DA CONDIÇÃO DE CHEFE DE POSTO INDÍGENA DA FUNAI. REPARAÇÃO DO DANO. ART. 387, INCISO IV, DO CPP. CABIMENTO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. O delito em estudo foi perpetrado com o abuso de uma função pública, o que repercute na incidência da agravante genérica prevista no inciso g, do art. 61, do CPB. O que se verifica do caderno processual em apreço é que o réu se valeu da sua posição de chefe do Posto Indígena da Tribo Funi-ô, em Águas Belas/PE, para concretizar a infração penal.

2. O documento colacionado às fls. 5 do inquisitivo evidencia que o réu lançou mão do status para atestar uma informação inverídica em relação a também denunciada VALMIRA TAVARES DOS SANTOS, isso em detrimento do órgão previdenciário. Inclusive, a declaração de que a mesma exercia atividade de agricultura em regime de economia familiar foi posta em documento com o timbre do órgão de representação indígena, constando a assinatura do acusado, com o respectivo carimbo indicativo da sua função.[...]

8. Apelação do MPF a que se dá provimento.

(ACR 00010903220104058305, Desembargadora Federal Niliane Meira Lima, TRF5 – Primeira Turma, DJE – Data: 13/06/2013 – Página: 179.)

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região possui julgado sobre delito de estelionato praticado por funcionário de Sindicato Rural, no qual considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais pela lesão à previdência social e pela nocividade social, além de aplicar a causa de aumento do § 3º, do art. 171 do CP. Também fez incidir as agravantes do art. 62, I e IV do CP:

PENAL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CONHECIMENTO – CRIME DE ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL PRATICADO POR FUNCIONÁRIO DO SINDICATO RURAL – PREENCHIMENTO DE DECLARAÇÕES DE ATIVIDADE RURAL IDEOLOGICAMENTE FALSAS – OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO FRAUDULENTO – ALEGADAS OMISSÕES – INEXISTÊNCIA – PROVAS EXAMINADAS EM PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS – ADOÇÃO DOS CRITÉRIOS FUNDAMENTADOS NA SENTENÇA NA DECISÃO COLEGIADA – CONSIDERAÇÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DE TODA A DECISÃO PARA ESTABELECIMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA – PENA ADEQUADA E DOSADA EM CONFORMIDADE COM A NOCIVIDADE E DIMENSÃO DO CRIME – PRETENSÃO MODIFICATIVA DA DECISÃO – NÃO ACOLHIMENTO – ESTABELECIMENTO DE PENAS ALTERNATIVAS – ADEQUAÇÃO AO CASO – IMPROVIMENTO DOS EMBARGOS.[...]

9. As circunstâncias em que praticada a conduta revelam tratar-se de crime cuja nocividade social merece maior reprimenda estatal.

10. A fraude atingiu recursos do INSS, e crimes como este, além de afetar recursos públicos, atacam a estrutura de previdência social, voltada para a proteção daqueles com maior vulnerabilidade na vida em sociedade. Circunstâncias judiciais que são parcialmente desfavoráveis ao réu, devendo a pena-base ser fixada acima do mínimo legal.

11. Consequências que se voltaram à dimensão da nocividade do delito avaliada pelo Julgador, considerando o teor das razões esboçadas ao longo da fundamentação da sentença, julgadas escorreitas quando do voto desta Colenda Turma, sobretudo porque o réu não se ateu a providenciar apenas um benefício indevido em detrimento da vítima, mas utilizava a posição que detinha no sindicato dos trabalhadores rurais para se locupletar às custas da vítima e da sociedade, a proporcionar a obtenção de benefícios indevidos àqueles que procuravam o sindicato, buscando usar do conhecido *modus operandi* adotado pelo réu, conforme os depoimentos testemunhais deixaram translúcido, tudo isto a par da aplicação da majorante referente à entidade de direito público inerente à vítima.

12. Em relação às agravantes dos incs. I e IV, do art. 62 do Código Penal, sustentou o recurso que houve *bis in idem* porque a pena já estava majorada. Contudo, esta matéria em relação à pena veio dirimida expressamente no item 16 do acórdão que restou assim redigido: [...] “16. Presentes as agravantes dos incs. I e IV, do art. 62 do CP, não merece guarida o pedido defensivo para afastá-las, uma vez que a atuação do réu estava voltada a angariar interessados no pedido de aposentadoria, orientando-os a procurar determinados servidores do INSS, dirigindo os demais agentes

e participando da empreitada delitiva em razão de promessa de recompensa consubstanciada em recebimento dos três primeiros meses do benefício obtido, não havendo *bis in idem* quanto às circunstâncias agravantes”.[...]

15. Improvimento dos embargos.

(ACR 00000167020024036108, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/10/2013 .FONTE_REPUBLICACAO.)

O Tribunal Regional da 5ª Região aplicou a agravante do art. 62, II, do CP, à ré que coagiu e induziu corrê a obter empréstimo fraudulento na Caixa Econômica Federal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO EM DETRIMENTO DA CEF (CP, ARTIGO 171, PARÁGRAFO 3º). CONSUMADO E TENTADO. UTILIZAÇÃO DE CONTRACHEQUES FALSIFICADOS DO MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES PARA FINS DE OBTENÇÃO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA. HIGIDEZ. CRIMES APURADOS DA MESMA ESPÉCIE (ESTELIONATO MAJORADO). DEFINIÇÃO DA PENA PARA AMBOS OS CRIMES COMO SE FOSSE ÚNICO. APLICAÇÃO DO ACRÉSCIMO PREVISTO NA LEI (CP, ART. 71). MANUTENÇÃO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ARTIGO 62, II, DO CP. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

[...]

11- A agravante prevista no art. 62, II, do Código Penal, que pune mais severamente a conduta do autor intelectual do delito, isto é, o idealizador do plano criminoso, que toma a iniciativa ou

coordena a atividade dos demais, está perfeitamente caracterizada, pois ficou comprovado que foi a apelante que coagia e induzia a corrê EDLENE NUNES DE ALENCAR a praticar os atos materiais concernentes à prática do estelionato tentado.

[...]

15- Apelação da ré improvida.

(ACR 200982000018911, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 04/09/2014 – Página: 337.)

O Tribunal Regional da 1ª Região aplicou a agravante prevista no art. 62, IV, do CP, ao estelionato cometido mediante promessa de recompensa e a agravante prevista no art. 62, I, do CP ao agente que promoveu e organizou o delito:

PENAL. ARTIGO 171, § 3º, C.C. ARTIGOS 29 E 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL – ESTELIONATO PRATICADO EM DETRIMENTO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL EM CONCURSO DE AGENTES E CONTINUIDADE DELITIVA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CRIME IMPOSSÍVEL DESCARACTERIZADO. DOSIMETRIA DA PENA. REFORMA DE SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. MAJORAÇÃO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RELAÇÃO AO CORRÊU. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO INTERPOSTO PELO ACUSADO IMPROVIDO.

[...]

4. Dosimetria da pena. Condenação do réu James Dean Novais Martins como incurso nas penas do artigo 171, § 3º, c.c. artigos 29 e 71, todos do Código Penal. Pena-base fixada no mínimo legal de

1 (um) ano de reclusão. Majoração da pena em 1/3 (um terço) pela aplicação da agravante prevista no artigo 62, IV, do Código Penal. Aplicação da causa de aumento de 1/3 (um terço) prevista no § 3º do artigo 171 do Código Penal e de causa de aumento de 2/3 (dois terços) com base no artigo 71 do Código Penal. Fixação do regime inicial aberto (artigo 33, § 2º, “c” do Código Penal). Pena de multa de 28 (vinte e oito) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo cada. Pena-base do acusado Carlos Alberto Lemke mantida. Aplicação da causa de aumento de 1/3 (um terço) prevista no § 3º do artigo 171 do Código Penal, seguida da aplicação de causa de aumento de 2/3 em razão da continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal). Manutenção do regime semi-aberto (artigo 33, § 2º, “b”, do Código Penal). Pena de multa de 43 (quarenta e três) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada.

[...]

5. Recurso do Ministério Público Federal a que se dá parcial provimento. Apelação do réu Carlos Alberto Lemke improvida. (TRF3 ACR 0103332-84.1996.4.03.6181)

PENAL – ESTELIONATO – DOSIMETRIA DA PENA – MANTIDA AS PENAS-BASE, ESTABELECIDAS UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, PREVISTO PARA A REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE, NOS LIMITES DO CRITÉRIO PREVISTO NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL, NA PRIMEIRA FASE DO MÉTODO TRIFÁSICO (ART. 68 DO CP) – AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 62, I, DO CÓDIGO PENAL – APLICABILIDADE QUANTO AO RÉU QUE PROMOVEU E ORGANIZOU A COOPERAÇÃO NO CRIME – CONTINUIDADE DELITIVA – ART. 71 DO CÓDIGO PENAL – CABIMENTO – NECESSIDADE DE SE OBSERVAR O

NÚMERO DE INFRAÇÕES PRATICADAS – PRECEDENTES DO STF E DO STJ – APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. [...]

II – Quanto ao réu, autor intelectual da empreitada, incide a circunstância agravante da pena, prevista no art. 62, I, do CP, eis que foi ele quem promoveu e organizou a cooperação no crime.

III – Diante da efetiva comprovação de pelo menos 59 (cinquenta e nove) condutas criminosas, praticadas em condições de execução e circunstâncias de tempo e lugar que denotam serem as posteriores continuidade da primeira, conforme reconhecido na sentença recorrida, deve ser majorada a reprimenda, para os três réus, pela continuidade delitiva.

[...]

V – Apelação do Ministério Público Federal parcialmente provida. (TRF1 ACR 0035232-93.2000.4.01.3400)

No que diz respeito à continuidade delitiva, entende o Superior Tribunal de Justiça que o crime de estelionato previdenciário cometido pelo beneficiário é delito permanente, não incidindo a causa de aumento prevista no art. 71 do Código Penal:

ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. APONTADA NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CRIME CONTINUADO. CONFIGURAÇÃO DE CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES. DELITO PERMANENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. O estelionato contra a Previdência Social praticado pelo beneficiário é crime permanente, razão pela qual o termo inicial do prazo prescricional se dá com a cessação do recebimento do benefício indevido.

2. Na hipótese em apreço, não havendo condenação, a prescrição é contada a partir da pena máxima imputada ao crime de estelionato, qual seja, 5 (cinco) anos,

motivo pelo qual o prazo prescricional, na espécie, é de 12 (doze) anos (artigo 109, inciso III, do Código Penal), o qual não transcorreu entre quaisquer dos marcos interruptivos estatuídos no artigo 117 do mencionado diploma legal. [...] (RHC 30.199/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 08/05/2013)

Os Tribunais Regionais Federais da 1^a²⁷, 2^a²⁸, 4^a²⁹ e 5^a³⁰ Região também adotam este entendimento.

27 “[...] 5. Sendo o agente do delito o próprio beneficiário, o crime é permanente, protraindo-se no tempo em razão das parcelas recebidas indevidamente pelo segurado. Não há uma renovação de conduta de modo a justificar a exacerbação da pena. Precedentes. [...]” (ACR 18118420064013600, DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, TRF1 – QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA: 15/07/2013 PAGINA: 63.)

“[...] 5. O estelionato praticado contra a Previdência pelo próprio beneficiário é crime permanente, que se renova a cada recebimento indevido, prolongando-se no tempo o efeito delitivo. Precedentes. Afastamento da continuidade delitiva. 6. Apelações não providas.” (TRF1 ACR 0021868-37.2008.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.1199 de 12/04/2013)

28 “[...] O crime de estelionato previdenciário tem natureza permanente, devendo ser afastada a causa de aumento prevista no art. 71 do CP. Precedentes. 3 – Recurso desprovido. Dosimetria retificada de ofício”. (ACR 201050010030889, Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ, TRF2 – PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 27/06/2012.)

“[...] III – A magistrada sentenciante, malgrado reconhecer que o estelionato previdenciário é crime permanente (fl. 170), na 3ª fase da dosimetria, aumentou de metade a pena intermediária encontrada, fazendo incidir a regra do crime continuado (art. 71 do CP), evidenciando-se, assim, o erro material em que incorreu, cumprindo a esta instância revisora, de ofício, repará-lo para excluir da condenação o acréscimo equivocadamente considerado, por ser a dosimetria da pena matéria de ordem pública. IV – O estelionato contra a Previdência Social é crime permanente, tendo como termo a quo para a contagem do prazo prescricional o dia em que cessou o recebimento indevido das parcelas relativas ao benefício, ou seja, quando cessou a permanência (art. 111, III, do CP). [...]” (ACR 200351110002798, Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 13/01/2011 – Página: 168/169.)

“[...] O delito de estelionato praticado em face da Previdência Social, mediante a concessão fraudulenta de benefício previdenciário, com recebimento de prestações periódicas, constitui crime permanente, e, não, continuado, pois o seu momento consumativo prolonga-se no tempo em razão da persistência da vontade do agente em manter o INSS em erro, agindo de forma a renovar seguidamente a fraude que determina o pagamento do benefício indevido em cada mês. – Apelação a que se dá parcial provimento”. ACR 200551020033158, Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE, TRF2 – PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, DJU – Data: 15/09/2008 – Página: 200.

29 “[...] 4. O estelionato consistente na percepção mensal de benefício previdenciário indevido constitui crime permanente, conforme entendimento do STF e da 4ª Seção do TRF4, não se lhe aplicando a continuidade delitiva na dosimetria da pena. [...]” (TRF4, ACR 0001631-13.2009.404.7211, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão José Paulo Baltazar Junior, D.E. 19/12/2013)

30 “11. O fato de ele se omitir de comunicar ao INSS o retorno de sua capacidade laborativa e a volta ao trabalho teve como finalidade a prática de um único delito (estelionato qualificado,

No que se refere aos servidores e despachantes que atuam na concessão do benefício, entende a jurisprudência tratar-se de delito instantâneo com efeitos permanentes, também não configurando crime continuado³¹. Apenas existiria continuidade delitiva na hipótese de atuação para a concessão de mais de um benefício previdenciário³².

O mesmo entendimento é adotado em relação ao benefício de seguro-desemprego, tratando-se de delito permanente para o beneficiário e instantâneo de efeito permanente para o empregador que simula a rescisão do contrato de trabalho.³³

consistente na obtenção do benefício indevido, mediante fraude), não havendo o cometimento de diversas infrações autônomas, em condições similares de tempo, forma e lugar, não justificando a aplicação do acréscimo da pena referente à continuidade delitiva”. (ACR 200783000057790, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, TRF5 – Terceira Turma, DJE – Data: 03/12/2014 – Página: 99.)

- 31 “11. O fato de ele se omitir de comunicar ao INSS o retorno de sua capacidade laborativa e a volta ao trabalho teve como finalidade a prática de um único delito (estelionato qualificado, consistente na obtenção do benefício indevido, mediante fraude), não havendo o cometimento de diversas infrações autônomas, em condições similares de tempo, forma e lugar, não justificando a aplicação do acréscimo da pena referente à continuidade delitiva”. (ACR 200783000057790, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, TRF5 – Terceira Turma, DJE – Data: 03/12/2014 – Página: 99.) 12. A majorante referente ao crime continuado não se aplica em se tratando de crime cometido pelos intermediadores – aqueles que participaram na forma de propiciar a outrem a percepção do benefício fraudulento -, pois o entendimento consolidado é o de que a conduta se materializa instantaneamente, com o requerimento do benefício, não obstante produzir efeitos permanentes no tocante ao beneficiário da indevida vantagem, para quem a situação fática é diversa. Precedente do E. STF”. (ACR 00009714220034036181, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA – 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/11/2013 . FONTE_REPUBLICACAO.)
- 32 “[...] 2. Dolo. EDUARDO ROCHA, voluntária e conscientemente, utilizou-se das declarações e fichas de registro de empregados espúrias, com o fim de induzir a erro o Instituto Nacional de Seguridade Social, e conseguir, de forma indevida, a aposentadoria por tempo de serviço de Antônio, Lucimar e Sebastião, obtendo para eles vantagem financeira indevida. Sentença condenatória mantida. [...] 6. Da revisão da dosimetria da pena do corréu EDUARDO ROCHA. Pretensão ministerial acolhida. Aumento das penas-bases para cada delito de estelionato previdenciário um pouco acima do mínimo legal [03 anos e 01 mês de reclusão]. Circunstâncias subjetivas e objetivas do artigo 59 do CP totalmente desfavoráveis ao apelado. 7. Do concurso de crimes. Reconhecimento da continuidade delitiva de crimes [prática de condutas reiteradas e semelhantes, da mesma espécie, cometidos na mesma cidade, pelo mesmo modo de execução e com certa periodicidade entre as condutas delitivas, ainda que com intervalo superior a 30 dias] [...]” (ACR 00016016920014036181, JUIZ CONVOCADO CARLOS FRANCISCO, TRF3 – QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 17/01/2014 .FONTE_REPUBLICACAO.)
- 33 “[...] O crime de estelionato, quando cometido pelo beneficiário das parcelas do seguro desemprego, é de natureza permanente e instantânea quanto ao empregador que simula a despedida imotivada”. (ACR 201150010023671, Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO, TRF2 – PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 07/01/2014.)



Mas, no que tange ao estelionato praticado por meio de saques fraudulentos do benefício previdenciário após o óbito do titular, o Superior Tribunal de Justiça possui decisão entendendo tratar-se de crime continuado:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO PRATICADO POR TERCEIRO APÓS A MORTE DO BENEFICIÁRIO. SAQUES MENSAS POR MEIO DE CARTÃO MAGNÉTICO. CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Tem aplicação a regra da continuidade delitiva ao estelionato previdenciário praticado por terceiro, que após a morte do beneficiário segue recebendo o benefício antes regularmente concedido ao segurado, como se ele fosse, sacando a prestação previdenciária por meio de cartão magnético todos os meses.
2. Diversamente do que ocorre nas hipóteses de inserção única de dados fraudulentos seguida de plúrimos recebimentos, em crime único, na hipótese dos autos não há falar em conduta única, mas sim em conduta reiterada pela prática de fraude mensal, com respectiva obtenção de vantagem ilícita.
3. Recurso desprovido.

(REsp 1282118/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 12/03/2013)

Os Tribunais Regionais Federais da 3^a³⁴ e da 5^a³⁵ Região também

- 34 “[...] Em caso, mês a mês, a cada retirada, uma nova conduta se consumava, assim se protraindo no tempo até que a Autarquia Previdenciária descobrisse a farsa (Precedentes da E. 2ª Turma desta Corte – Acr nº 2006.61.13.001111-6/SP – e do E. Superior Tribunal de Justiça – REsp 1282118/RS). IV- Mantida a majorante aplicada na terceira fase de dosimetria da pena relativa à continuidade delitiva, eis que a conduta fraudulenta da ré renovou-se por inúmeras vezes, ensinando a pluralidade de ações a fundamentar a aplicação do art. 71, do Código. V – No caso dos crimes continuados, conta-se a prescrição a partir da data da consumação de cada uma das ações que compõe a continuidade. Sobre o mesmo tema, determina a Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal: “Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação” [...] (EIFNU 00092432920074036102, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 – PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 13/08/2013 .FONTE_REPUBLICACAO.)
- [...] Estelionato praticado por filho de beneficiário, que após o óbito deste, continuou sacando indevidamente benefício previdenciário, através de cartão magnético, como se ele vivo fosse, obtendo vantagem indevida para si, em detrimento da Autarquia Previdenciária. Além disso, o acusado apresentou-se perante o INSS, passando-se pelo segurado falecido, tendo, inclusive, assinado requerimento de reativação de benefício com a grafia de seu genitor. Os delitos de uso de documento falso e falsa identidade restaram absorvidos pelo estelionato, por força da Súmula 17 do STJ, uma vez que praticados com o nítido propósito de reativar o pagamento do benefício previdenciário, que havia sido suspenso. Não há que se falar em crime único, mas, sim, de crime continuado, porquanto cada recebimento indevido de valores perfaz o tipo penal. [...]” (ACR 00127859420084036110, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 – DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/08/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)
- [...] Estelionato praticado pela mãe de beneficiário, que após o óbito deste, continuou sacando indevidamente, durante oito meses, a prestação previdenciária através de cartão magnético, como se ele vivo fosse, obtendo, desse modo, vantagem indevida para si, em detrimento da Autarquia Previdenciária, correspondente a R\$ 3.281,20 (três mil, duzentos e oitenta e um reais e vinte centavos). Não há que se falar em crime único, mas, sim, de crime continuado, porquanto cada recebimento indevido de valores perfaz o tipo penal. Toma-se como *dies a quo* para a contagem do prazo prescricional, a data da consumação de cada uma das condutas que integram a continuidade delitiva. [...]” (ACR 00058416120124036102, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 – PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/06/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) “[...]10. Configurada a hipótese de crime continuado, considerando que o réu não comunicou ao INSS o fato de sua mãe ter falecido em 18/11/99, e continuou a receber o benefício de aposentadoria por idade 41/077.963.667-8 até 30/06/2005. Ressalte-se que recebeu, ainda, o benefício de pensão por morte 21/84.347.670-2 nas competências de 11/99 e 12/99, que só foi cessado porque o Sistema de Óbitos do INSS – SISOBI – conseguiu detectar a fraude”. (ACR 00009871820084036117, JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, TRF3 – SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/01/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)
- 35 “[...] Hipótese em que a acusada realizou saques de benefícios previdenciários após o falecimento dos titulares, conduta que se amolda ao tipo do artigo 171, parágrafo 3º, do Código Penal (estelionato qualificado). Comprovadas a materialidade e autoria mediante prova robusta produzida na instrução (certidões de óbito, comprovantes de pagamento de benefícios, extratos do INSS, depoimentos de familiares dos titulares dos cartões), deve ser afastada a alegação frágil de insuficiência de provas e a alegada boa-fé da acusada, que não se harmonizam com o acervo probatório coligido aos autos. 3. Dosimetria da pena que se revê, pois a quantidade de vezes em que a acusada incorreu no mesmo crime não pode dar supedâneo à avaliação desfavorável de sua personalidade, se isto também foi sopesado para aplicar a continuidade delitiva, na terceira fase da fixação da reprimenda. Precedentes do STJ (HC 80155/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/06/2010, DJe 02/08/2010; HC 82933/PE, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06/12/2007, DJ 07/02/2008, p. 349, REsp 897876/RS, Rel. Min.

possuem jurisprudência no mesmo sentido, aplicando a causa de aumento prevista no art. 71 do Código Penal.

No que diz respeito à causa de diminuição prevista no § 1º, do art. 171, do Código Penal, a jurisprudência entende que prejuízo de pequeno valor é aquele que não ultrapassa um salário-mínimo vigente na data do fato:

PENAL. ESTELIONATO. RECEBIMENTO FRAUDULENTO DE SEGURO-DESEMPREGO. VERBA DO FAT – FUNDO DE AMPARO AO TRABALHADOR. MINISTÉRIO DO TRABALHO. UNIÃO. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO §3º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DO ESTELIONATO PRIVILEGIADO (ART. 171, §1º DO CÓDIGO PENAL). DESCABIMENTO. VALOR MAIOR QUE UM SALÁRIO MÍNIMO AO TEMPO DO CRIME. IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA POR ANALOGIA COM OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 20 DA LEI Nº 10.522/2002. INAPLICABILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1 – Não há como reconhecer o estelionato privilegiado (art. 171, §1º do Código Penal) se o montante referente à lesão, ao tempo do

Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 711). 4. “Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”. Aplicação do enunciado nº 497 da Súmula de Jurisprudência do STF: Reconhecimento de ofício da prescrição da pretensão punitiva (prescrição retroativa) com base na pena em concreto fixada no acórdão. 5. Apelação em parte provida. Reconhecimento da prescrição retroativa.” (ACR 200381000275400, Desembargador Federal Frederico Dantas, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 28/07/2011 – Página: 539.)

“[...] Quanto à dosimetria da pena, vislumbra-se a excessividade na aplicação da causa de aumento de pena, tendo em vista que a Ré recebeu indevidamente o benefício unicamente durante alguns meses em que permaneceu na posse dos documentos da ex-segurada do INSS (entre janeiro e setembro de 2005), havendo-se que levar em consideração também o valor do prejuízo causado ao INSS, havendo-se que aplicar o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, para fixar aumento de pena relativo à continuidade delitiva no patamar intermediário sugerido pelo art. 71, *caput*, do CP, ou seja, 1/3 (um terço). 7. Apelação provida em parte. ACR 200683000131364, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 – Segunda Turma, DJE – Data: 12/08/2010 – Página: 282.)



crime, era maior que um salário-mínimo, critério que vem sendo adotado pela jurisprudência para aferição da benesse, com aval de abalizada doutrina.

2 – Ainda mais porque no caso a vítima é a União, pois trata-se de recebimento fraudulento de seguro-desemprego, verba do FAT – Fundo de Amparo do Trabalhador, gerido pelo Ministério do Trabalho, denotando maior reprovabilidade na conduta.[...]

4 – Recurso ordinário desprovido.

(STJ RHC 30.225/MA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 27/09/2013)

PENAL. ESTELIONATO. ART. 171,§ 3º DO CÓDIGO PENAL. LEVANTAMENTO DOS VALORES DO SEGURO DESEMPREGO. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVADAS. DOLO NA CONDUTA. CONFIGURADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.ERRO DE PROIBIÇÃO (ART. 21 DO CP). INOCORRÊNCIA. AUTORIA DA CORRÊ. NÃO COMPROVADA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DESCABÍVEL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO (ART. 171,§1º DO CP). IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71 DO CP). AFASTADA DE OFÍCIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS (ART. 44 §2º DO CP). CABÍVEL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO DA RÉ. IMPROVIDA.[...]

8. A causa de diminuição prevista no artigo 171,§ 1º do Código Penal (estelionato privilegiado) há de ser afastada conside-

rando que o valor auferido pela ré, perfaz um montante de R\$ 1.997,10, valor este que não pode ser considerado pequeno por se tratar de valor obtido do Programa do Seguro-Desemprego, o qual é mantido por recursos federais do Fundo de Amparo ao Trabalho, gerido pelo Ministério do Trabalho, além de que o valor auferido das parcelas mensais é superior ao salário vigente à época dos fatos.

9. Continuidade delitiva (art. 71, do CP) afastada de ofício, porquanto, o recebimento do seguro-desemprego é uma conduta única. Precedentes STF.

10. Recurso do Ministério Público Federal provido em parte tão somente para afastar a causa de diminuição prevista no art. 171, §1º do CP.

12. Apelação da ré improvida. (TRF-3 – ACR 00041539820114036102, Relator: Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, Data de Julgamento: 09/12/2014, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 17/12/2014)

PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. ARTIGO 171, § 3º, CP. FRAUDE CONTRA O INSS. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. VALOR SUPERIOR AO DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Embora o legislador não tenha fornecido especificamente os requisitos para a definição do quantum do valor abarcado pela figura do estelionato privilegiado, a jurisprudência tem entendido que se enquadra nesse conceito cifra que se aproxime de um salário-mínimo vigente à época do fato.

2. O montante do prejuízo causado ao INSS mencionado na denúncia, R\$4.935,34, afasta o acolhimento da pretensão do imputado para caracterização do delito como estelionato privilegiado, tipificado no artigo 171, § 1º, CP, haja vista que supera o do salário mínimo vigente à época dos fatos.

3. Registre-se que até mesmo para a aplicação do estelionato privilegiado, previsto no § 1º do artigo 171 do Código Penal, leva-se em consideração não o pequeno valor da coisa, mas sim o prejuízo sofrido pela vítima, de modo que a simples ausência de interesse da Fazenda Pública em executar débitos fiscais inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não significa que o estelionato cometido em face de entidade de direito público, que no caso foi lesada no valor de R\$4.935,34 (quatro mil, novecentos e trinta e cinco reais, trinta e quatro centavos) seja penalmente irrelevante. [...]

5. Ordem denegada.

(HC 0011109-60.2011.4.01.0000 / MA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL EVALDO DE OLIVEIRA FERNANDES, filho (CONV.), TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.179 de 31/03/2011)

PENAL. ESTELIONADO PREVIDENCIÁRIO. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. SEGURO DESEMPREGO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA MANTIDA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECER O ESTELIONATO PRIVILEGIADO (§ 1º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL). CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. [...]

4. Embora a ré não possua antecedentes criminais, não há como considerar o quantum como de pouca monta, ao ponto de ensejar



a figura do estelionato privilegiado prevista no § 1º do art. 171 do Código Penal. Isso porque o dano causado aos cofres públicos afasta-se do salário-mínimo vigente à época dos fatos, tido como parâmetro do “pequeno prejuízo” pelos nossos Tribunais.

5. O estelionato praticado contra a Previdência pelo próprio beneficiário é crime permanente, que se renova a cada recebimento indevido, prolongando-se no tempo o efeito delitivo. Precedentes. Afastamento da continuidade delitiva.

6. Apelações não providas. (TRF1 ACR 0021868-37.2008.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.1199 de 12/04/2013)

Portanto, considerando todo o exposto, é possível concluir que sempre deve ser considerada a forma mais simples e básica de cometimento do delito de estelionato, de modo que os demais elementos existentes no caso concreto sejam analisados na dosimetria da pena.

Por fim, vale ressaltar que nas denúncias deve ser requerida a fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados pelo crime de estelionato, nos termos do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, considerando os prejuízos sofridos pelo ente lesado.

2.2 DOSIMETRIA DA PENA NO CRIME DE MOEDA FALSA

Na dosimetria da pena relativa a tal crime devem ser considerados, dentre outros, os seguintes fatores na análise das circunstâncias judiciais: a conduta do réu, o valor expresso em cada moeda falsa, o número de moedas falsas apreendidas, a forma como foi realizada a falsificação e o local em que o delito foi praticado.

Quanto maior o valor e a quantidade de moeda falsificada, maior será a reprovabilidade da conduta, ensejando o aumento da pena-base.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes precedentes do STJ:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE DOLO. CONFIGURAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. MAJORAÇÃO DA PENA. GRANDE QUANTIDADE DE CÉDULAS. POSSIBILIDADE. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE. RECORRER EM LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PEDIDO PREJUDICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.[...]

- A grande quantidade de cédulas falsas encontradas em poder do réu constitui justificativa hábil a ensejar a majoração da pena-base.[...]

Habeas corpus não conhecido.

(HC 219.644/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 10/05/2013)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. MOEDA FALSA. DOSIMETRIA. GRANDE QUANTIDADE DE CÉDULAS. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. RECURSO PROVIDO.

I. A grande quantidade de cédulas falsas apreendidas deve ser considerada como demonstrativa de maior reprovabilidade da conduta,

apta a ensinar a majoração da pena-base, em razão da finalidade na norma legal, que busca proteção da fé pública.

II. Quanto maior a quantidade de notas ou metais falsos, mais expressiva será a exposição da fé pública ao perigo, eis que, quanto maior a circulação, maior o número de pessoas que serão atingidas, daí a maior reprovabilidade da conduta.

III. Hipótese em que foram apreendidas 327 (trezentos e vinte e sete) cédulas falsas, totalizando o montante de R\$ 6.400,00 (seis mil e quatrocentos reais).

IV. Necessidade de fixação da pena-base em patamar acima mínimo legalmente previsto, pois a aptidão em atingir maior número de pessoas torna a conduta mais censurável.

V. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

(REsp 1.170.922/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 14.3.2011)

No mesmo sentido é o entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PENAL – PROCESSO PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – MOEDA FALSA – AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO COMPROVADAS – DOLO COMPROVADO – INEXISTÊNCIA DE BOA-FÉ – CONDENAÇÃO MANTIDA – PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA REDIMENSIONADA EM HOMENAGEM AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO. [...]

3- Entretanto, o número e valor das cédulas apreendidas (sessenta e uma cédulas falsas de vinte dólares americanos e uma cédula de dez dólares americanos – fls. 11/12), denotam culpabilidade mais veemente e atingem sim com mais intensidade o bem jurídico tu-

telado, a justificar a fixação da reprimenda penal acima do mínimo legal. Assim, mantenho a pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes. Ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena. A pena definitiva foi estabelecida em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além da pena de multa de 15 dias-multa, no valor de 1 (um) salário mínimo para cada dia-multa, vigente ao tempo do fato, levando-se em conta a capacidade financeira do apelante para suportar o aludido pagamento. Estabeleceu-se o regime inicial aberto. [...]

(ACR 00007919520054036006, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 – QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/11/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. GRANDE QUANTIDADE DE CÉDULAS FALSAS. CULPABILIDADE ACENTUADA. AUMENTO DA PENA-BASE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROVIDO.

1. A grande quantidade de cédulas falsas encontradas em poder do réu – oitenta e duas cédulas falsas, sendo sete cédulas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e setenta e cinco notas de R\$ 10,00 (dez reais) – demonstra uma maior reprovabilidade da conduta, culpabilidade acentuada e maior potencialidade lesiva ao bem tutelado (fé pública), o que permite a fixação da pena-base acima do patamar mínimo. Precedente.

2. Pena-base majorada acima do mínimo legal, em 3 (três) anos e (seis) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, restando definitiva à minguia de circunstâncias atenuantes, agravantes, causas de aumento ou diminuição de pena que possam modificá-la.[...]

5. Apelação do Ministério Público Federal a que se dá provimento.

(TRF-3 – ACR: 10684 SP 2001.61.05.010684-8, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, Data de Julgamento: 28/06/2011, PRIMEIRA TURMA)

PENAL – CRIME DE MOEDA FALSA – AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO DEMONSTRADOS – RECEBIMENTO DE BOA-FÉ NÃO COMPROVADO. DOSIMETRIA DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. [...]

5 – Majorada a pena-base para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, fixados em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, em razão do número de cédulas falsas apreendidas, quais sejam, 21 (vinte e uma) cédulas de cem euros e 03 (três) cédulas de cem dólares, totalizando EU\$2.100,00 (dois mil e cem euros) e US\$ 300,00 (trezentos dólares). [...]

9 – Apelação do Ministério Público Federal parcialmente provida, somente para majorar a pena privativa de liberdade para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa. Apelação do réu desprovida.

(ACR 00104825420094036181, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 – PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/06/2011 PÁGINA: 219. FONTE_REPUBLICACAO:.)

PENAL – CRIME DE MOEDA FALSA – ART. 289, §1º DO CP – DOSIMETRIA – QUANTIDADE DE CÉDULAS – REPROVABILIDADE DA CONDUTA – MAJORAÇÃO DA PENA-BASE – PENA DE MULTA – AUMENTO PROPORCIONAL – PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. [...]

4. Na fixação das penas, fora considerada a grande quantidade de cédulas, exigindo maior reprovabilidade da conduta, por possuir conseqüências gravíssimas, o que não impede o Tribunal, existindo



recurso da acusação, exasperar as penas, pelas mesmas circunstâncias judiciais apontadas na sentença, valorando-as de maneira diversa, em congruência aos efeitos da conduta dos réus. A respeito, o escólio de Guilherme de Souza Nucci, Código Penal Comentado, 10ª ed. ver. atual. ampl. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 399-400, citando julgado do E. STF no HC 97.473-DF, Rel. Dias Toffoli, 10.11.2009.

5. Os réus estavam prestes a colocar em circulação e entregar a terceira pessoa, uma exorbitante quantidade de moeda falsa de R\$ 50,00 – quinhentos e noventa e oito cédulas – que restaram apreendidas, situação que está a autorizar o aumento da pena, além daquela fixada pela r. sentença.[...]

9. Provimento parcial ao recurso da acusação, para exasperar as penas, embora em menor grau do que o pleiteado.

(ACR 00052922320034036181, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/10/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. MOEDA FALSA. ARTIGO 289, § 1º DO CÓDIGO PENAL. ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DE MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA. [...]

2. No caso, o réu transportava consigo 102 moedas falsas no valor nominal de R\$ 50,00 (cinquenta reais), o que autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal.[...]

4. Apelação não provida.

(TRF-3 – ACR: 4 MS 0000004-59.2011.4.03.6005, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, Data de Julgamento: 12/11/2012, QUINTA TURMA)

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE MOEDA FALSA. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME. CONDUTA SOCIAL. [...]

3. O objeto jurídico tutelado no crime de moeda falsa é a fé pública e, portanto, quanto maior a quantidade da cédulas contrafeitas, maior o potencial lesivo e o perigo à fé pública, a justificar uma maior reprovabilidade da conduta empreendida pela acusada e, conseqüentemente, a elevação da pena-base por ocasião da análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. No caso em tela, o número de cédulas apreendido é significativo, justificando a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.[...]

5. Apelação parcialmente provida.

(TRF-3 – ACR: 8365 SP 2003.61.10.008365-3, Relator: JUIZA CONVOCADA SILVIA ROCHA, Data de Julgamento: 26/07/2011, PRIMEIRA TURMA)

PROCESSO PENAL E PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 289, § 1º, DO CP. MOEDA FALSA. INÉPCIA DA DENUNCIA E NULIDADES NÃO CONFIGURADAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO. DOSIMETRIA DA PENA. CRIME CONTINUADO. APELAÇÃO PROVIDA. [...]

11-) A pena base foi fixada um pouco acima do mínimo legal, nos termos do art. 59 do Código, uma vez que os réus foram presos guardando 9 (nove) cédulas falsas, além das condutas de introduzir nota falsa e tentar introduzir. Não se pode dar a mesma pena para quem guarda 1 (uma) cédula e para quem guarda 9 (nove), uma vez que a Fé Pública neste caso foi atingida por um numero bem maior de vezes e o risco de causar prejuízos e iludir terceiros é bem maior. [...]

15-) Apelação do Ministério Público Federal provida para condenar os réus pela prática do delito de moeda falsa em continuidade delitiva.(ACR 00038074820054036106, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 – SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/09/2009 PÁGINA: 91 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região também majora a pena-base segundo a quantidade e valor da moeda falsa, em razão da maior reprovabilidade da conduta:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. UTILIZAÇÃO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE: RECONHECIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. ELEVADA QUANTIDADE DE NOTAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. PRECEDENTES.[...]

4. A grande quantidade de notas falsas apreendidas merece destaque na consideração das circunstâncias do delito. Quanto maior a quantidade de cédulas inautênticas, mais expressiva será a exposição da fé pública ao perigo, caracterizando maior reprovabilidade da conduta, a ensejar o incremento da reprimenda. Precedentes. 5. Servindo a confissão do réu, colhida na fase extrajudicial e retratada em juízo, para embasar o decreto condenatório, é de rigor a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal em seu favor. Precedentes. 6. Apelações das defesas desprovidas. Apelação do Ministério Público Federal parcialmente provida para aumentar a pena-base. (ACR 0028688-79.2006.4.01.3400 / DE, Rel.

DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL EVALDO DE OLIVEIRA FERNANDES, filho (CONV.), TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p. 281 de 20/04/2012)

Na mesma linha, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região decidiu que o número de cédulas apreendidas autoriza o aumento da pena-base:

PENAL E PROCESSO PENAL. MOEDA E DOCUMENTOS FALSOS. COMPETÊNCIA. DOLO. PROVA. PENA.

[...]

4. Não há que se falar em *bis in idem* na aplicação das penas-base, pois o magistrado procedeu ao correto exame das circunstâncias judiciais (CP, art. 59), levando em conta a expressiva quantidade de cédulas inautênticas (273) em poder dos acusados, com falsificação de boa qualidade, e ainda, em relação apenas a JOSÉ CARLOS, a agressão à sociedade advinda dos crimes de falso, e o fato de ostentar quatro anotações em sua FAC relativas ao crime de moeda falsa bem como a comprovação de ser ele conhecido na região e em outros Estados como fornecedor de cédulas falsas, dados que permitem avaliar a reprovabilidade do fato punível praticado (consequências do crime) e a maneira de ser do agente (conduta social e personalidade), mas que não são inerentes ao tipo penal.

5. Apelações improvidas.

(TRF2, 200251014901451, Relator Desembargador Federal PAULO BARATA , Terceira Turma, Data Decisão: 09/12/2003, DJU – Data: 09/03/2004 – Página: 136)

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua vez, entende que a quantidade e o valor da moeda falsa ensejam a majoração da pena em razão das circunstâncias do crime:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. MOEDA FALSA. GUARDA. AUTORIA. TENTATIVA. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS. REINCIDÊNCIA. MUDANÇA DE REGIME. [...]

5. As circunstâncias do crime são gravosas, em face do expressivo volume de moedas falsas apreendidas (2.171), revelando potencial lesão à fé pública ao entrar em circulação o elevado montante de cédulas, mas não justifica o aumento em 1/3 sobre a pena base.[...] (TRF4, ACR 5005676-51.2013.404.7205, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Luiz Carlos Canalli, juntado aos autos em 03/12/2013)

EMENTA: PENAL. MOEDA FALSA. FALSIFICAÇÃO DE BOA QUALIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOLO CONFIGURADO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ADEQUAÇÃO. ELEVADA QUANTIDADE DE NOTAS FALSAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME NEGATIVA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. ADMISSÃO. [...]

4. Adequada é a maior censura às circunstâncias do crime, pela localização de elevada quantidade de notas falsas apreendidas, com majorado risco social decorrente.

5. Cabível é a atenuante da confissão mesmo quando seja esta parcial, mas referente a elementar do crime e inclusive admitida na valoração do juízo condenatório.

(TRF4, ACR 0001644-05.2005.404.7000, Sétima Turma, Relator Néfi Cordeiro, D.E. 27/08/2012)

EMENTA: DIREITO PENAL. MOEDA FALSA (ART. 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). MATERIALIDADE E AUTORIA



COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO. DESCABIMENTO. REGIME PRISIONAL FECHADO. MODIFICAÇÃO. DESCABIMENTO. REINCIDÊNCIA. [...]

2. A pena foi recrudescida em decorrência da grande quantidade de cédulas espúrias encontradas em poder do réu, como também em razão da reincidência específica no mesmo delito tipificado no artigo 289 do Código Penal, estando bem dimensionada.

3. Fixada pena superior a quatro anos de reclusão para condenado reincidente, não há ilegalidade no estabelecimento do regime fechado para o início do cumprimento de pena. Precedentes do E. STJ. (TRF4, ACR 5001337-69.2010.404.7006, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Leandro Paulsen, juntado aos autos em 08/01/2014)

‘CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME’. MANUTENÇÃO. PENA SUBSTITUTIVA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO PAGAMENTO. [...]

3. Mantida a valoração negativa da vetorial “circunstâncias do crime” diante da expressiva quantidade de notas falsas, aliado ao fato do deslocamento a uma cidade pequena, com economia fraca, para introduzir as moedas falsas.

4. A pena restritiva de direitos consistente na prestação pecuniária deve ser fixada com base no valor do salário mínimo vigente à época do pagamento.

(TRF4, ACR 5004860-07.2010.404.7001, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Leandro Paulsen, juntado aos autos em 08/01/2014)

No julgamento da apelação criminal nº 5004860-07.2010.404.7001 (ementa acima transcrita), entendeu que o deslocamento para uma cidade pequena, com economia fraca, para



introduzir moeda falsa, justifica a valoração negativa do vetorial circunstâncias do crime. Nesse caso, houve o aumento da pena-base por ter a ré se dirigido a uma pequena cidade, cujos moradores possuem pouca instrução, na qual o êxito na empreitada criminosa teria maiores chances de concretizar-se.

Outra circunstância que pode servir de fundamento para o incremento da pena-base é o prejuízo causado a terceiros. No entanto, vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça possui decisão em sentido contrário: o fato de as quarenta cédulas falsas terem circulado no comércio e de terem causado prejuízo às vítimas não se presta como fundamento para se considerar como negativas as consequências do crime, pois tais decorrências são elementos inerentes ao tipo penal de circulação de moeda falsa. (REsp 1065756/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 17/04/2013)

Data venia, o prejuízo causado a terceiros não constitui elemento inerente ao tipo penal, mas sim consequência do crime, pois o delito se consuma com o risco de lesão à fé pública, independentemente da ocorrência de dano a terceiros.

Logo, havendo lesão às pessoas que receberam a moeda falsa, trata-se de consequência do crime que deve ser considerada em desfavor do réu, como já decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

PENAL – MOEDA FALSA – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA
– PROVA DE AUTORIA – DOSIMETRIA DA PENA-BASE –
POSIÇÃO DE LIDERANÇA DO RÉU – AGRAVAMENTO DE
PENA – CONTINUIDADE DELITIVA [...]

IV. Pena-base moderadamente fixada acima do mínimo legal em razão dos prejuízos causados às vítimas do crime de introdução de moeda falsa.[...]

(TRF2, ACR 199650010030933, Relator Desembargador Federal ALEXANDRE LIBONATI DE ABREU, Primeira Turma Especializada, Data Decisão: 18/01/2006, DJU – Data: 31/01/2006 – Página: 162)

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região também entende que o prejuízo a terceiros pode ser considerado consequência do crime:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, DO CPB. SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL EM RAZÃO DA FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. NÃO ACOLHIMENTO. AUMENTO DA PENA-BASE EM RAZÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS ÍNSITAS AO TIPO PENAL, BEM COMO EM RAZÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENALIS EM CURSO. CORREÇÃO DA DOSIMETRIA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

[...]

5. Considerando-se que as consequências do delito foram de pequena gravidade, tendo em vista que a moeda contrafeita utilizada pelo réu era de R\$ 1,00 (um real), não merece ser valorada negativamente, em razão do prejuízo mínimo causado aos comerciantes.

6. Apelação parcialmente provida.

(ACR 0006847-60.2004.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, QUARTA TURMA, e-DJF1 p.154 de 12/06/2012)

Outrossim, tratando-se de delito de ação múltipla, é mais reprovável a conduta do agente que pratica mais de um verbo descrito no tipo penal. Quem falsifica e introduz em circulação moeda falsa merece pena maior do que aquele que só falsifica ou só introduz em circulação, pois a censurabilidade de sua conduta é mais elevada.

Conclui-se, assim, que como o crime se consuma com um único exemplar de moeda inautêntica, todas as outras circunstâncias presentes no caso específico devem ser examinadas na fixação da pena-base. Vale dizer, considerando a forma mais simples e básica da prática do crime em questão, que todos os demais elementos existentes na hipótese concreta devem ser analisados na dosimetria da pena.

2.3 DOSIMETRIA DA PENA NOS CRIMES DE SONEGAÇÃO

Sobretudo em face das inúmeras alegações de dificuldade financeira, sugerem-se como diligências iniciais (de regra ao receber a Representação Fiscal para Fins Penais), a verificação do quadro societário durante o período em que cometido o delito, bem como buscando as declarações de IRPJ e IRPF de todos os sócios, de forma a verificar, antes da oitiva destes em sede policial, as condições financeiras e patrimoniais, tanto da empresa quanto dos sócios.

Não é incomum se apurar a existência de distribuição de lucro referente aos períodos sonegados, com o que se pode utilizar esta situação não somente para eliminar as alegações de dificuldades financeiras, mas também como utilizar este fato (lucro ou distribuição de lucro) como circunstâncias do crime de forma a valorá-lo com maior reprovação.

Relativamente aos crimes previstos na Lei nº 8.137/1990 e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, tem sido aceita como circunstância negativa na fixação da pena-base o elevado valor do tributo sonegado ou de contribuição que deixou de ser repassada aos cofres públicos.

Embora a vantagem econômica seja ínsita a este tipo de crime, sendo elementar o dano causado, o valor do dano pode ser avaliado como consequência do crime, de forma a fixar adequadamente a pena em situações distintas:



AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PENAL E PROCESSO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO DE VULTOSA QUANTIA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. [...] “É pacífica na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de agravamento da pena base com fundamento no elevado prejuízo causado aos cofres públicos resultante dos tributos sonegados, ante a valoração negativa das consequências delitivas já que maior a reprovabilidade da conduta.” (AgRg no REsp 1134199/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/11/2012)

4. Agravo regimental improvido.

AgRg no REsp 1224324/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 17/09/2013

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 1º, INCISOS I E IV, DA LEI Nº 8.137/90). INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA DA PENA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUMENTO DA PENA-BASE. [...]

4 – As consequências do crime foram graves, diante do elevado valor sonegado, destacando-se, nesse contexto, que a sonegação fiscal representa fator de grande repercussão nas contas do governo, acarretando desequilíbrios nos cofres públicos, o que

inviabiliza a prestação, por parte do poder público, de serviços essenciais de qualidade.

ACR 200950010095584, , TRF 2ª Região, 2ª Turma. Relatora Des. Liliane Roriz. julgado em 19/04/2012, pub. 04/05/2012.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. SONEGAÇÃO DE IMPOSTOS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ALTO VALOR DE TRIBUTO SONEGADO. CONSEQUÊNCIA DO CRIME. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. [...]

3. O elevado valor sonegado pelo acusado, que acresceu valores em seu patrimônio em detrimento de toda a coletividade, justifica a pena-base em razão da grave consequência do crime (Precedente do STF, HC 8371/SC).

ACR 00063008820024013800, TRF 1ª Região, Terceira Turma, Rel. Des. Tourinho Neto, julgado em 14/01/2013, publicado 31/01/2013.

Todavia, não há um valor definido de tributo ou contribuição (sonegado ou não repassado) na jurisprudência como indicativo preciso para determinar o *quantum* de aumento em razão da consequência do crime.

Questão referente ao valor e que deve ser bem esclarecida, uma vez que a tendência predominante das decisões é utilizar o valor individual do prejuízo em um período, e não o valor global do prejuízo sofrido ao Erário (soma dos períodos), uma vez que a totalização do prejuízo estaria afeta à continuação delitiva, a ser aferida na 3ª fase, ocorrendo, neste caso, *bis in idem*.

Parece, contudo, que mesmo em se tratando de diversas competências somadas, o total do prejuízo deveria ser valorado ainda na primeira fase, uma vez que no crime continuado se valora a reiteração da conduta criminoso já de forma favorável ao acusado, posto que, se não se aplicasse a regra da continuidade delitiva,

haveria de se aplicar tantas penas quanto as condutas. Vale dizer que a regra da continuação delitiva é norma de redução de pena, favor aplicado ao acusado, que se furta de ter penas integralmente definidas para cada conduta praticada, recebendo uma só pena com majoração. Assim, não há que se falar em *bis in idem* ao se considerar como negativa a circunstância “consequência do crime” com regra benéfica ao réu referente à continuidade delitiva.

O STJ tem entendimento já esboçado nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA PRATICADOS EM CONTINUIDADE DELITIVA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO MONTANTE TOTAL SONEGADO COMO PARÂMETRO. VIOLAÇÃO DO CRITÉRIO TRIFÁSICO DE DOSIMETRIA DA PENA. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. [...]

Observando-se a regra do critério trifásico, a pena de cada crime praticado em continuidade delitiva deve ser primeiramente individualizada. Só assim será possível identificar a mais grave, de modo a aplicar a fração de aumento decorrente da continuidade. Por isso, a valoração negativa das consequências do crime deve ter como parâmetro o montante sonegado por ocasião da prática de cada conduta e não o montante total relativo à soma dos crimes praticados. REsp 1196299/SP, Relator Min. Marco Aurélio Belizze, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 08/05/2013

Ao lado disso, a totalização do valor, mesmo que somadas diversas competências, refere ao prejuízo total causado à vítima, questão de

caráter objetivo, neste caso sim, para agravar a pena daquele agente que causou maior dano ao Erário.

Conforme mencionado anteriormente, no que se refere ao valor sonegado, não há uma orientação jurisprudencial segura, em especial em referência ao montante que faça incidir a causa de aumento do art. 12, I, da Lei nº 8.137/1990 (é possível considerar que a sua repercussão se dê na culpabilidade do agente, nas circunstâncias ou nas consequências do delito). Dessa forma, considerando-se o montante do valor sonegado, sugere-se pedir inicialmente a aplicação da causa de aumento e, subsidiariamente, a sua consideração na culpabilidade, nas circunstâncias e nas consequências do delito.

Há decisão singular do TRF da 4ª Região que entende por diferenciar a consequência do crime, pelo seu valor, da prevista no art. 12, I, da Lei nº 8.137/1990, que diz respeito ao resultado do crime como gerador de grave dano à coletividade:

DIREITO PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL. CULPABILIDADE. DOSIMETRIA da pena. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. [...]

“Se da sonegação de tributos resultar prejuízo grave ao Erário Público, consideram-se negativas as consequências do crime, a fim de justificar o aumento na pena-base, ficando a majorante do artigo 12, I, da Lei 8.137/90 restrita àqueles casos em que o valor suprimido do tesouro federal for superior a dez milhões de reais, valor estabelecido na Portaria PGFN nº. 320, publicada em 02-05-2008, que regulamentou o chamado Projeto Grandes Devedores – PROGRAM -, que visa a dispensar acompanhamento especial e prioritário aos maiores devedores do Governo.” (TRF4, ACR 2006.72.04.004421-7, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 22/06/2010). ACR 0000062-17.2008.404.7015, TRF 4ª Região, 8ª Turma, Rel. Des. Leandro Paulsen, 8ª Turma, julgado em 09/10/2013, DE 15/10/2013.

Há julgados que, quanto às consequências do crime valoram negativamente a supressão tributo ou não repasse de contribuições para determinados programas, entre eles aqueles destinados à educação:

Pena-base do crime previsto no art. 1º, da Lei nº 8.137/90 aplicada acima do mínimo legal (02 anos e três meses de reclusão). As consequências do delito foram consideradas de forma desfavorável aos Apelantes, porque o valor (R\$ 414.401,43), além de elevado, refere-se a tributos como o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, sonegados pela empresa, que compõem o FUNDEF, fundo do Governo Federal destinado à melhoria da educação fundamental no País, autorizando um aumento da pena em três meses, acima do mínimo legal de dois anos.

ACR7434/AL (20088000046314), TRF 5ª Região, Terceira Turma, Rel. Des. Geraldo Apoliano, julgado em 28/06/2012, DE 03/07/2012.

A formação do acusado, seja como contador, advogado, ou ainda sua longa experiência como profissional liberal podem levar a uma consideração como condição negativa no que se refere à sua culpabilidade.

PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA-PESSOA FÍSICA NÃO APRESENTADA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. DOSIMETRIA. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS[...]

III – O fato de o acusado exercer a profissão de dentista por mais de 30 anos torna a conduta ainda mais reprovável, autorizando a elevação da pena-base, visto que inequívoca a sua ciência acerca das obrigações tributárias decorrentes de sua atividade laborativa. IV – A fixação de um valor mínimo para

reparação dos danos causados pela infração, prevista no artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, é norma cogente, não dependendo de qualquer requerimento por parte do ofendido a este respeito. V – Apelação desprovida.

ACR 200751018119297, TRF 2ª Região, 2ª turma, Rel Marcelo Pereira da Silva, julgado em 05/03/2013, pub. 15/03/2013.

A pena-base não poderia ser fixada no mínimo legal, diante de circunstâncias judiciais desfavoráveis, alusivas às consequências dos delitos, diante da dimensão do prejuízo ao erário público, e ao grau de culpabilidade superior, tendo em vista o fato de que os réus são contadores e, por conseguinte, em razão de sua qualificação profissional, tinham perfeita consciência da ilicitude de suas condutas.

ACR 200882010006615, TRF 5ª Região, 3ª turma, Rel Élio Wanderley de Siqueira Filho (Convocado), julgado em 11/04/2013, pub. 17/04/2013.

Assim, parece ser muito importante, para caracterizar a circunstância negativa referente à culpabilidade, verificar a profissão do acusado não somente na sua qualificação – pois, muitas vezes, nos crimes fiscais consta somente “empresário” –, mas buscar a constatação acerca da formação do acusado em curso superior.

Neste aspecto também é interessante perquirir sobre o “currículo” do acusado, se exerceu cargo público em sua vida, se foi eletivo, se no Executivo, por quanto tempo, se administrou outras empresas, há quanto tempo administra a empresa, de forma a poder sustentar um desvalor na circunstância pertinente à culpabilidade:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 1º, INCISOS I E IV, DA LEI



Nº 8.137/90). INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA DA PENA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUMENTO DA PENA-BASE. [...]

3- A maior reprovabilidade da conduta do acusado, a fundamentar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, justifica-se em razão de ele se tratar de um experiente empresário, proprietário de um conglomerado econômico, com maior capacidade de compreender o caráter ilícito e as consequências de seu comportamento, além do fato de que seu grupo econômico possuía situação financeira suficientemente estável para agir de acordo com o que determina a lei.

ACR 200950010095584, 2ª Região, 2ª turma, Relatora Liliane Roriz, julgado em 19/04/2012, pub. 04/05/2012.

Quanto a esta circunstância, de regra não utilizada em julgados de crimes fiscais, podem-se buscar elementos pertinentes à conduta do acusado na condução dos seus negócios, verificando-se, por exemplo: quantitativo de ações trabalhistas que correm contra o acusado ou sua empresa, ações cíveis, eventual quantitativo de reclamações em órgãos de proteção ao consumidor. Uma busca de informações sobre o acusado em redes sociais, internet, ocorrências policiais, Detran, podem trazer inúmeras informações sobre a conduta social do acusado. Essas informações, inclusive no que se refere a elevado padrão de vida, podem indicar, inclusive, uma motivação negativa para a prática do delito de sonegação.

2.4 DOSIMETRIA DA PENA NOS CRIMES DE LAVAGEM

Inicialmente, cabe ser assinalado que a Lei de Lavagem, em sua redação dada pela Lei nº 12.683/2012, traz determinação de aumento

de pena quando o crime for praticado de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

Embora a nossa atual lei de lavagem de dinheiro seja de “3ª geração”, isto é, considere como crime antecedente qualquer infração penal, há que se valorar negativamente, como circunstância do crime, aqueles delitos antecedentes de maior relevo, sejam aqueles antes previstos na redação anterior da Lei nº 9.613/1998 nos incisos do art. 1º, em especial aqueles de maior repercussão social ou presentes em tratados dos quais o Brasil seja signatário.

A exemplo das decisões judiciais pertinentes aos crimes fiscais e contra o Sistema Financeiro Nacional, parece pertinente valorar negativamente como consequência do crime de lavagem o quantitativo de recursos ocultados ou em que tenha ocorrido a dissimulação.

Também parece relevante valorar como negativas as circunstâncias atinentes à forma de cometimento do crime, isto é, valorando negativamente aquelas cujas circunstâncias de cometimento do delito indiquem maior complexidade de meios empregados na ocultação ou dissimulação.

2.5 DOSIMETRIA DA PENA NO CRIME DE FURTO

O Código Penal determina o aumento da pena de um terço quando o delito for praticado durante o repouso noturno (art. 155, §1º).

Ressalta-se que a lei preteriu o emprego da palavra noite em favor do termo repouso noturno, a ser entendido como o período de recolhimento destinado ao repouso. Adotou-se, portanto, o critério psicossociológico em detrimento do físicoastronômico³⁶. Nesse sentido, são as precisas lições de Magalhães Noronha: “Existe a agravante quando o furto se dá durante o tempo em que a cidade ou local repousa, o que não importa

36 HUNGRIA (1955, p. 28).

necessariamente seja a casa habitada ou estejam seus moradores dormindo. Podem até estar ausentes ou desabitado o lugar do furto³⁷.”

Entretanto, não obstante a ausência de restrição legal, mas seguindo autorizada corrente doutrinária³⁸, a jurisprudência se consolidou, de modo unânime, no sentido de que a referida majorante não se aplica ao furto qualificado (art. 155, § 4º), mas apenas ao furto simples (art. 155, *caput*). É o que se colhe do seguinte precedente exemplificativo:

PENAL. FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, IV, DO CP). INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO § 1º (REPOUSO NOTURNO). IMPOSSIBILIDADE. 1 – A causa especial de aumento do § 1º, do art. 155, do CP (repouso noturno) somente incide sobre o furto simples, sendo, pois, descabida a sua aplicação na hipótese de delito qualificado (STJ, HC 10.240/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, DJ 14/02/2000, p. 79).

Esse posicionamento também tem acolhida na doutrina moderna, sustentando-se que “a situação topográfica do parágrafo sub exame, fossem intenção da lei aplicá-lo também às modalidades qualificadas, o aumento relativo ao repouso noturno deveria vir consignado posteriormente ao § 4º do art. 155”³⁹, bem como pelo fundamento de que “as circunstâncias que envolvem o furto previsto no § 4º já são graves o suficiente para determinar uma justa punição ao autor da infração penal”⁴⁰.

Malgrado a correção desse entendimento, não se pode desconsiderar que o furto praticado durante o repouso noturno, mesmo revestido

37 NORONHA (1991, p. 229).

38 FRAGOSO (1976, p. 299-300).

39 GRECO (2006, p. 22).

40 NUCCI (2012a, p. 731).



de quaisquer das qualificadores do art. 155, § 4º, do CP, apresenta-se, ainda assim, como de maior reprovabilidade.

Com efeito, a doutrina e a jurisprudência se opõem tão somente que o *repouso noturno* seja utilizado para majorar o delito em um terço, operação a ser efetuada na terceira fase da dosimetria da pena. Entretanto, isso não pode significar, como de fato não significa, que essa circunstância na qual o delito foi praticado não lhe confira maior censura, apta a influenciar na reprimenda a ser fixada.

Destarte, diante de um furto qualificado praticado durante o repouso noturno, a solução que privilegia o princípio constitucional da individualização da pena é a que impõe a consideração do repouso noturno como circunstância judicial negativa, na categoria das circunstâncias do crime prevista no art. 59 do Código Penal, conforme esclarece Luiz Régis Prado:

Em face da colocação topográfica da causa de aumento de pena, esta não incidirá sobre as formas qualificadas de furto. No entanto, tal circunstância deverá ser sopesada na aplicação da reprimenda, nos termos do artigo 59 do Código Penal. No caso em epígrafe, é maior a gravidade do injusto, pelo acentuado desvalor da ação, já que a circunstância do repouso noturno propicia maior êxito à ação delituosa, pelo desviamento da *res*⁴¹.

No mesmo sentido, entre outros, os abalizados entendimentos de Paulo José da Costa Júnior⁴² e Cláudio Fragoso⁴³.

41 PRADO (2004, p. 385).

42 “A qualificadora do repouso noturno só se aplica ao furto simples (art. 155, *caput*). Não terá aplicação se o furto for qualificado, quanto então a circunstância poderá ser sopesada na aplicação da pena (art. 59). (COSTA JÚNIOR 2012, p. 76).

43 “Nenhuma dúvida existe de que a agravante do repouso noturno não se aplica às hipóteses de furto qualificado, podendo ser, no entanto, considerada, na medida da pena” (FRAGOSO, C 1976, p. 300).



Portanto, quando da primeira fase da dosimetria no delito de furto qualificado, deve o julgador se atentar para a eventual prática do crime durante o repouso noturno, a fim de elevar a pena-base em face das *circunstâncias do crime* desfavoráveis ao agente, nos termos do art. 59 do Código Penal.

De outro norte, a destruição de obstáculo à subtração da coisa qualifica o furto (art. 155, § 4º, I). Entretanto, a referida destruição pode se dar de diferentes modos, de sorte que, em homenagem ao princípio da individualização da pena, as distintas formas de destruição devem influenciar no *quantum* da reprimenda penal a ser fixada.

Com efeito, as circunstâncias do delito “fluem do próprio fato delituoso, tais como forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes”⁴⁴. Não é por outra razão que a doutrina apregoa ao julgador o dever de valorar o fato penal além da simples figura típica, conforme as precisas lições de Mirabete: “O fato punível como se apresenta à consideração do juiz não é a simples figura típica em que a norma penal o define. Vem geralmente acompanhado de circunstâncias que juntam ao caráter que lhe é próprio atributos acessórios que alteram para mais ou para menos a sua reprovabilidade”⁴⁵.

Diante disso, é de maior censura o emprego de esforço excessivo para a destruição do obstáculo, como ocorre na subtração de valores de caixas eletrônicas mediante o uso de explosivos, pois o delito é praticado em situação que impõe maior dificuldade para a atividade delituosa. Nesse sentido, merece transcrição o ensinamento de Fernando Galvão:

Um ditado popular diz que a oportunidade faz o ladrão. Talvez fosse o caso de dizer que a oportunidade revela o ladrão. De qual-

44 BITENCOURT (2012, p. 539).

45 MIRABETE; FABBRINI (2009, p. 98).



quer forma, a circunstância judicial em exame possibilita avaliar a oportunidade em que o crime foi realizado. As facilidades ou dificuldades enfrentadas pelo sujeito na execução do crime podem fazer o magistrado avaliar melhor a necessidade e suficiência da pena para a reprovação e prevenção do crime. Havendo excepcional estímulo à prática delitiva, em situação não prevista como circunstância atenuante, pode-se caracterizar hipótese de aplicação de pena inferior ao que determina a culpabilidade. No entanto, a realização do crime em circunstâncias extremamente adversas pode indicar a necessidade de aplicar-se a pena determinada pela culpabilidade⁴⁶.

Destarte, o furto qualificado (e o mesmo raciocínio aplica-se ao roubo) praticado mediante o uso de explosivos deve ter a sua pena-base elevada nas considerações da categoria *circunstância do delito*, em face da maior censura decorrente do elevado esforço para a subtração da coisa.

Quanto ao objeto material do furto, se esse é de pequeno valor, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa, se o réu for primário (art. 155, § 2º, CP).

É de se notar que, para o furto, a lei utilizou a expressão coisa furtada de pequeno valor, em oposição à prejuízo da vítima, constante do tipo penal de estelionato. Essa distinção não é supérflua, senão indica que para a configuração do furto privilegiado importa considerar a *res furtiva* no momento da prática delituosa, pouco interessando o efetivo prejuízo suportado pela vítima, conforme reconhece a jurisprudência: “o valor da “res furtiva” deve ser medido ao tempo da subtração, não se identificando com o pequeno ou nenhum prejuízo dali resultante” (STJ, REsp 76.881/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ 14/04/1997).

46 GALVÃO (2013, p. 473).

Imagine-se, então, um furto de obra de arte de valor elevado integrante do patrimônio de autarquia federal, cujo agente se arrepende e devolve a coisa subtraída, mas esta apresenta pequena avaria. Ainda que o prejuízo efetivamente causado possa ser considerado de pequeno valor, ainda assim o furto não será privilegiado, em face do elevado valor da *res furtiva*.

Com efeito, eventual recuperação de parte ou totalidade da coisa furtada, seja por ação da polícia ou pelo arrependimento posterior do agente, reduzindo o prejuízo decorrente da prática delitiva, não pode dar ensejo a privilegiadora, de acordo com os ensinamentos de Fernando Capez:

Não se deve confundir o pequeno valor da coisa com o pequeno prejuízo sofrido pela vítima. Assim, a ausência de prejuízo em face de a vítima ter logrado apreender a *res furtiva* ou o pequeno prejuízo não autorizam o privilégio legal. Importa ressaltar que o pequeno prejuízo somente constitui causa de diminuição de pena no crime de estelionato (CP, art. 171, § 2º)⁴⁷

Portanto, para a aplicação da privilegiadora prevista no § 2º do art. 155 do Código Penal, deve o julgador se atentar para o valor da coisa furtada, independentemente do efetivo prejuízo suportado pela vítima.

2.6 DOSIMETRIA DA PENA NO CRIME DE ROUBO

Para se conferir efetividade ao princípio da individualização da pena, todos os acontecimentos que se conectam com a prática delitiva – e não servem para tipificar ou qualificar o crime – devem ser, obrigatoriamente, considerados para a fixação da pena.

47 CAPEZ (2006, p. 388).

No roubo, o agente atua finalisticamente para a subtração de coisa alheia móvel, mediante violência ou grave ameaça. Destarte, o art. 157 do Código Penal tutela tanto o patrimônio quanto a liberdade individual e integridade física da vítima⁴⁸.

Contudo, para além desse aspecto, em certos casos, a prática do roubo pode atingir a sociedade como um todo, fato que, indubitavelmente, confere maior reprovabilidade ao injusto praticado, que deve refletir na fixação da pena⁴⁹.

Com razão, os efeitos danosos provocados pelo crime devem ser analisados não somente em relação à vítima, mas também pelas consequências que atingem a coletividade, conforme adverte o magistério de Paulo José da Costa Júnior: “deverá também o juiz levar em consideração as consequências do crime, o maior ou menor dano, para a vítima, sua família e a sociedade”⁵⁰.

De fato, quando a prática do roubo prejudica o bom andamento de serviço público, ainda que esse acontecimento não integre a intenção do agente, pois visava apenas à subtração do bem, essa circunstância deve ser obrigatoriamente considerada para exasperar a pena-base.

Isso acontece, por exemplo, quando um carteiro, durante a entrega de correspondências, é vítima de roubo, tendo o veículo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT) subtraído com entregas pendentes a serem feitas. Nessa situação, o roubo atinge a sociedade como um todo diante da interrupção da prestação eficiente do serviço postal, mantido pela União, nos termos do art. 21, X, da Constituição Federal.

Decerto, não se pode valorar, da mesma forma, a subtração de um veículo comum e a subtração de um veículo dos Correios durante a

48 HUNGRIA (1955, p. 54).

49 MASSON (2014a, p. 375).

50 COSTA JÚNIOR (2012, p. 166).

prestação do serviço postal, pois isso afrontaria o princípio da individualização da pena.

Portanto, quando a prática do roubo prejudicar o bom andamento de algum serviço público, essa situação confere maior reprovabilidade ao delito, sendo imperiosa a consideração desse fato como circunstância judicial negativa, na categoria das consequências do crime.

Outrossim, a ocorrência de prejuízo patrimonial à vítima é inerente ao delito de roubo, mas a extensão do dano causado varia de um caso para outro, razão pela qual o princípio da individualização da pena impõe sejam fixadas penas diferentes para roubos com consequências diferentes, conforme admite a jurisprudência dominante:

A consideração, nas circunstâncias judiciais, da expressão financeira do prejuízo causado à vítima não constitui elemento ínsito ao tipo, podendo ser validamente observada na fixação da pena-base imposta ao infrator. É o que, aliás, impõe o art. 59 do Código Penal, ao determinar que o juiz, na fixação da reprimenda, faça a valoração, entre outros elementos, das consequências da infração, o que, a toda evidência, subsume o maior ou menor prejuízo que um crime de roubo venha a causar à vítima (STF, RHC 117108, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 21.10.2013)

Não há constrangimento ilegal na consideração negativa das consequências do delito com base no prejuízo da vítima, pois não se pode dizer que tal fato seja inerente ao tipo do art. 157 do CP, merecendo, então, ser devidamente sopesado quando da aplicação da reprimenda básica, em observância do princípio da individualização da pena (STJ, HC 167.870/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 21.11.2012)

Com efeito, diante de prejuízo patrimonial expressivo decorrente do delito de roubo (e o mesmo raciocínio se aplica ao furto), deve o julgador considerar esse fato para elevar a pena-base, na categoria das consequências do delito.

Sabido que o delito de roubo se diferencia do furto exatamente pelo uso da violência ou da grave ameaça, sendo estas elementares do tipo penal. Destarte, a presença da violência ou da grave ameaça já foram valoradas abstratamente pelo legislador ao cominar para o roubo pena abstrata mais gravosa que o furto.

Contudo, essas elementares foram avaliadas apenas abstratamente, isto é, se estão ou não presentes, restando ao julgador, no caso concreto, valorar a intensidade da violência, que pode se fazer presente em maior ou menor grau, a fim de fixar a pena-base adequada dentro do intervalo legalmente previsto.

Com efeito, na categoria das circunstâncias do crime deve ser avaliado o modo de execução do delito, que pode revelar uma brutalidade do agente a exigir a elevação da pena-base, conforme esclarece André Estefam:

O legislador se refere ao meio ou modo de execução do delito. Deve o magistrado, então, destacar os dados acidentais relevantes, tais como o lugar da infração penal, o instrumento utilizado pelo agente, eventual brutalidade revelada, a duração da fase executiva do ilícito etc⁵¹.

Nesse sentido, em se verificando que o delito foi praticado valendo-se o agente de violência intensa, por exemplo, lesionando-se ou até mesmo aplicando tapas desnecessários no rosto da vítima, o princípio da individualização da pena impõe que a pena-base seja fixada acima

51 ESTEFAM (2013, p. 382).



do mínimo legal. Esse posicionamento é acolhido pela jurisprudência, como se verifica nos seguintes precedentes:

O fato de terem sido duas as vítimas e que, em razão da ação criminosa, uma delas foi lesionada, são argumentos que, à toda evidência, justificam maior apenamento na primeira etapa da dosimetria, pois indicam maior reprovabilidade da conduta do paciente e negatividade da forma como cometido o crime. Embora a violência seja parte integrante do delito do art. 157 do CP, sua maior ou menor intensidade podem e devem ser mensuradas por ocasião da aplicação da sanção, em fiel observância ao princípio da individualização da pena (STJ, HC 151.190/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 16.02.2012)

As circunstâncias do crime também foram consideradas negativas, tendo, neste caso, o Tribunal de origem apresentado elementos concretos (as circunstâncias fáticas do delito, tendo em vista que ficou demonstrada a tamanha violência utilizada para a empreitada criminosa pelo apelado, consistente em tapas desnecessários nos rostos das vítimas Danielle e Deivison, o que também contribuiu para um aumento da pena-base, se distanciando, ainda mais, do mínimo legal), que refletem um plus de reprovabilidade na conduta do paciente, bem como respalda o incremento da pena (STJ, HC 225520/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 04.11.2013)

Cumprе ressaltar que apenas a lesão leve é absorvida pela figura do *caput* do tipo penal de roubo, pois a lesão grave e a gravíssima qualificam o delito pelo resultado, nos termos do § 3º do art. 157⁵².

52 BITENCOURT (2012, p. 110).

Portanto, em face da violência elevada, as circunstâncias do crime são desfavoráveis, sendo obrigatória a majoração da pena-base.

Como já dito, se da violência do roubo resultar lesão grave ou morte da vítima, o crime será qualificado pelo resultado, nos termos do art. 157, § 3º. Essa qualificadora se aplica tanto ao roubo próprio quanto ao impróprio, não se distinguindo se a violência foi usada antes, durante ou depois da situação⁵³.

Em todo caso, o resultado que qualifica o crime pode recair tanto sobre a vítima como sobre terceiro, como policiais que, ao perseguirem os agentes do roubo, são alvos de disparos de arma de fogo com *animus necandi*⁵⁴. Nessa situação, os agentes responderiam por latrocínio tentado (art. 157, § 3º, *in fine*, c/c art. 14, II, e súmula 610/STF).

Ainda nessa hipótese, mesmo diante da pluralidade de vítimas (mais de um policial sendo alvo dos disparos), a unidade do latrocínio permanece íntegra, em razão do latrocínio ser delito contra o patrimônio e haver um único patrimônio lesado⁵⁵.

Nessa situação, a pluralidade de vítimas confere maior reprovabilidade ao latrocínio, conforme assenta a abalizada doutrina sobre o tema de Guilherme Nucci:

Outro exemplo importante diz respeito à prática do latrocínio contra casal. Tendo em vista que o agente atua contra o mesmo patrimônio, per-

53 “Pode-se afirmar, com certa segurança, que doutrina e jurisprudência não discrepam quanto à aplicação do disposto no § 3º tanto ao roubo próprio quanto ao impróprio; é indiferente que o agente produza o resultado mais grave na vítima (lesão grave ou morte) para cometer a subtração, durante sua execução ou após sua realização” (Id., 2012, p. 110).

54 “Cremos que a violência empregada para o roubo é apta a causar a morte de qualquer pessoa, e não somente da vítima. Assim, se um dos autores atira contra o ofendido, mas termina matando quem está passando pelo local, comete latrocínio. O mesmo se diga se o marginal desferiu tiros contra a polícia que chega no momento do assalto ou contra a vítima, matando um outro comparsa. A violência empregada trouxe o resultado “morte”, não necessariamente do ofendido, pois o direito protege a vida humana, e não somente a vida da vítima do crime patrimonial”. (NUCCI, 2014a, p. 704).

55 CUNHA (2009, p. 138).

tencentado ao marido e à esposa, caso mate os dois para obter o almejado, comete um único latrocínio, embora com consequências do crime muito mais graves, devendo ser ponderado tal fato na fixação da pena-base⁵⁶.

De forma uníssona, a jurisprudência acolhe esse entendimento, conforme se verifica nos seguintes precedentes das Cortes Superiores:

O quadro empírico da causa justifica o estabelecimento da pena-base em patamar consideravelmente superior ao mínimo legal (dez anos), notadamente se consideradas as gravíssimas consequências do delito (três mortes). (STF, RHC 96.952, rel. min. Ayres Britto, DJE de 28.05.2010).

Segundo entendimento acolhido por esta Corte, a pluralidade de vítimas atingidas pela violência no crime de roubo com resultado morte ou lesão grave, embora único o patrimônio lesado, não altera a unidade do crime, devendo essa circunstância ser sopesada na individualização da pena, que, no caso, é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos. (STF, HC 96.736/DF, 17.09.2013, rel. min. Teori Zavaski, DJE de 02.10.2013).

Portanto, diante de um roubo qualificado pelo resultado (art. 157, § 3º) com pluralidade de vítimas, ainda que na modalidade tentada, impõe-se ao julgador a consideração dessa circunstância judicial na categoria das consequências do crime.

Considerando que as “circunstâncias do crime são aqueles elementos meramente acessórios, que não integram o crime, mas influem sobre sua gravidade, deixando inalterada sua essência”⁵⁷, quando a fuga dos agentes do crime coloca em risco a vida de terceiros, como ocorre

56 NUCCI 2014b, p. 190).

57 COSTA JÚNIOR (2012, p. 166).

em face da direção perigosa e em alta velocidade, tem-se uma situação que confere colorido especial ao fato, influenciando, necessariamente, na fixação da pena-base.

De fato, neste caso, a conduta de “trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano”, amolda-se ao delito previsto no art. 311 do Código de Trânsito Brasileiro, sendo punido com pena de detenção de seis meses a ano.

Entretanto, como cediço, a direção criminosa empregada pelo agente para não ser preso em flagrante após a prática do roubo é um mero pós-fato impunível, não se tratando de delito autônomo, conforme reconhece a jurisprudência:

PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 311, CÓDIGO DE TRÂNSITO. ABSOLVIÇÃO. EXTENSÃO A CORRÉU. Se o delito de direção perigosa decorreu da fuga empreendida pelos agentes, após a consumação dos roubos, apenas para que não fossem presos em flagrante delito, trata-se de um pós-fato impunível, não se apresentando como conduta autônoma. Hipótese de aplicação do critério da consunção, em que o crime de direção perigosa estaria contido no de roubo qualificado, de maior amplitude, permitindo uma única tipificação. No concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus, quando fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveita aos demais (TRF-4, ENUL N° 0000733-39.2009.404.7004/PR, Relator: ARTUR CÉSAR DE SOUZA, data de Julgamento: 17.02.2011).



Destarte, justamente por não integrar o tipo penal do roubo e ser por este absorvido, esse pós-fato impunível como delito autônomo tem idoneidade para influenciar na pena do próprio delito de roubo.

Portanto, quando os agentes do delito de roubo empregam fuga colocando em risco a vida de terceiros, por meio de direção perigosa, é de rigor a consideração desse fato pelo julgador para a fixação da pena-base na categoria das circunstâncias do crime.

O roubo, como delito complexo, depende, para se configurar, que a subtração seja feita mediante grave ameaça ou violência. Quando a grave ameaça ou a violência são feitas mediante o uso de arma o fato é merecedor de maior censura, impondo-se a aplicação da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

A arma não precisa ser efetivamente utilizada para a aplicação da majorante, bastando que seja portada ostensivamente de modo a ameaçar, ainda que implicitamente, a vítima⁵⁸. Além disso, restou consolidado o entendimento de que a arma deve ter potencialidade lesiva, não sendo a arma de brinquedo idônea para a configuração da referida majorante⁵⁹.

Entretanto, em certos casos, não se faz possível a apreensão a arma de fogo utilizada para a prática do roubo, podendo gerar dúvidas acerca da viabilidade de aplicação da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, em face da alegada não constatação da potencialidade lesivo do material.

A dúvida decorre da confusão sobre a extensão do entendimento segundo o qual a arma deve ter potencialidade lesiva para a configuração da majorante, conforme decidido pela Terceira Seção do STJ no REsp 213.054 em 2002. De fato, naquela ocasião decidiu-se que somente a arma com potencialidade lesiva tem idoneidade para a configuração

58 HUNGRIA (1955, p. 55).

59 A Súmula 174/STJ foi cancelada. Cf. STJ, REsp 213.054/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJ 11.11.2002.



da majorante. Porém, jamais se registrou que a comprovação dessa potencialidade lesiva ocorra apenas mediante perícia.

Com efeito, certos instrumentos, como a arma de fogo, têm a potencialidade lesiva como característica intrínseca, *in re ipsa*, isto é, inerente à própria coisa. Destarte, caso a defesa alegue o contrário, sustentando ser o instrumento desprovido de potencialidade lesiva, será seu ônus provar essa alegação, nos termos do art. 156 do Código de Processo penal. Esse entendimento foi sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal em sua composição plenária, *in verbis*:

Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

(STF, HC 96099, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe 05.06.2009)

No mesmo sentido, o STJ pacificou a questão, decidindo a Terceira Seção da Corte que a potencialidade lesiva da arma empregada para intimidar a vítima do roubo pode ser demonstrada por outros meios de prova, sendo desnecessária a perícia:

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO.

EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

I – Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia

em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.

II – Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.

III – A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só – desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela – instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV – Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.

V – Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria.

(EREsp 961.863/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 06/04/2011)

Portanto, sendo o roubo praticado com o uso de arma para intimidar a vítima, a potencialidade lesiva da arma se presume, sendo desnecessário a realização de perícia na arma e cabendo a defesa a prova em sentido contrário.

O Código Penal dispõe ser o roubo majorado quando a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância (art. 157, § 2º, III).

Nesse sentido, mister se faz entender que o termo valores indica não só dinheiro em espécie, senão tudo aquilo que tem

liquidez para ser convertido em pecúnia. É o que didaticamente leciona Magalhães Noronha: Refere-se a lei a valores, expressão genérica que abrange metais, pedras preciosas e outras coisas suscetíveis de conversão em dinheiro. E isto porque o que caracteriza a majorante não é a natureza da coisa móvel, mas a circunstância do ofício do sujeito passivo, o fato de achar-se em serviço de transporte de valores⁶⁰.

Destarte, na hipótese de roubo praticado em face de uma vítima funcionária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT) que está transportando produtos valiosos, a aplicação da referida majorante é de rigor, conforme se colhe do seguinte precedente:

Deve incidir a majorante prevista no inciso III do § 2º do art. 157 do CP na hipótese em que o autor pratique o roubo ciente de que as vítimas, funcionários da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), transportavam grande quantidade de produtos cosméticos de expressivo valor econômico e liquidez. O inciso III do § 2º do art. 157 do CP disciplina que a pena aumenta-se de um terço até metade “se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância”. O termo “valores” não se restringe a dinheiro em espécie, devendo-se incluir bens que possuam expressão econômica (HC 32.121-SP, Quinta Turma, DJ 28/6/2004). Nesse contexto, cumpre considerar que, na hipótese em análise, a grande quantidade de produtos cosméticos subtraídos possuem expressivo valor econômico e liquidez, já que podem ser facilmente negociáveis e convertidos em pecúnia. Deve, portanto, incidir a majorante pelo serviço de transporte de valores (STJ, REsp 1.309.966-RJ, Rel. Min. Rel. Laurita Vaz, julgado em 26/8/2014).

60 NORONHA (1991, p. 249).

2.7 DOSIMETRIA DA PENA NOS CRIMES DA LEI DE LICITAÇÃO

Os delitos previstos na lei de licitação podem se dar de variadas formas. Tomando-se como exemplo o art. 89 da Lei nº 8.666/1993 tipifica a conduta de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

As formalidades para a dispensa ou inexigibilidade da licitação exigidas pela lei são inúmeras, de sorte que o crime pode ser cometido em diferentes graus de sofisticação. Quando esse grau de sofisticação for elevado, a maneira de execução do crime configura-se como aspecto relacionado ao delito idôneo para refletir na pena-base, conforme reconhece a jurisprudência:

O grau de elaboração no cometimento do crime, bem como a maior determinação dos réus em esconder dos órgãos de fiscalização as irregularidades cometidas durante a execução da empreitada conveniada devem pesar negativamente a título da diretriz circunstâncias do crime. (TRF4, APN 2004.04.01.017043-6, Quarta Seção, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 15/09/2010)

Diante disso, a maior sofisticação da prática dos delitos previstos na Lei nº 8.666/1993, seja por envolver maior complexidade, seja por dificultar o seu descobrimento, enseja a elevação da pena-base do acusado.

O montante do dano causado ao patrimônio público seja valorado como circunstância judicial negativa, no âmbito das consequências do crime, nos termos do art. 59 do Código Penal.

De fato, mesmo nos crimes materiais nos quais o dano patrimonial é ínsito ao tipo penal, a extensão do prejuízo causado é um aspecto do crime que o Julgador deve levar em consideração para individualizar a pena-base.

Nessa análise, não se está investigando a ocorrência de prejuízo ao Erário, pois isso já foi constatado no juízo positivo de tipicidade. O que se está determinando é a maior ou menor danosidade desse prejuízo. Como lembra Fernando Galvão, a expressividade dos danos causados à sociedade tem idoneidade para interferir no montante de pena a ser fixada: “O critério de análise pertinente às consequências do crime deve tratar dos efeitos concretos da conduta do agente, considerando-se a intensidade dos danos, ou do perigo de dano, causados à vítima, a terceiros ou à própria sociedade⁶¹.”

O próprio Superior Tribunal de Justiça já decidiu favoravelmente à necessidade de valoração do montante do prejuízo para se determinar a pena-base:

A fixação da pena-base um pouco acima do mínimo legal (aumento de apenas 1/12) está suficientemente fundamentada na consideração desfavorável das consequências do crime, as quais, de fato, emprestaram à conduta especial reprovabilidade, mormente em se considerando o prejuízo causado ao erário (mais de quinze mil reais na década de 90) de um pequeno município (STJ, AgRg no REsp 1293176/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014)

Desse modo, em quaisquer dos crimes previstos na Lei nº 8.666/1993, o juiz deve levar em consideração, para agravar a pena-base do réu, eventual prejuízo ao Erário de grandes proporções.

2.8 DOSIMETRIA DA PENA NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Relativamente aos crimes previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal, incide a causa de aumento de pena do art. 327, § 2º, pela qual a pena será aumentada de terça parte quando os autores dos crimes

61 GALVÃO (2013, p. 662).



previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgãos da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

O dispositivo é de redação um tanto defeituosa, tornando difícil o trabalho de interpretação.⁶² Uma primeira questão é a possibilidade ou não de aplicação a ocupantes de cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de autarquias, não mencionadas expressamente. A resposta é afirmativa. Claramente a norma quis abranger as autarquias, pois aludiu a todos os entes da administração direta e indireta e chegou a mencionar as fundações, espécies de autarquias, segundo a doutrina administrativista. A redação diz menos que o espírito da lei. Assim vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PARTICULARIZAÇÃO DO DISPOSITIVO VIOLADO. SÚMULA Nº 284/STF. NÃO-CONHECIMENTO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 29 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CAUSA DE AUMENTO. OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO OU DE FUNÇÃO DE DIREÇÃO OU ASSESSORAMENTO. INCLUÍDA AUTARQUIA.[...]

4. A disposição do parágrafo 2º do artigo 327 do Código Penal, inequivocamente, compreende implicitamente as autarquias, fazendo, com faz, enumeração que vai dos órgãos da administração direta aos entes paraestatais, suprimindo, assim, qualquer dúvida sobre os funcionários autárquicos, cuja exclusão caracterizaria interpretação de resultado absurdo.

62 Nesse sentido, por exemplo: PAGLIARO (2009, p. 22).

5. Recurso conhecido em parte e improvido.

(REsp 940.861/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2008, DJe 10/03/2008)

O dispositivo vem sendo interpretado no sentido de sua inaplicabilidade aos agentes políticos pelo mero fato de o serem:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PECULATO-DESVIO. TIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVANTES. ART. 62, I E II, DO CP. CARACTERIZAÇÃO. EXCLUSÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. EXASPERAÇÃO EM RAZÃO DO NÚMERO DE DELITOS. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. VEREADOR. CAUSA DE AUMENTO. ART. 327, § 2º, DO CP. INAPLICABILIDADE. ANALOGIA IN MALAM PARTEM. INADMISSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. PARADIGMA NÃO COLACIONADO.

1. A conduta praticada pela recorrente amolda-se ao crime de peculato-desvio, tipificado na última parte do art. 312 do Código Penal.[...]

5. A norma penal incriminadora não admite a analogia in malam partem. Se o dispositivo não incluiu, no rol daqueles que terão suas penas majoradas em 1/3, os ocupantes de cargos político-eletivos, como o de vereador, não é possível fazer incidir a causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal tão só em função de o delito ter sido praticado no exercício da função.[...]

7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido, a fim de excluir a causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal, ficando a pena da recorrente reduzida a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, mais 20 dias-multa, no valor unitário fixado pelas instâncias ordinárias, restabelecido o regime

aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na forma da sentença.

(REsp 1244377/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 15/04/2014)

Contudo, é possível a aplicação da causa de aumento se o agente político detiver atribuições outras, como a de presidente de câmara de vereadores, porquanto será também funcionário público da administração direta, inclusive ocupando seu cume em muitos dos casos. Decidiram dessa forma o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: Recurso ordinário em Habeas Corpus. Penal. Sentença condenatória transitada em julgado. Impossibilidade de admitir-se o habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal. Presidente da Câmara Legislativa. Peculato. Ausência de repasse das verbas descontadas. Exercício de função administrativa. Incidência da causa de aumento de pena do art. 327, § 2º, do CP.

O habeas corpus não pode ser manejado como sucedâneo de revisão criminal em face da ausência de ilegalidade flagrante em condenação com trânsito em julgado. Recurso não conhecido nesse ponto. É entendimento reiterado desta Corte que a causa de aumento de pena prevista no § 2º do art. 327 do Código Penal se aplica aos agentes detentores de mandato eletivo que exercem, cumulativamente, as funções política e administrativa. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

(RHC 110513, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 15-06-2012 PUBLIC 18-06-2012)



PENAL. HABEAS CORPUS. PECULATO. PRESIDENTE DA CÂMARA LEGISLATIVA. AUSÊNCIA DE REPASSE DAS VERBAS DESCONTADAS. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 327, § 2º, DO CP. EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO NA FUNÇÃO DE DIREÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. O Presidente da Câmara Municipal, além do exercício político como chefe do Poder Legislativo local, possui atribuições de caráter administrativo, como repasse das verbas descontadas da folha de pagamento de funcionários, de forma que o paciente equipara-se a funcionário público na função de direção da Administração Direta e, conseqüentemente, tem contra si o reconhecimento da causa de aumento de pena do art. 327, § 2º, do CP.

2. Ordem denegada.

(HC 91.697/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010)

PENAL. HABEAS CORPUS. PECULATO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. DEFICIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. PRESIDENTE DA CÂMARA LEGISLATIVA. AUSÊNCIA DE REPASSE DAS VERBAS DESCONTADAS. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 327, § 2º, DO CP. EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO NA FUNÇÃO DE DIREÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.[...]

3. O Presidente da Câmara Municipal, além do exercício político como chefe do Poder Legislativo local, possui atribuições de caráter administrativo, como repasse das verbas descontadas da folha de pagamento de funcionários, de forma que o paciente equipara-



-se a funcionário público na função de direção da Administração Direta e, conseqüentemente, tem contra si o reconhecimento da causa de aumento de pena do art. 327, § 2º, do CP.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC 110.575/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 28/06/2010)

Igual raciocínio se aplica ao governador de estado, da administração direta, consoante doutrina⁶³ e jurisprudência (STF, Inq. 1.769, Velloso, Pl. 1/12/2004).

Importante também lembrar que, não se cuidando de elementar típica, a causa de aumento, consoante o art. 30 do Código Penal, não se aplica a coautores ou partícipes que não se enquadrem em uma das situações nela previstas.

Por óbvio, o fato de o agente delitivo não se encontrar em uma das situações da causa de aumento não impede que a qualidade de funcionário de determinada espécie seja valorada a outro título, como na culpabilidade. O que não pode haver é a valoração na pena da mera qualidade de funcionário público, elementar típica, sob pena de *bis in idem*. Se o agente delitivo é funcionário público de algumas categorias, deve receber sanção maior, consoante o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. PECULATO. AS CIRCUNSTÂNCIAS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL NÃO SE CONFUNDEM COM AS CAUSAS DE AUMENTO PREVISTAS NO § 2º DO ARTIGO 327 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. EXERCÍCIO DE CHEFIA DE ESCRIVANINHA DE PAZ. RECOLHIMENTO INDEVIDO DE ITBI. DESPREZO AO

63 BALTAZAR JÚNIOR (2010, p. 124).



MUNUS PÚBLICO EXERCIDO. APROVEITAMENTO DA BOA-FÉ DE CIDADÃOS COMUNS. CULPABILIDADE INTENSA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL MANTIDA. ENQUADRAMENTO DA CONDUTA NÃO DISCUTIDO NO WRIT. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O parágrafo § 2º do artigo 327 do Código Penal estabelece causas de aumento que incidem na terceira etapa do sistema trifásico de fixação da pena preconizado por Nelson Hungria, hipóteses que não se confundem com circunstâncias judiciais desfavoráveis consideradas na fixação da pena-base, primeira etapa do cálculo da reprimenda. O fato de uma circunstância não estar prevista no parágrafo 2º do artigo 327 do Código Penal não obsta que o dado seja sopesado pelo magistrado na análise da culpabilidade do agente.

2. É ilógico exigir-se previsão legal para o reconhecimento de uma circunstância judicial desfavorável, justamente porque decorre de construção judicial, conforme elementos fáticos encontrados nos autos, daí a margem de discricionariedade dada ao magistrado para que possa julgar, dentro dos limites legais, considerando a singularidade do caso concreto.

3. O desprezo ao munus público exercido associado ao aproveitamento de confiança depositada por cidadãos comuns intensificam o grau de reprovação da conduta do agente. Mantida a circunstância judicial desfavorável.[...]

5. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no HC 107.553/SC, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 25/09/2008, DJe 13/10/2008)



Ademais, a causa de aumento se destina aos agentes delitivos que ocupem os cargos ou funções nela previstos, não incidindo se praticados contra eles.

Importante lembrar que, por força do art. 92 do Código Penal, boa parte das condenações por crimes contra a administração deve acarretar a decretação da perda do cargo público, da função pública ou do mandato eletivo. Com efeito, a perda deve ocorrer (art. 92, I, “a” e “b” do Código Penal: “a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública”; ou “b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos”.

Os crimes funcionais, via de regra, envolverão abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública, além de pena igual ou superior a um ano, de modo que a decretação da perda será necessária. De acordo com o parágrafo único do art. 92 do Código Penal, esse efeito da sentença não é automático. Por isso, é importante que o Ministério Público provoque o juiz a decretar a perda, motivadamente, cabendo embargos de declaração caso se omita quanto a essa questão.

Também vale consignar que não impede a decretação da perda o fato de o agente delitivo ter sido demitido ou exonerado administrativamente. É que, mesmo afastado da função pública por decisão administrativa ou por decisão de outro juízo, em face do princípio da independência da instância penal, faz-se mister a expressa decretação de perda da função pública como consequência da sentença penal condenatória.

Basta, por exemplo, pensar-se na possibilidade de anulação judicial do processo administrativo por alguma irregularidade de cunho meramente formal no seu procedimento, o que poderia acarretar a



reintegração do agente, para que se conclua pela imprescindibilidade de manifestação judicial sobre a perda do cargo.

Na linha do que aqui se defende, o seguinte acórdão:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO EM DETRIMENTO DE EMPRESA PÚBLICA FEDERAL – CEF. CONTINUIDADE DELITIVA. ARTIGO 312 C/C 71 DO CÓDIGO PENAL. CONDUTA PERPETRADA POR EMPREGADO DA CEF NA FUNÇÃO DE GERENTE DE AGÊNCIA. EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO. (CP, ART. 327). DEMISSÃO NA SEARA ADMINISTRATIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RECURSO DA ACUSAÇÃO: PERDA DE EMPREGO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. RESGUARDO À MORALIDADE E PROIBIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS. EFEITO PERMANENTE DA CONDENAÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS OBJETIVOS (CP, ART. 92, I, 'a'): PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 01 ANO E CONDUTA QUE VIOLOU DEVER FUNCIONAL. DECRETAÇÃO DA PERDA DE EMPREGO. POSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO ESPECÍFICA (DISCRICIONARIEDADE) CONJUGADA COM OS REQUISITOS OBJETIVOS. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA: ESTADO DE NECESSIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. ABSOLVIÇÃO (CPP, ART. 386, VI). IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. RAZOABILIDADE. MANUTENÇÃO[...]

4 – A perda de cargo ou função pública é efeito específico da condenação, não automático, que reclama motivação adequada. Embora a lei penal se refira expressamente a cargo ou função pública (CP, Art. 92, I), é possível a decretação da perda do emprego mantido



junto à administração pública indireta da União, tendo em vista não haver dúvidas de que fora a intenção do legislador extirpar dos quadros da administração pública (qualquer que seja o regime de trabalho), aquele que causou dano ao erário.

5 – A demissão na seara administrativa não impede a perda do emprego, enquanto efeito específico da condenação (CP, Art. 92, I, 'a'), uma vez considerada a independência das esferas, especialmente, tendo em conta que a determinação revela-se necessária para obstar eventual reintegração.

6 – Nos crimes de peculato, a importância do bem jurídico protegido vai além da questão meramente patrimonial, uma vez que a norma penal incriminadora visa tutelar a moralidade e a probidade dos agentes públicos, que não estariam devidamente resguardados se se permitisse, v.g., a permanência do empregado da CEF (equiparado a funcionário público – CP, Art. 327) infrator no exercício de suas funções (gerente de agência) ou mesmo permitindo o seu reingresso na instituição bancária pública.

7 – A decretação da perda de cargo público demanda motivação específica (discricionariedade) conjugada com os requisitos objetivos (CP, Art. 92), presentes na hipótese: a) pena privativa de liberdade superior a 01 ano; b) violação de dever funcional para com a administração pública – no caso – empresa pública federal (CEF).

8 – Acolhe-se o recurso da acusação, considerando a pena aplicada e a conduta do acusado, que causou quebra de confiança no desempenho dos seus deveres funcionais, além de prejuízo considerável à CEF, para declarar a perda do emprego (CP, Art. 92, I, 'a') exercido na referida instituição bancária pública pelo acusado, como efeito da condenação. [...]

12 – Apelação do Ministério Público Federal provida.

13 – Apelação do réu improvida.



Serão objeto de análise específica dos crimes contra a administração do Código Penal o peculato, a corrupção e a concussão. É desnecessário repetir as considerações sobre a dosimetria da parte geral. O que se consignou na ocasião se aplica a esses crimes, com as mudanças que se mostrarem necessárias nos casos concretos.

Assim, por exemplo, o valor desviado no peculato deve repercutir na dosimetria da pena pelas consequências delitivas do art. 59 do Código. Não é possível determinar critérios matemáticos para relacionar o valor e o aumento da pena, tampouco o montante mínimo a partir do qual a pena deve ser majorada. De toda sorte, o Superior Tribunal de Justiça admitiu o aumento da pena quando o peculato envolveu pouco mais de R\$ 40 mil:

HABEAS CORPUS. PECULATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO EXACERBADO À VÍTIMA. FUNDAMENTO IDÔNEO. REINCIDÊNCIA. QUANTUM DO AUMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO DA REPRIMENDA EM 2/3. PROPORCIONALIDADE. NÚMERO DE INFRAÇÕES PRATICADAS. CRITÉRIO OBJETIVO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A gravidade exacerbada da lesão, que ocasionou ao todo um prejuízo de R\$ 46.441,00 ao banco, justifica a valoração negativa das consequências do delito.

2. Embora a lei não preveja percentuais mínimo e máximo de majoração da pena pela reincidência, verifica-se que as instâncias ordinárias exasperaram a reprimenda em apenas 1/8, fração muito aquém do patamar de 1/6, o qual tem sido o erigido pela doutrina



e pela jurisprudência como fração média razoável e proporcional a ser utilizada em razão da reincidência, de maneira que não se vislumbra nenhuma ilegalidade a ser sanada nesse ponto.

3. Segundo orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o aumento da pena pela continuidade delitiva prevista no caput do art. 71 do Código Penal se faz, basicamente, em razão do número de infrações praticadas (critério objetivo).

4. Verificada a prática de 75 delitos de peculato, mostra-se correto o aumento de 2/3 procedido por força do crime continuado.

Precedentes.[...]

6. Ordem denegada.

(HC 141.884/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 05/09/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE PECULATO. ART. 312, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE. PENA DE MULTA. CRITÉRIO TRIFÁSICO UTILIZADO PARA COMINAR A SANÇÃO SEGREGATIVA, CONSIDERANDO AINDA A CONDIÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL AO QUAL SE NEGOU SEGUIMENTO. DECISÃO MANTIDA EM SEUS PRÓPRIOS TERMOS. CORREÇÃO DE MERA IMPRECISÃO, SEM EFEITOS NO DECISUM. ARGUIDO *bis in idem* NA DOSIMETRIA. QUESTÃO NÃO PREQUESTIONADA. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE QUE ENSEJASSE A CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.[...]



3. Quanto às circunstâncias do crime, o acórdão impugnado apresentou fundamentação apta à fixação da pena-base acima do mínimo legal, pois considerou, concretamente, os elementos acidentais que extrapolam o tipo básico previsto no art. 312 do Código Penal. O Tribunal a quo consignou o alto grau de elaboração na prática do ilícito. O Agravante engendrou a conduta delituosa, cooptando os corrêus, ocultando e destruindo vestígios, de forma cautelosa e sistemática, com o fim de se livrar do controle da Caixa Econômica Federal.

4. A aferição da personalidade foi perfeitamente realizada, pois constam elementos suficientes e bastantes para levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão. Com efeito, segundo o laudo psiquiátrico, o Agravante é portador de distúrbio denominado anti-social, sendo que “os atributos do criminoso, mencionados pelo expert (desprezo das obrigações sociais, falta de empatia e desvio considerável entre o seu comportamento e as normas sociais estabelecidas, destacando-se que as experiências adversas não modificam seu comportamento etc.), representam os sintomas do transtorno de personalidade”.

5. As consequências dos crimes também se revelam desfavoráveis, uma vez que restaram comprovados os enormes prejuízos econômicos, de grande monta, estimados, à época, em cerca de R\$450.000,00. A vultosa quantia desviada justifica a maior reprovação.[...]

8. Agravamento regimental parcialmente conhecido e desprovido.

(AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1113688/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 28/03/2014)

O Superior Tribunal de Justiça aceita a majoração da pena pelo fato de os delitos terem sido cometidos em localidade pobre, cujos habitantes são pessoas humildes e sem acesso a políticas públicas:



PENAL. HABEAS CORPUS. PECULATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MENÇÃO AO FATO DE O DELITO TER SIDO PRATICADO EM COMUNIDADE FORMADA POR PESSOA HUMILDES E QUE NECESSITAM DE DIVERSAS POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DE AÇÕES PENAIS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE (SÚMULA 444/STJ). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PERSONALIDADE DO AGENTE. CONSIDERAÇÃO DA PRÁTICA DO PRÓPRIO CRIME COMO DADO CONCRETO A JUSTIFICAR A DESFAVORABILIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVOS DO CRIME. UTILIZAÇÃO DE EXPRESSÕES VAGAS E MENÇÃO AO LUCRO FÁCIL, INERENTE AO TIPO PENAL. INVIABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MENÇÃO AOS EFEITOS CONCRETOS DA AÇÃO PRATICADA PELO PACIENTE. INEXISTÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO PARCIAL.

1. Na primeira fase da dosimetria da pena, cabe ao julgador fundamentar concretamente a consideração de cada circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal, de acordo a discricionariedade vinculada conferida por lei.
2. Evidenciado que as instâncias ordinárias lograram demonstrar a maior reprovabilidade da conduta imputada ao paciente, com menção a elementos que desbordam do próprio tipo penal de peculato, não há falar em constrangimento ilegal em razão da consideração negativa da referida circunstância judicial.



3. O fato de o delito contra a Administração ter sido praticado em comunidade formada, quase em sua totalidade, por pessoas humildes e carentes das mais diversas políticas públicas pode ser considerado negativamente, a título de circunstâncias do crime, pois cuida-se de elementos concretos que revelam o contexto em que o paciente, na condição de presidente da Câmara de Vereadores do município, praticou a conduta delituosa, evidenciando que, além de a comunidade ter sido privada do mínimo necessário e ter sido lesada na escolha do parlamentar, dificilmente se mobilizaria para fiscalizar as ações do acusado.
4. Verificado que as condenações a que se fez menção, a título de maus antecedentes, não transitaram em julgado, mostra-se inviável o aumento da pena-base com fundamento na referida circunstância judicial (Súmula 444/STJ).
5. A afirmação a respeito da personalidade do agente, consubstanciada na prática do próprio crime a ele imputado, se desvinculada de outros elementos que demonstrem a boa ou má índole do acusado, não é hábil a justificar o aumento da pena-base.
6. Os motivos e as consequências do crime, se desconectados de elementos que desbordam do próprio tipo penal, não são aptos a justificar a exasperação da reprimenda na primeira fase. O lucro fácil e a repercussão do delito na comunidade são exemplos de circunstâncias inerentes ao crime em apreço.
7. Ordem parcialmente concedida para afastar quatro circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis (antecedentes e personalidade do réu, motivos e consequências do crime) pelas instâncias ordinárias, resultando a pena definitiva em 10 anos de reclusão e 49 dias-multa.



(HC 148.384/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 22/10/2012)

O crime de corrupção passiva do art. 317 do Código Penal tem causa de aumento de pena no seu § 1º, redigido como segue: “§ 1º A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.”

Essa causa de aumento configura a chamada corrupção própria, na qual o funcionário público se omite na prática de ato ou o retarda indevidamente ou pratica atos com infração de dever funcional. Na modalidade do *caput*, não há a ação ou a omissão ilícita posterior à vantagem ou promessa, o que justifica a majoração do § 1º.

O dever funcional infringido pela ação ou pela omissão não precisa estar previsto em lei em sentido estrito, podendo constar de regulamentos, circulares, ordens do chefe, costumes administrativos e outros.⁶⁴

A forma privilegiada do delito, a seu turno, caracteriza-se pela ausência de venalidade, de vantagem indevida, pois, nos termos do § 2º, “o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem”. A redação não traz dificuldades, sendo desnecessárias considerações adicionais sobre o dispositivo.

O crime de concussão também não tem causas específicas de aumento ou de diminuição de pena. Por sua vez, apresenta qualificadoras nos §§ 1º e 2º, de fácil compreensão e que não demandam análise.

Em alguns casos, a pena tem sido aumentada pela maior culpabilidade no crime cometido por funcionários públicos, como delegados:

64 PAGLIARO; COSTA JR. (2009, p. 123).



PENAL – EMBARGOS INFRINGENTES – CONCUSSÃO – ART. 316 DO CP – DOSIMETRIA DA PENA – PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – DELEGADO DE POLÍCIA – ART. 299 DO CP – PRESCRIÇÃO

I – A fixação da pena base bem acima do mínimo legal se deu de forma fundamentada em virtude da consideração da culpabilidade, dos motivos, das circunstâncias e das conseqüências do crime, que militam em desfavor do acusado; II – A despeito da qualidade de funcionário público ser elemento do tipo penal imputado ao Réu, sendo ele Delegado da Polícia Federal, sua conduta possui acentuada reprovação, mormente diante da repercussão para a dignidade do cargo e para a própria instituição, reprovação esta que impede a fixação da pena mínima como pena base; [...]

IV – Embargos Infringentes desprovidos.

(EACR 9702460719, Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, TRF2 – PRIMEIRA SEÇÃO, DJU – Data:07/11/2005 – Página: 135.)

O crime é formal e não apresenta peculiaridades relativamente à continuidade delitiva. Por isso, a reiteração mensal da exigência configura crimes autônomos, devendo incidir a causa de aumento da continuidade delitiva, se presentes todas as condições do art. 71 do Código Penal:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO. (1) DOSIMETRIA (A) FIXAÇÃO DA PENA-BASE. (i) MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS PENAIS EM CURSO. NÃO APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES. DEFICIÊNCIA DA INSTRUÇÃO. COGNIÇÃO DO WRIT. IMPOSSIBILIDADE. (ii) CONDIÇÃO DE PREFEITO.



CONLUIO COM PRESIDENTE DE AUTARQUIA MUNICIPAL E EX-DIRETOR DE EMPRESA VÍTIMA. ASPECTOS LIGADOS À MAIS PROPÍCIA AFETAÇÃO DO BEM JURÍDICO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (B) CONTINUIDADE DELITIVA. MAJORAÇÃO DA PENA. DOIS TERÇOS. ESQUEMA DE COBRANÇA MENSAL DE PROPINA. DURAÇÃO DE MAIS DE UM ANO. CONSTRANGIMENTO. AUSÊNCIA. (2) REGIME INICIAL FECHADO. PENA DE CINCO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1. A fixação da pena-base deve ser lastreada em dados concretos, que se refiram aspectos externos à descrição típica. A apreciação dos antecedentes depende da escorreita instrução do writ. Ausente a apresentação da certidão de antecedentes, tem-se por inviabilizado o exame respectivo. Não se apura carência de motivação na exasperação da pena-base calcada na condição de prefeito municipal aliada ao conluio com o presidente de autarquia municipal e com o ex-diretor da empresa vítima. Tal contexto autoriza apurar uma condição mais propícia à afetação do bem jurídico.

2. Na cristalização do aumento de pena na continuidade delitiva, o critério fundamental é o número de infrações praticadas, sendo adequado estabelecer-se no máximo a exasperação quando da prática mensal, por mais de um ano, da cobrança de propina, em esquema que teria rendido U\$\$ 2.320.000.

3. Não há irregularidade no estabelecimento do regime inicial fechado para pena superior a quatro e aquém de oito anos, desde que militem em desfavor do condenado circunstâncias negativas, como estatui o art. 33, § 3.º, do Código Penal.

4. Ordem denegada.



(HC 117.514/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 05/12/2011)

O Decreto-lei nº 201/1967 não traz nenhuma regra específica de dosimetria da pena. De peculiar no diploma normativo, há apenas a sanção do art. 1º, § 2º, de “perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular”. Assim, cabe somente traçar algumas considerações sobre as normas gerais de dosimetria da pena relativamente a esses delitos.

Na primeira fase da dosimetria, o Superior Tribunal de Justiça admitiu o aumento de pena, pela maior culpabilidade, em decorrência da destinação das verbas apropriadas, obras emergenciais por causa de chuvas:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO EMBARGADO. EQUÍVOCOS. FALTA DE INDICAÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. APRECIÇÃO DE TESES CONSTANTES DO RECURSO NÃO ADMITIDO. DESCABIMENTO. APROPRIAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS (ARTS. 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/1967 E 299 DO CP). DOSIMETRIA. EXISTÊNCIA DE ILEGALIDADES FLAGRANTES. CONSTATAÇÃO. WRIT DEFERIDO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.[...]

3. Valorada negativamente a culpabilidade, em razão de a prática delitativa ter ocorrido numa situação emergencial, em que as verbas públicas seriam utilizadas nos reparos causados pelas chuvas, em especial, no que diz respeito à população menos favorecida, não



cabia ao Juízo a quo utilizar o mesmo fato para atribuir desvalor aos motivos e às circunstâncias do crime. Ao assim proceder, incorreu no indevido *bis in idem*. [...]

7. Remanescendo tão só a pena imposta quanto ao delito do art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, a qual foi redimensionada para 4 anos e 6 meses, é possível ao ora embargante, que é primário, iniciar o seu cumprimento em regime semiaberto.

8. Embargos de declaração rejeitados. Habeas corpus concedido de ofício, para redimensionar as penas aplicadas ao embargante pelos crimes tipificados nos arts. 299 do Código Penal e 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, em razão do afastamento da valoração negativa dos antecedentes, em relação a ambos os delitos, e, apenas quanto ao último, do afastamento do desvalor atribuído também aos motivos e às circunstâncias do crime, bem como para fixar o regime inicial semiaberto. De ofício, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal, fica extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, do crime do art. 299 do Código Penal, nos termos do art. 107, IV, c/c os arts. 109, IV, 110, § 1º, e 114, II, do mesmo estatuto.

(EDcl no AgRg no AREsp 171.834/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 13/03/2013)

O Superior Tribunal de Justiça também reconheceu a necessidade de aumento de pena pelas circunstâncias, o uso de documentos falsos, e as consequências, porquanto o delito foi praticado em município pequeno, com 14 mil habitantes, de modo que a ausência dos recursos repercutia mais intensamente que em outros casos:

HABEAS CORPUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.



DESAVORABILIDADE DE ALGUMAS. FUNDAMENTAÇÃO PORMENORIZADA. EXISTÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA REPRIMENDA, INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER RECONHECÍVEIS DE PLANO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.[...]

2. A elevação da pena-base encontra-se justificada diante da gravidade das circunstâncias que envolveram a empreitada criminosa, bem como das consequências danosas ao erário público, mormente em se tratando de Município de pequeno porte, com recursos limitados, mostrando-se a reprimenda, tal qual fixada, proporcional aos atos criminosos cometidos pelo agente.[...]

(HC 150.541/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 21/05/2012)

A localização do município em área sujeita a seca foi valorada como consequência desfavorável pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. ART. 1.º, INCISOS I DO DECRETO-LEI N.º 201/67. CONVÊNIO FIRMADO COM O MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, DOS RECURSOS HÍDRICOS E DA AMAZÔNIA LEGAL. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS EM PROVEITO DE TERCEIRO. RECURSO ADESIVO CRIMINAL. NÃO CONHECIMENTO. NÃO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECEDENTE DESTA TURMA. DOSIMETRIA DA PENA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. REAVALIAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL “CONSEQUÊNCIAS DO CRIME”. REPERCUSSÃO SOCIAL PROVOCADA PELO



DESVIO DE RECURSOS. POSSIBILIDADE. REGIME SEMI-ABERTO. VEDADA A SUBSTITUIÇÃO. ART. 44, I, DO CP. [...]

2. O Ministério Público Federal apela da sentença do Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, que julgou procedente em parte a pretensão punitiva estatal, condenando o apelado, ex-prefeito do Município de Fagundes/PB, à pena definitiva de 03 (três) anos de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n.º 201/67, em regime inicial aberto, substituída por uma pena restritiva de direito e multa, além de inabilitação pelo prazo de 05 (cinco) anos para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação.

3. A instrução processual confirmou, a toda evidência, o que foi apurado nos autos do procedimento administrativo MPF/PRM-CG/PB n.º 1.24.001.000115/2003-58, confirmando que no exercício financeiro de 1996, o referido município, representado pelo acusado, celebrou o Convênio n.º 106/96 (fls. 77/84 do apenso) com o Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, através do qual foram repassados àquele Município, recursos no montante de R\$ 90.013,55 (noventa mil, treze reais e cinquenta e cinco centavos – fl. 63 do apenso), cujo objeto era a construção de um açude no Sítio Souza, para abastecimento da população daquela municipalidade.

4. As irregularidades no Convênio n.º 106/96, firmadas pelo referido Município à época dos fatos desencadearam a instauração de Tomada de Contas Especial pelo órgão cedente, culminando com o Tribunal de Contas da União julgando irregulares as contas do acusado.

5. Levando em conta a repercussão social do dano infligido àquela comunidade, além de hipossuficiente e sujeita aos efeitos da seca, sob a influência da cupidez do administrador público que trata



a coisa pública como se privada fosse, tem-se por pertinente a irresignação do Ministério Público Federal.

6. Merece ser revisto o tópico da sentença quanto às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, recrudescida na circunstância “consequências do crime”, para fixar a pena-base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, tornando definitiva ante a inexistência de circunstância agravantes e atenuantes e de causas de aumento e de diminuição, a ser cumprido em regime semiaberto, vedada a substituição diante da incidência do art. 44, I, do CP. Apelação criminal provida.

(ACR 200505000159293, Desembargadora Federal Cíntia Menezes Brunetta, TRF5 – Primeira Turma, DJE – Data: 01/08/2013 – Página: 270.)

A maior reprovabilidade igualmente foi aceita em casos de dano patrimonial expressivo e fraude à licitação:

HABEAS CORPUS. ART. 1.º, INCISO I, DO DECRETO-LEI 207/67. TESE DE INOCÊNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DA PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. VIA IMPRÓPRIA. APELO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ANÁLISE INVIABILIZADA. IMPETRAÇÃO DEFICITARIAMENTE INSTRUÍDA. ORDEM DENEGADA.[...]

2. Justificada a fixação da pena-base acima do mínimo legal porque o dano patrimonial foi expressivo e o crime de apropriação de rendas públicas foi cometido mediante fraude à licitação e falsificação de documentos, o que certamente traz maior reprovabilidade à conduta do Paciente.[...]



4. Habeas corpus denegado.

(HC 131.905/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 07/06/2011)

A culpabilidade intensa também teve fundamento nos valores desviados e no fato de a esposa do prefeito ser destinatária de parte da quantia:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. APROPRIAÇÃO DE VERBA PÚBLICA. ART. 1º, I, DO DECRETO 201/67. RECEBIMENTO INDEVIDO DE INDENIZAÇÃO DE DIÁRIAS DE VIAGENS. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXACERBADA DE MODO DESPROPORCIONAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. No que se refere à culpabilidade, utilizou-se o magistrado de requisito inerente à própria caracterização do crime, tendo em vista que a circunstância de o réu, na condição de prefeito municipal, ter deixado de “honrar o mandato que lhe foi outorgado pelo povo”, subsume-se a conduta descrita no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67.

2. Por outro lado, a sentença condenatória reconheceu corretamente que a culpabilidade do acusado se revelou intensa, na medida em que se apropriou de quantias significativas do erário municipal, recebidas a título de indenização de diárias para viagens que não se efetivaram, auferindo vantagens indevidas para si e sua esposa, circunstância essa que extrapola a censurabilidade do próprio tipo penal e, portanto, merece reprovação.

3. Em relação aos maus antecedentes, no caso, não há qualquer documento que comprove que a certidão apontada pelo magistrado se refere somente a expedição e distribuição de cartas precatórias. De qualquer forma, a revisão dos elementos considerados para esse

fim demandaria aprofundada incursão na seara fático-probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus.

4. De notar, contudo, que tal afirmativa vai de encontro com a certidão a que se reporta o Juiz sentenciante, uma vez que o documento faz referência a uma execução penal, como bem ressaltou o Ministério Público Federal.

5. No que diz respeito aos motivos e às circunstâncias do crime, os fundamentos utilizados também são suficientes para a manutenção da fixação da reprimenda um pouco acima do mínimo legal. Entretanto, observa-se que o Juiz a quo não fez a menção a dados concretos dos autos que embasassem a conclusão desfavorável acerca da conduta social, eis que os motivos utilizados são estranhos ao fato pelo qual o réu está sendo punido e, por isso, não podem ser considerados.

6. Por fim, processos administrativos ou cíveis não servem para valorar negativamente a personalidade do agente, configurando constrangimento ilegal a exasperação da pena-base também nesse ponto.

7. Habeas corpus concedido para, decotando a indevida majoração da pena-base, reduzir a reprimenda recaída sobre o paciente, de 8 (oito) anos de reclusão, para 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantido o regime prisional fechado.

(HC 55.251/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 04/05/2011)

A origem ou a destinação das verbas igualmente vem sendo levada em conta. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região admite a majoração da pena se, por exemplo, os crimes envolvem recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EX-PREFEITA. APROPRIAÇÃO DE VERBAS REPASSADAS PELO FNDE (ART.1º, I, DEC-LEI 201/67). CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE RECURSO DA DEFESA. APELO MINISTERIAL ATACANDO A DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DEVIDAMENTE VALORADAS PELO JUÍZO A QUO. RECURSO IMPROVIDO, NOS TERMOS DO PARECER DA DOUTA PRR.

1. Processada por apropriação de verbas públicas (recursos repassados ao município de Coronel João Pessoa/RN pelo FNDE), a hoje ex-prefeita foi condenada às penas de 04 anos e 03 meses de reclusão, inabilitação para exercício de cargo ou função pública por 05 anos e reparação dos danos causados. Ela não recorreu, sendo que o MPF apelou atacando (apenas) a dosimetria da pena privativa de liberdade;

2. Cuida-se, pois, de apelação interposta pelo Ministério Público Federal, que requer o aumento da pena aplicada a ré pela prática do crime previsto no Art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67. Fala do desejo de que sejam valoradas negativamente (CP, Art. 59) a culpabilidade e a circunstâncias do crime;

3. O fato de a ré ser ordenadora da despesa não é razão para exasperação da pena-base, porquanto o crime, sendo próprio, já reclama a condição de prefeito para que seja cometido, algo – desde sempre – política e juridicamente mais significativo que a mera função de ordenar os pagamentos;

4. De outro lado, o fato de a ré ter emitido, a si mesmo, cheques da conta do FNDE, se de um lado revela ousadia, de outro já parece ter sido adequadamente punido na instância originária, que (na pena-base) exacerbou a punição mínima (02 anos) em mais de 100% (para 04 anos e 03 meses de reclusão);



5. Apelação improvida, nos termos, aliás, do pronunciamento da douta Procuradoria Regional da República.

(ACR 00005586120104058401, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, TRF5 – Segunda Turma, DJE – Data: 15/05/2014 – Página: 141.)

Em outros casos, a punição foi elevada por se tratar de verbas recebidas mediante convênio com a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) ou destinadas a melhorias sanitárias, de modo que o desvio impediu o exercício do direito constitucional à saúde:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. APROPRIAÇÃO DE VALORES RECEBIDOS EM VIRTUDE DE CONVÊNIO FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E A FUNASA (ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67). APELAÇÃO DO RÉU. PREJUDICIAIS DE MÉRITO. NÃO ACOLHIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO COMPROVADOS. APELAÇÃO IMPROVIDA. APELAÇÃO DO MPF. RÉU QUE ATUAVA COMO “LARANJA”. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RÉU EX-PREFEITO. DOSIMETRIA DA PENA. REFORMA. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME QUE EXTRAPOLAM AS DO TIPO PENAL. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. [...]

8. Dosimetria da pena. Pena-base. Faz-se clara a intensa reprovabilidade da conduta em tela, porquanto o acusado era plenamente dominus suorum actuum à época do ato delituoso, inexistindo quaisquer ínfimas circunstâncias exteriores à sua vontade que o premisssem, confrangendo-o a agir de modo contrário ao direito, agindo o réu por cupidéz e



desrespeito à coisa pública. As consequências do delito mostraram-se anormais, “haja vista que a errônea aplicação das verbas públicas pelo gestor prejudicou o usufruto, por parte da população, de direito básico constitucionalmente previsto, qual seja a saúde” (ACR 10131, Rel. Des. Margarida Cantarelli, TRF 5 – Quarta Turma, DJE – Data: 26/09/2013). No mesmo sentido: ACR 9598, Rel. Des. Cíntia Menezes Brunetta (convocada), TRF 5 – Primeira Turma, DJE – Data: 01/08/2013.

9. Ausentes circunstâncias legais atenuantes ou agravantes, bem como quaisquer causas de diminuição ou de aumento da pena, fixa-se a pena definitiva em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado (33 do CP), estando o réu inabilitado para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 1º, parágrafo 2º do Decreto-lei nº 201/67.

10. Apelação do MPF parcialmente provida, para manter a absolvição de ASLF e aumentar a pena imposta a ACCD. (ACR 00041772020104058200, Desembargador Federal Frederico Koehler, TRF5 – Primeira Turma, DJE – Data: 03/02/2014 – Página: 75.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. INOCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA. DOSIMETRIA. [...]

3. Os autos demonstram que o réu desviou 95% do valor que seria destinado à implementação de melhorias sanitárias domiciliares, montante que corresponde ao valor histórico de R\$ 113.275,15, mediante a realização de pagamentos ao fornecedor (Ello



Empreendimentos e Serviços Ltda.), não se importando com a entrega das obras.

4. Correto o sopesamento negativo das consequências do delito em virtude da maior danosidade decorrente da ação delituosa praticada, em que as verbas desviadas estavam destinadas à realização de melhorias sanitárias nos domicílios da parcela mais carente da comunidade local. Majoração da pena base em um ano, com a sua fixação em 3 (três) anos de reclusão, que se encontra dentro dos padrões de proporcionalidade.

5. Apelações não providas.

(ACR 00009848520104058300, Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, TRF5 – Segunda Turma, DJE – Data: 18/10/2012 – Página: 312.)

O raciocínio é o mesmo em se tratando de verbas destinadas à construção de escola, cujo desvio dificulta a efetivação do direito fundamental à educação:

PENAL. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. CONVÊNIO FIRMADO PARA CONSTRUÇÃO DE UMA ESCOLA. VERBAS DIRECIONADAS PARA A REFORMA DE UMA UNIDADE ESCOLAR EXISTENTE. LIBERAÇÃO DE RECURSOS UM DIA APÓS O RECEBIMENTO. ATESTADO DE CONCLUSÃO DE OBRA EM ESTADO PRECÁRIO. ANTECIPAÇÃO INDEVIDA DE PAGAMENTO À EMPRESA. DOLO DO AGENTE. AUTORIA E MATERIALIDADE CONFIGURADAS. DOSIMETRIA DA PENA. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DE PARTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59, DO CP. APELO IMPROVIDO.

1. Ex-Prefeito do Município de Paulista/PE, condenado pelo desvio de verbas recebidas pelo Município referentes ao Convênio firmado com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, no valor de R\$ 151.813,60 (cento e um mil, oitocentos e treze reais e sessenta centavos), tendo por objeto a construção de uma escola urbana e aquisição de equipamento escolar, com vigência até 24.10.1995, tendo os recursos sido integralmente repassados para a conta específica do convênio em 22.02.1995 e repassados à empresa no dia seguinte, pela pretensa execução do objeto do convênio em 04.10.1995, sendo, todavia, atestado pelo Ministério da Educação e do Desporto, que, na verdade, o valor foi destinado à reforma de escola já existente, sem o recebimento de equipamento escolar, sem a conclusão do serviço contratado, dado como findo em maio de 1996.

2. Autoria e materialidade comprovadas. Conduta dolosa. Prefeito que, apesar de ter firmado o convênio para construção de escola, utilizou as verbas conveniadas para o término da construção de escola parcialmente construída, liberando as verbas um dia após o seu recebimento, atestando a aceitação da obra pela Prefeitura no sentido de que “foram obedecidos os padrões técnicos exigidos, encontrando-se a unidade em perfeito funcionamento e atendendo plenamente à população”, apesar de o relatório de vistoria técnica do MEC ter atestado a deficiência do acabamento e da funcionalidade da reforma e a ausência de entrega do equipamento escolar.

3. Apelante que, no tocante à culpabilidade, circunstâncias e conseqüências do delito granjeou conceito desfavorável relativo aos requisitos judiciais, o que autoriza a fixação da pena-base em quantum acima do mínimo legal, sendo respeitado o sistema trifásico imposto pelo Diploma Penal.

4. Dosimetria da sentença que remeteu à fundamentação a negatividade das circunstâncias do crime, porque o Apelante participou ativamente do processo de desvio das verbas públicas e atestou falsamente obra em péssimo estado e das consequências do delito, considerando prejudicial o dano ao Erário Público e à população local, que não fora beneficiada com obra pública necessária para a educação municipal, já combalida pela falta de recursos, e que poderia ter sido melhorada se os recursos destinados à melhoria da escola e ao fornecimento de equipamentos escolares tivessem sido efetivamente aplicados e não desviados como foram.

5. Sopesados os requisitos do art. 59, do Código Penal, ante a presença de 03 (três) circunstâncias desfavoráveis ante as 08 (oito) a serem consideradas para a fixação da pena, nos termos do art. 59, do Código Penal, não há impedimento à fixação da pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão, mais próxima do mínimo legal de 02 (dois) anos do que do máximo legal de 12 (doze) anos de reclusão, tornada definitiva ante a ausência de agravantes e atenuantes e de majorantes ou minorantes.

6. Manutenção das penas de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública e suspensão de direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) anos, nos termos do parágrafo 2º, do art. 1º, do Decreto-lei nº 201/67.

7. Apelação improvida.

(ACR 200305000346783, Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira, TRF5 – Terceira Turma, DJE – Data: 23/04/2013 – Página: 273.)

PENAL E PROCESSUAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. EXPREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTANA DO MUNDAÚAL. FATOS PRATICADOS EM SUA GESTÃO. RECURSOS REPASSADOS PELO FNDE. PROGRAMA DINHEIRO DIRETO NA ESCOLA – PDDE. ART. 1º, I e VII, DO DECRETO-LEI



201/67. PRESCRIÇÃO QUANTO AO DELITO DO INCISO VII. NÃO COMPROVAÇÃO DA ENTREGA DOS MATERIAIS SUPOSTAMENTE ADQUIRIDOS PELA PREFEITURA. CRIME DO INCISO I CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DOSIMETRIA CORRETA DA PENA. IMPROVIMENTO. [...]

IV – Quanto à dosimetria, o magistrado a quo valorou corretamente as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, considerando desfavorável apenas as consequências do delito, visto tratar-se de conduta que desviou recursos destinados à educação, protegida constitucionalmente na condição de direito fundamental. Já no que tange às circunstâncias do crime e à culpabilidade do agente, não há nenhuma peculiaridade apta a ensejar a majoração da pena.

V – Apelações improvidas.

(ACR 20078000011800, Desembargador Federal Edílson Nobre, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 02/08/2012 – Página: 615.)

O desvio de verba de merenda escolar repercute na pena por via da circunstância judicial da consequência do art. 59 do Código Penal:

PENAL. PREFEITO. CONVÊNIO. MERENDA ESCOLAR. DESVIO DE VERBA PÚBLICA. SAQUES REALIZADOS EM CONTA PÚBLICA EM PROVEITO PRÓPRIO. ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. NOTAS FISCAIS, DECLARAÇÕES E TESTEMUNHOS. NÃO COMPROVAÇÃO DA APLICAÇÃO DA VERBA PÚBLICA NA COMPRA DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. GRAVIDADE DAS CONSEQUÊNCIAS. ALIMENTAÇÃO DE CRIANÇAS. SAQUES DIVERSOS. CONTINUIDADE DELITIVA. RESSARCIMENTO À VÍTIMA. bis in idem. NÃO

COMPROVAÇÃO. IMPROVIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. [...]

9. Com relação à dosimetria da pena, partindo do mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão, verificou, o Julgador, como desfavorável a circunstância judicial da consequência, diante do desvio de verbas públicas para a merenda escolar. Como a finalidade da verba é de relevante cunho social, verifica-se que a majoração em 1 (um) ano da pena foi bastante razoável, fixando, assim, a pena-base em 3 (três) anos. Não há o que ser revisto nesse ponto.

10. No tocante ao reconhecimento da continuidade delitiva, em razão da realização de mais de um saque na conta da Prefeitura, sem que tenha sido requerido na denúncia, não encontra óbice legal, nem afronta o princípio da correlação, haja vista que o réu se defende dos fatos e não da capitulação apresentada na denúncia. 11. Como o agente, conscientemente e de forma voluntária, valendo-se de sua condição de Prefeito do Município de Olivença/AL, efetuou quatro saques das contas da Prefeitura, desviando os valores em proveito próprio, cometeu o crime previsto no art. 1, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, em continuidade delitiva, haja vista que mediante mais de uma ação, no caso quatro saques realizados em proveito próprio, em curso período de tempo, praticou crimes da mesma espécie, com condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, sendo de se considerar a prática de crime continuado, consoante previsto no art. 71 do Código Penal.

12. Precedentes: TRF1, Quarta Turma, ACR 200137000075657, relator Desembargador Federal Ney Barros Bello Filho, DJ 21/09/2007; TRF3, Segunda Turma, ACR 37802, relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, e-DJF3 10/02/2011; TRF5, Primeira Turma, ACR 5411, relator Desembargador Federal César Carvalho, DJ 28/03/2008.

13. O aumento da pena na fração de 1/3 (um terço) observou à quantidade de crimes praticados, em número de 4 (quatro), sendo

razoável a majoração para obter a pena concreta de 4 (quatro) anos de reclusão, com a substituição por restritivas de direito.[...]

15. Improvimento do recurso de apelação.

(ACR 00003692220104058001, Desembargador Federal Marco Bruno Miranda Clementino, TRF5 – Segunda Turma, DJE – Data: 28/02/2013 – Página: 174.)

É certo que a aludida pena do art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 201/1967, de perda do cargo e inabilitação, é autônoma. Sendo assim, considerando que sua duração é de cinco anos, sua prescrição ocorre em doze anos, por força do art. 109, III, do Código Penal.

Nesse sentido já se pacificou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, por exemplo, a do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ART. 1.º, § 2.º DO DECRETO-LEI N.º 201/67. PENA DE INABILITAÇÃO PARA EXERCÍCIO DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA. PENAS AUTÔNOMAS EM RELAÇÃO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PRAZOS PRESCRICIONAIS DISTINTOS. PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO PRESENTE RECURSO, PARA AGUARDAR O JULGAMENTO DO RE N.º 601.182/MG PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA. A MATÉRIA CONSTITUCIONAL DISCUTIDA NESTE RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO GUARDA SIMILITUDE FÁTICA COM A PRESENTE IRRESIGNAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. As penas de perda do cargo e de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, previstas no art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei n.º 201/67, são autônomas (sic) em relação à pena privativa de liberdade, sendo distintos os prazos prescricionais. Precedentes.[...]

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 21.137/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 10/05/2012)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONVÊNIO. PREFEITURA MUNICIPAL E MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, DOS RECURSOS HÍDRICOS E DA AMAZÔNIA LEGAL. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/1967. IRREGULARIDADES DA EXECUÇÃO DE CONVÊNIO. DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS. OBRAS EXECUTADAS PARCIALMENTE. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. DECURSO DE 10 (DEZ) ANOS ENTRE O FATO E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. ART. 109, IV, C/C ART. 110, PARÁGRAFO 2º, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PENA DE INABILITAÇÃO PARA EXERCÍCIO DE CARGO E FUNÇÃO PÚBLICA. PENA DE REPARAÇÃO CIVIL DE DANO CAUSADO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E PARTICULAR. NATUREZA AUTÔNOMA E INDEPENDENTE. LAPSO PRESCRICIONAL DISTINTO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. APLICABILIDADE DAS PENAS DO DECRETO-LEI Nº 201/1967 A PARTICULARES. PARTÍCIPE DA CONDUTA DELITIVA. ART. 29 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AT. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ATENDIMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL.

DECISÃO MOTIVADA E JUSTIFICADA. DOLO. DESVIO DE RECURSOS CARACTERIZADO. PRESENÇA. ATOS DE IMPROBIDADE. FATOS DENUNCIADOS BASEADOS EM PRESUNÇÕES NÃO COMPROVADAS. ACÓRDÃO DO TCU. EXTINÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL QUANTO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. APELAÇÕES PREJUDICADAS NESTE PONTO. REJEITADAS PRELIMINARES DE PRESCRIÇÃO DAS DEMAIS PENAS AUTÔNOMAS. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

I. Fixadas, ao final, as penas privativas de liberdade, para cada um dos réus, em quantum não superior a 4 (quatro) anos, consuma-se a prescrição em 8 (oito) anos, à luz do art. 109, IV c/c art. 110, parágrafo 2º, ambos do Código Penal.

II. Decorrido prazo superior ao prescricional, no caso mais de 10 (dez) anos, antes de causa interruptiva (recebimento da denúncia), é de se reconhecer a prescrição retroativa da pretensão punitiva, ao teor do art. 109, IV, c/c art. 110, parágrafo 2º, todos do Código Penal, declarando-se extinta a punibilidade.

III. Apelação prejudicada. Extinta a punibilidade pela prescrição retroativa.

IV. A pena de inabilitação para exercício de cargo e função pública é autônoma em relação à privativa de liberdade, cada qual prescrevendo a seu tempo. Precedentes jurisprudenciais: STF – AI-QO-392/SP (1ªT., rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 16.08.2002) e HC-87375/SC (2ªT., rel. Min. Ellen Gracie, DJe 25.09.2008); STJ – RESP-784680/SC (5ªT., rel. Min. Gilson Dipp, DJU 02.05.2006), RESP-791354/PR (5ªT., rel. Min. Felix Fischer, DJU 16.10.2006), RESP-819738/SC (5ªT., rel. Min. Laurita Vaz, DJU 12.02.2007), RESP-778664/PR (6ªT., rel. Min., Paulo Gallotti, DJU 12.11.2007), RESP-885452/PR (5ªT., rel. Min. Felix Fischer, DJU 14.04.2008) e HC-43275/PI, rel. Min. Paulo Gallotti, DJe 16.06.2008).



V. Não havendo decorrido o prazo prescricional, no caso concreto de 12 (doze) anos, a teor do art. 109, III, do Código Penal, é de permanecer a imposição da pena prevista no parágrafo 2º do art. 1º do Decreto-lei nº 201/1967, em decorrência da condenação pelo cometimento do ilícito previsto no art. 1º, I, do mesmo diploma legal, em vista dos elementos colacionados aos autos que comprovam as irregularidades na execução do convênio. [...]

XIV. Apelações improvidas.

(ACR 200882010009112, Desembargadora Federal Danielle de Andrade e Silva Cavalcanti, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 14/04/2011 – Página: 330.)

É importante atentar para o descompasso existente entre esse prazo prescricional e o das demais penas, que pode gerar a extinção da punibilidade somente das penas privativas de liberdade (e das restritivas de direito nas quais podem se converter) e da multa, mantendo-se incólume a da inabilitação.

2.9 DOSIMETRIA DA PENA NOS CRIMES CONTRABANDO E DESCAMINHO

Os aspectos a examinar doravante em cada espécie de crime são estritamente aqueles necessários à compreensão de discussões pertinentes à dosimetria da pena, objeto do estudo.

Até o advento da Lei nº 13.008/2014, o contrabando e o descaminho vinham previstos no mesmo artigo do Código Penal (art. 334), sob uma epígrafe que empregava a conjunção alternativa “ou” (“contrabando ou descaminho”).

Apesar disso, o fato de se tratarem de crimes distintos nunca comportou maiores controvérsias, notadamente porque o teor do art. 334 do CP, na sua redação original, já permitia divisar as duas figuras.



A Lei nº 13.008/2014 ajustou o Código Penal a essa realidade, ao criar o art. 334-A, para onde deslocou a figura do crime de contrabando, mantendo apenas o crime de descaminho no art. 334. Veja-se que o antigo art. 334, basicamente, teve o seu texto dividido entre os novos arts. 334 e 334-A.

Trouxe a lei, ainda, outras duas importantes mudanças relativas ao contrabando: a) aumentou sua pena, que passou a ser de dois a cinco anos; e b) previu novas condutas a ele equiparadas.

O exame da doutrina e da jurisprudência formadas anteriormente à inovação legislativa mantém sua utilidade, então, inclusive para crimes praticados já sob a égide da nova Lei.

No tocante à dosimetria, deve haver a gradação do quantum de tributo iludido, impedindo-se, com isso, a indevida equiparação de condutas substancialmente distintas, em termos de consequências do crime.

A graduação do aumento da pena-base conforme o valor do tributo iludido pode ser verificada, por exemplo, nos julgados adiante referidos da 2ª Turma do TRF3:

Valor estimado dos tributos federais iludidos	Quantum de acréscimo	Julgados
R\$ 32.490,00	3 meses	TRF3, 2ª T., ACR 0007617-05.2002.4.03.6181, j. 09/12/14, p. 18/12/14.
R\$ 68.738,28	5 meses e 10 dias	TRF3, 2ª T., ACR 0004998-13.2009.4.03.6002, j. 16/04/13, p. 26/04/13.

Enquanto isso, as Turmas Penais do TRF4 têm entendido que somente é cabível a exasperação da pena-base quando o valor dos tributos iludidos for superior a R\$ 100 mil (cf. TRF4, 7ª T, ACR 50035664320124047002, j. 22/07/14, p. 23/07/14). Torna-se clara, por conseguinte, a necessidade de balizamento mínimo.

Independentemente de virem a ser tratadas como “circunstâncias do crime” ou “consequências do crime” – a jurisprudência vacila em torno do assunto –, a natureza e a quantidade da mercadoria contrabandeada poderão levar à exasperação da pena-base.

Diversamente do que ocorre no crime de descaminho, em que o principal bem jurídico tutelado pelo tipo é o interesse fiscal da Administração, não há no delito de contrabando, *a priori*, um bem jurídico principal que seja tutelado. Ao revés, a identificação desse bem jurídico principal tutelado pelo tipo e, por conseguinte, passível de violação pela prática do crime, variará de acordo com a natureza da mercadoria contrabandeada, razão pela qual deveremos ter tantos parâmetros quantos forem as espécies de bens contrabandeados.

Já se considerou como suficiente ao agravamento da pena-base, por exemplo:

a) O quantitativo de nove máquinas caça-níqueis (TRF3, 1ª T., ACR 0000592-46.2010.4.03.6120, j. 28/05/13, p. 10/06/13);

b) A natureza do produto importado ilegalmente – pequena quantidade de medicamentos sem registro da Anvisa:

[...] 1. Na importação de pequena quantidade de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária (ANVISA), incide a norma geral de punição à importação de mercadoria proibida, o contrabando previsto no art. 334 do Código Penal. [...] A importação irregular de medicamentos sem registro na ANVISA pode ser considerada elementar do tipo previsto no art. 273, § 1º-B, I, do CP, mas, havendo desclassificação do fato para o contrabando, enseja valoração negativa das circunstâncias do crime. [...] (TRF4, 7ª T., ACR 50016460520104047002, j. 01/04/14, p. 02/04/14)

c) O elevado número de maços de cigarros, encontrando-se na jurisprudência do TRF4 um critério para a graduação desse aumento de pena:

[...] 3. Para fins de aumento da pena-base em razão da quantidade de cigarros, é necessária a elaboração de um critério razoável e proporcional. 4. Precedentes desta Corte atestam o confisco de até 215.000 maços de cigarros. 5. Propõe-se parâmetro segundo o qual a cada 30 mil maços eleva-se a pena-base em 01 (um) mês – de 30 mil, inclusive, até 60 mil, 01 mês; de 60 mil, inclusive, até 90 mil, 02 meses; etc. [...] (TRF4, 7ª T., 5001714-40.2010.404.7006, j. 10/12/13, p. 10/12/13)

Em síntese, tem-se relativamente ao descaminho:

1. Ainda que a soma dos valores dos tributos iludidos seja inferior a R\$ 10 mil, o princípio da insignificância não se aplica aos casos em que haja notícia de reiteração da conduta de descaminho, entendendo-se por reiteração a prática de, ao menos, duas condutas formalmente típicas.

2. Ainda que o valor do tributo iludido seja inferior a R\$ 10 mil (dez mil reais), o princípio da insignificância não se aplica aos casos em que a conduta de descaminho tenha sido cometida por quadrilha (art. 288 do CP) ou organização criminosa (art. 1º, § 2º, Lei nº 12.850/2013).

3. Valor total dos tributos iludidos superior a R\$ 20 mil importa em agravamento da pena-base como decorrência do reconhecimento em desfavor do apenado da circunstância judicial “consequências do crime”, recomendando-se que o quantum desse agravamento guarde proporção com o valor apurado, não sendo, portanto, fixo.

Relativamente ao contrabando:

1. O parâmetro para aplicação do princípio da insignificância relativo ao delito de descaminho não incide sobre o crime de contrabando, à vista da diversidade de bens jurídicos tutelados pelos tipos e, por conseguinte, ofendidos com a conduta delitiva.

2. O critério para o reconhecimento em desfavor do acusado da circunstância judicial “consequências do crime” pode ser buscado junto à natureza e à quantidade da mercadoria objeto do contrabando, recomendando-se que o quantum de agravamento da pena guarde proporção com os indicadores “natureza” e “quantidade”.

No que se refere a ambos os delitos:

1. Sem prejuízo da responsabilização penal decorrente dos delitos de quadrilha (art. 288 do CP) e de organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.850/2013), o cometimento, por meio de tais entidades criminosas, dos crimes de descaminho e de contrabando caracteriza circunstância judicial (“circunstâncias do crime”) a ser considerada em desfavor do acusado quando da dosimetria da sua pena pertinente aos delitos de descaminho e de contrabando.

2.10 DOSIMETRIA DA PENA NO SISTEMA FINANCEIRO

Quanto aos crimes definidos na Lei nº 7.492/1986, alguns aspectos referentes à dosimetria da pena podem ser especificados.

Por exemplo, aspectos referentes à condição do réu, como o grau de instrução (acusado com curso superior), que indica ser ele conhecedor dos instrumentos aptos à realização de operação



de câmbio legítima, implicam exasperação da pena-base, considerando a culpabilidade.

Como circunstâncias, podem ser consideradas: a maior ou menor complexidade do esquema de gestão fraudulenta⁶⁵; “o modo bastante premeditado, revelando dolo intenso, assim aferido pela detalhada formação da vontade e da consciência criminosa minuciosa, que acaba sendo fator que permite maior sucesso e menor chance de malogro da prática delituosa”⁶⁶; o prejuízo econômico em valores expressivos⁶⁷; o uso de entidade filantrópica para o cometimento de crimes⁶⁸.

Ademais, as circunstâncias em que se deram o crime, a exemplo da utilização de engenhoso e sofisticado esquema nas condutas efetivadas para a evasão de divisas (caráter objetivo), se prestam a fundamentar a presença de circunstâncias desfavorável no cometimento do delito⁶⁹.

Quanto ao crime do caput do art. 22, já se entendeu que a efetiva saída dos valores poderia levar a aumento da pena-base.⁷⁰

No caso do crime de empréstimo ou adiantamento vedados (art. 17), quanto à dosimetria da pena, já se entendeu que: a) a existência

65 STJ, REsp. 1102183/RJ, Laurita Vaz, 5ª T., u., 4.2.10. Como no caso em que as “operações irregulares, com desvio de recursos do erário para distribuir lucros fáceis e rápidos, em velocidade impressionante, numa cadeia de operações viciadas, envolvendo as mesmas pessoas, com preparação, emissão, colocação e circulação de títulos no mercado de forma irregular contra art. 33 do ADCT” (TRF2, AC 199951010473780, Abel Gomes, 1ª TE, u., 19.11.08);

66 TRF2, AC 199951010473780, Abel Gomes, 1ª TE, u., 19.11.08.

67 STJ, REsp. 1102183/RJ, Laurita Vaz, 5ª T., u., 4.2.10. Há julgado dispondo que o alto valor remetido ao exterior pode ser valorado contra o réu, como consequência (TRF3, AC 200603990040290, Cotrim Guimarães, 2ª T., u., 30.11.10), como no caso de crime de evasão de divisas (art. 22, p.u., 1ª figura), em que o alto valor remetido ao exterior foi valorado contra o réu, como consequência (TRF3, AC 200603990040290, Cotrim Guimarães, 2ª T., u., 30.11.10), em que o montante superava 45 milhões de dólares, em operação cujos desdobramentos levaram ao processo de impeachment do Presidente da República (STJ, HC 124201, Napoleão, 5ª T., u., 25.5.09). Já a remessa ao exterior de quantia ordinária de dinheiro por intermédio do mercado paralelo não reclama a exasperação da pena-base para os delitos previstos na Lei 7.492/86. (TRF4, ACR: 50169330520104047100 RS 5016933-05.2010.404.7100, Relator: LEANDRO PAULSEN, Data de Julgamento: 13/05/2014, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 19/05/2014)

68 STJ, REsp. 1102183/RJ, Laurita Vaz, 5ª T., u., 4.2.10.

69 TRF4, 0009330-34.2008.404.7100, 8ª Turma, Publicado: 25/04/2014, DJTRF-4, p.112.

70 STJ, AGRÉsp. 999575, Carvalhido, 6ª T., u., 29.4.08.

de fraude ou dissimulação, por meio da simulação de outro negócio jurídico ou operação triangular, até porque o tipo refere à possibilidade de concessão direta ou indireta, deverá ser considerada na aplicação da pena, como circunstância judicial desfavorável, relativa ao meio empregado⁷¹; b) o alto valor do mútuo autoriza o aumento da pena-base, com fundamento no art. 59 do CP⁷²; c) em se cuidando de crime próprio das pessoas mencionadas no art. 25 da LCSFN, não pode ser reconhecida a agravante da violação do dever inerente ao cargo (CP, art. 61, II, g, do CP), pois haveria, na hipótese, dupla valoração da mesma circunstância, que já é elementar do tipo⁷³; d) como o delito é de mera conduta, não tem lugar a aplicação da causa de diminuição do arrependimento posterior, objeto do art. 16 do CP⁷⁴.

Por fim, no art. 33 da Lei nº 7.492/1986 há norma prevista de exacerbação da pena de multa, em até dez vezes ao valor previsto na norma geral do § 1º do art. 49 do Código Penal.

2.II DOSIMETRIA DA PENA NOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE

O Decreto-lei nº 201/1967 não traz nenhuma regra específica de dosimetria da pena. De peculiar no diploma normativo, há apenas a sanção do art. 1º, § 2º, de “perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular”. Assim, cabe somente traçar

71 É desnecessária a ocorrência de dano efetivo, sendo que se houver dano, irá incidir agravamento da pena, consideradas as consequências a que alude o art. 59 do CP. Nesse sentido: STJ, CC 19.796/SP, Fischer, 3ª S., u., 13.5.98; TRF4, AC 5.171/RS, Élcio Pinheiro de Castro, 8ª T., m., DJ 24.7.02. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. Cit., p. 449-450.

72 TRF3, AC 19990399115041-1/SP, Cecília Mello, 2ª T., 20.6.06.

73 TRF1, AC 200138020017661, Mário Ribeiro, 4ª T., u., 9.2.10; TRF4, AC 20027100051490-2/RS, Tadaaqui Hirose, 7ª T., u., 26.6.07.

74 TRF1, AC 20003800014152-4/MG, Olindo Menezes, 3ª T., u., 15.5.07; TRF3, AC 9703030100-2/SP, Sylvia Steiner, 2ª T., u., 30.10.01; TRF4, AC 20010401010181-4/SC, Fábio Rosa, 7ª T., m., 30.4.02.

algumas considerações sobre as normas gerais de dosimetria da pena relativamente a esses delitos.

Na primeira fase da dosimetria, o Superior Tribunal de Justiça admitiu o aumento de pena, pela maior culpabilidade, em decorrência da destinação das verbas apropriadas, obras emergenciais por causa de chuvas:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO EMBARGADO. EQUÍVOCOS. FALTA DE INDICAÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. APRECIÇÃO DE TESES CONSTANTES DO RECURSO NÃO ADMITIDO. DESCABIMENTO. APROPRIAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS (ARTS. 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/1967 E 299 DO CP). DOSIMETRIA. EXISTÊNCIA DE ILEGALIDADES FLAGRANTES. CONSTATAÇÃO. WRIT DEFERIDO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.[...]

3. Valorada negativamente a culpabilidade, em razão de a prática delitativa ter ocorrido numa situação emergencial, em que as verbas públicas seriam utilizadas nos reparos causados pelas chuvas, em especial, no que diz respeito à população menos favorecida, não cabia ao Juízo a quo utilizar o mesmo fato para atribuir desvalor aos motivos e às circunstâncias do crime. Ao assim proceder, incorreu no indevido *bis in idem*. [...]

7. Remanescendo tão só a pena imposta quanto ao delito do art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, a qual foi redimensionada para 4 anos e 6 meses, é possível ao ora embargante, que é primário, iniciar o seu cumprimento em regime semiaberto.

8. Embargos de declaração rejeitados. Habeas corpus concedido de ofício, para redimensionar as penas aplicadas ao embargante pelos crimes tipificados nos arts. 299 do Código Penal e 1º, I, do

Decreto-Lei n. 201/1967, em razão do afastamento da valoração negativa dos antecedentes, em relação a ambos os delitos, e, apenas quanto ao último, do afastamento do desvalor atribuído também aos motivos e às circunstâncias do crime, bem como para fixar o regime inicial semiaberto. De ofício, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal, fica extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, do crime do art. 299 do Código Penal, nos termos do art. 107, IV, c/c os arts. 109, IV, 110, § 1º, e 114, II, do mesmo estatuto.

(EDcl no AgRg no AREsp 171.834/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 13/03/2013)

O Superior Tribunal de Justiça também reconheceu a necessidade de aumento de pena pelas circunstâncias, o uso de documentos falsos, e as consequências, porquanto o delito foi praticado em município pequeno, com 14 mil habitantes, de modo que a ausência dos recursos repercutia mais intensamente que em outros casos:

HABEAS CORPUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DESFAVORABILIDADE DE ALGUMAS. FUNDAMENTAÇÃO PORMENORIZADA. EXISTÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA REPRIMENDA, INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER RECONHECÍVEIS DE PLANO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.[...]

2. A elevação da pena-base encontra-se justificada diante da gravidade das circunstâncias que envolveram a empreitada criminoso,

bem como das consequências danosas ao erário público, mormente em se tratando de Município de pequeno porte, com recursos limitados, mostrando-se a reprimenda, tal qual fixada, proporcional aos atos criminosos cometidos pelo agente.[...]

(HC 150.541/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 21/05/2012)

A localização do município em área sujeita a seca foi valorada como consequência desfavorável pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. ART. 1.º, INCISOS I DO DECRETO-LEI N.º 201/67. CONVÊNIO FIRMADO COM O MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, DOS RECURSOS HÍDRICOS E DA AMAZÔNIA LEGAL. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS EM PROVEITO DE TERCEIRO. RECURSO ADESIVO CRIMINAL. NÃO CONHECIMENTO. NÃO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECEDENTE DESTA TURMA. DOSIMETRIA DA PENA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. REAVALIAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL “CONSEQUÊNCIAS DO CRIME”. REPERCUSSÃO SOCIAL PROVOCADA PELO DESVIO DE RECURSOS. POSSIBILIDADE. REGIME SEMI-ABERTO. VEDADA A SUBSTITUIÇÃO. ART. 44, I, DO CP. [...]

2. O Ministério Público Federal apela da sentença do Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, que julgou procedente em parte a pretensão punitiva estatal, condenando o apelado, ex-prefeito do Município de Fagundes/PB, à pena definitiva de 03 (três) anos de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n.º 201/67, em regime inicial aberto, substituída



por uma pena restritiva de direito e multa, além de inabilitação pelo prazo de 05 (cinco) anos para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação.

3. A instrução processual confirmou, a toda evidência, o que foi apurado nos autos do procedimento administrativo MPF/PRM-CG/PB n.º 1.24.001.000115/2003-58, confirmando que no exercício financeiro de 1996, o referido município, representado pelo acusado, celebrou o Convênio n.º 106/96 (fls. 77/84 do apenso) com o Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, através do qual foram repassados àquele Município, recursos no montante de R\$ 90.013,55 (noventa mil, treze reais e cinquenta e cinco centavos – fl. 63 do apenso), cujo objeto era a construção de um açude no Sítio Souza, para abastecimento da população daquela municipalidade.

4. As irregularidades no Convênio nº 106/96, firmadas pelo referido Município à época dos fatos desencadearam a instauração de Tomada de Contas Especial pelo órgão cedente, culminando com o Tribunal de Contas da União julgando irregulares as contas do acusado.

5. Levando em conta a repercussão social do dano infligido àquela comunidade, além de hipossuficiente e sujeita aos efeitos da seca, sob a influência da cupidez do administrador público que trata a coisa pública como se privada fosse, tem-se por pertinente a irresignação do Ministério Público Federal.

6. Merece ser revisto o tópico da sentença quanto às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, recrudescida na circunstância “consequências do crime”, para fixar a pena-base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, tornando definitiva ante a inexistência de circunstância agravantes e atenuantes e de causas de aumento e de diminuição, a ser cumprido em regime



semiaberto, vedada a substituição diante da incidência do art. 44, I, do CP. Apelação criminal provida.

(ACR 200505000159293, Desembargadora Federal Cíntia Menezes Brunetta, TRF5 – Primeira Turma, DJE – Data: 01/08/2013 – Página: 270.)

A maior reprovabilidade igualmente foi aceita em casos de dano patrimonial expressivo e fraude à licitação:

HABEAS CORPUS. ART. 1.º, INCISO I, DO DECRETO-LEI 207/67. TESE DE INOCÊNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DA PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. VIA IMPRÓPRIA. APELO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ANÁLISE INVIABILIZADA. IMPETRAÇÃO DEFICITARIAMENTE INSTRUÍDA. ORDEM DENEGADA.[...]

2. Justificada a fixação da pena-base acima do mínimo legal porque o dano patrimonial foi expressivo e o crime de apropriação de rendas públicas foi cometido mediante fraude à licitação e falsificação de documentos, o que certamente traz maior reprovabilidade à conduta do Paciente. [...]

4. Habeas corpus denegado.

(HC 131.905/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 07/06/2011)

A culpabilidade intensa também teve fundamento nos valores desviados e no fato de a esposa do prefeito ser destinatária de parte da quantia:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. APROPRIAÇÃO DE VERBA PÚBLICA. ART. 1º, I, DO DECRETO 201/67. RECEBIMENTO INDEVIDO DE INDENIZAÇÃO DE DIÁRIAS DE VIAGENS. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXACERBADA DE MODO DESPROPORCIONAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. No que se refere à culpabilidade, utilizou-se o magistrado de requisito inerente à própria caracterização do crime, tendo em vista que a circunstância de o réu, na condição de prefeito municipal, ter deixado de “honrar o mandato que lhe foi outorgado pelo povo”, subsume-se a conduta descrita no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67.

2. Por outro lado, a sentença condenatória reconheceu corretamente que a culpabilidade do acusado se revelou intensa, na medida em que se apropriou de quantias significativas do erário municipal, recebidas a título de indenização de diárias para viagens que não se efetivaram, auferindo vantagens indevidas para si e sua esposa, circunstância essa que extrapola a censurabilidade do próprio tipo penal e, portanto, merece reprovação.

3. Em relação aos maus antecedentes, no caso, não há qualquer documento que comprove que a certidão apontada pelo magistrado se refere somente a expedição e distribuição de cartas precatórias. De qualquer forma, a revisão dos elementos considerados para esse fim demandaria aprofundada incursão na seara fático-probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus.

4. De notar, contudo, que tal afirmativa vai de encontro com a certidão a que se reporta o Juiz sentenciante, uma vez que o docu-

mento faz referência a uma execução penal, como bem ressaltou o Ministério Público Federal.

5. No que diz respeito aos motivos e às circunstâncias do crime, os fundamentos utilizados também são suficientes para a manutenção da fixação da reprimenda um pouco acima do mínimo legal. Entretanto, observa-se que o Juiz a quo não fez a menção a dados concretos dos autos que embasassem a conclusão desfavorável acerca da conduta social, eis que os motivos utilizados são estranhos ao fato pelo qual o réu está sendo punido e, por isso, não podem ser considerados.

6. Por fim, processos administrativos ou cíveis não servem para valorar negativamente a personalidade do agente, configurando constrangimento ilegal a exasperação da pena-base também nesse ponto.

7. Habeas corpus concedido para, decotando a indevida majoração da pena-base, reduzir a reprimenda recaída sobre o paciente, de 8 (oito) anos de reclusão, para 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantido o regime prisional fechado.

(HC 55.251/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 04/05/2011)

A origem ou a destinação das verbas igualmente vem sendo levada em conta na dosimetria. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região admite a majoração da pena se, por exemplo, os crimes envolvem recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EX-PREFEITA. APROPRIAÇÃO DE VERBAS REPASSADAS PELO FNDE (ART.1º, I, DEC-LEI 201/67). CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE RECURSO DA DEFESA. APELO MINISTERIAL ATACANDO A DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CULPABILIDADE E

CIRCUNSTÂNCIAS DEVIDAMENTE VALORADAS PELO JUÍZO A QUO. RECURSO IMPROVIDO, NOS TERMOS DO PARECER DA DOUTA PRR.

1. Processada por apropriação de verbas públicas (recursos repassados ao município de Coronel João Pessoa/RN pelo FNDE), a hoje ex-prefeita foi condenada às penas de 04 anos e 03 meses de reclusão, inabilitação para exercício de cargo ou função pública por 05 anos e reparação dos danos causados. Ela não recorreu, sendo que o MPF apelou atacando (apenas) a dosimetria da pena privativa de liberdade;

2. Cuida-se, pois, de apelação interposta pelo Ministério Público Federal, que requer o aumento da pena aplicada a ré pela prática do crime previsto no Art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67. Fala do desejo de que sejam valoradas negativamente (CP, Art. 59) a culpabilidade e a circunstâncias do crime;

3. O fato de a ré ser ordenadora da despesa não é razão para exasperação da pena-base, porquanto o crime, sendo próprio, já reclama a condição de prefeito para que seja cometido, algo – desde sempre – política e juridicamente mais significativo que a mera função de ordenar os pagamentos;

4. De outro lado, o fato de a ré ter emitido, a si mesmo, cheques da conta do FNDE, se de um lado revela ousadia, de outro já parecer ter sido adequadamente punido na instância originária, que (na pena-base) exacerbou a punição mínima (02 anos) em mais de 100% (para 04 anos e 03 meses de reclusão);

5. Apelação improvida, nos termos, aliás, do pronunciamento da douta Procuradoria Regional da República.

(ACR 00005586120104058401, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, TRF5 – Segunda Turma, DJE – Data: 15/05/2014 – Página: 141.)

Em outros casos, a punição foi elevada por se tratar de verbas recebidas mediante convênio com a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) ou destinadas a melhorias sanitárias, de modo que o desvio impediu o exercício do direito constitucional à saúde:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. APROPRIAÇÃO DE VALORES RECEBIDOS EM VIRTUDE DE CONVÊNIO FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E A FUNASA (ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67). APELAÇÃO DO RÉU. PREJUDICIAIS DE MÉRITO. NÃO ACOLHIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO COMPROVADOS. APELAÇÃO IMPROVIDA. APELAÇÃO DO MPF. RÉU QUE ATUAVA COMO “LARANJA”. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RÉU EX-PREFEITO. DOSIMETRIA DA PENA. REFORMA. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME QUE EXTRAPOLAM AS DO TIPO PENAL. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. [...]

8. Dosimetria da pena. Pena-base. Faz-se clara a intensa reprovabilidade da conduta em tela, porquanto o acusado era plenamente dominus suorum actuum à época do ato delituoso, inexistindo quaisquer ínfimas circunstâncias exteriores à sua vontade que o premissem, confrangendo-o a agir de modo contrário ao direito, agindo o réu por cupidez e desrespeito à coisa pública. As consequências do delito mostraram-se anormais, “haja vista que a errônea aplicação das verbas públicas pelo gestor prejudicou o usufruto, por parte da população, de direito básico constitucionalmente previsto, qual seja a saúde” (ACR 10131, Rel. Des. Margarida Cantarelli, TRF 5 – Quarta Turma, DJE – Data: 26/09/2013). No mesmo sentido: ACR 9598, Rel. Des. Cíntia Menezes Brunetta (convocada), TRF 5 – Primeira Turma, DJE – Data: 01/08/2013.



9. Ausentes circunstâncias legais atenuantes ou agravantes, bem como quaisquer causas de diminuição ou de aumento da pena, fixa-se a pena definitiva em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado (33 do CP), estando o réu inabilitado para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 1º, parágrafo 2º do Decreto-lei nº 201/67.

10. Apelação do MPF parcialmente provida, para manter a absolvição de ASLF e aumentar a pena imposta a ACCD.

(ACR 00041772020104058200, Desembargador Federal Frederico Koehler, TRF5 – Primeira Turma, DJE – Data: 03/02/2014 – Página: 75.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. INOCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA. DOSIMETRIA. [...]

3. Os autos demonstram que o réu desviou 95% do valor que seria destinado à implementação de melhorias sanitárias domiciliares, montante que corresponde ao valor histórico de R\$ 113.275,15, mediante a realização de pagamentos ao fornecedor (Ello Empreendimentos e Serviços Ltda.), não se importando com a entrega das obras.

4. Correto o sopesamento negativo das consequências do delito em virtude da maior danosidade decorrente da ação delituosa praticada, em que as verbas desviadas estavam destinadas à realização de melhorias sanitárias nos domicílios da parcela mais carente da comunidade local. Majoração da pena base em um ano, com a sua

fixação em 3 (três) anos de reclusão, que se encontra dentro dos padrões de proporcionalidade.

5. Apelações não providas.

(ACR 00009848520104058300, Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, TRF5 – Segunda Turma, DJE – Data: 18/10/2012 – Página: 312.)

O raciocínio é o mesmo em se tratando de verbas destinadas à construção de escola, cujo desvio dificulta a efetivação do direito fundamental à educação:

PENAL. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. CONVÊNIO FIRMADO PARA CONSTRUÇÃO DE UMA ESCOLA. VERBAS DIRECIONADAS PARA A REFORMA DE UMA UNIDADE ESCOLAR EXISTENTE. LIBERAÇÃO DE RECURSOS UM DIA APÓS O RECEBIMENTO. ATESTADO DE CONCLUSÃO DE OBRA EM ESTADO PRECÁRIO. ANTECIPAÇÃO INDEVIDA DE PAGAMENTO À EMPRESA. DOLO DO AGENTE. AUTORIA E MATERIALIDADE CONFIGURADAS. DOSIMETRIA DA PENA. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DE PARTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59, DO CP. APELO IMPROVIDO. 1. Ex-Prefeito do Município de Paulista/PE, condenado pelo desvio de verbas recebidas pelo Município referentes ao Convênio firmado com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, no valor de R\$ 151.813,60 (cento e um mil, oitocentos e treze reais e sessenta centavos), tendo por objeto a construção de uma escola urbana e aquisição de equipamento escolar, com vigência até 24.10.1995, tendo os recursos sido integralmente repassados para a conta específica do convênio em 22.02.1995 e repassados

à empresa no dia seguinte, pela pretensa execução do objeto do convênio em 04.10.1995, sendo, todavia, atestado pelo Ministério da Educação e do Desporto, que, na verdade, o valor foi destinado à reforma de escola já existente, sem o recebimento de equipamento escolar, sem a conclusão do serviço contratado, dado como findo em maio de 1996.

2. Autoria e materialidade comprovadas. Conduta dolosa. Prefeito que, apesar de ter firmado o convênio para construção de escola, utilizou as verbas conveniadas para o término da construção de escola parcialmente construída, liberando as verbas um dia após o seu recebimento, atestando a aceitação da obra pela Prefeitura no sentido de que “foram obedecidos os padrões técnicos exigidos, encontrando-se a unidade em perfeito funcionamento e atendendo plenamente à população”, apesar de o relatório de vistoria técnica do MEC ter atestado a deficiência do acabamento e da funcionalidade da reforma e a ausência de entrega do equipamento escolar.

3. Apelante que, no tocante à culpabilidade, circunstâncias e conseqüências do delito granjeou conceito desfavorável relativo aos requisitos judiciais, o que autoriza a fixação da pena-base em quantum acima do mínimo legal, sendo respeitado o sistema trifásico imposto pelo Diploma Penal.

4. Dosimetria da sentença que remeteu à fundamentação a negatividade das circunstâncias do crime, porque o Apelante participou ativamente do processo de desvio das verbas públicas e atestou falsamente obra em péssimo estado e das conseqüências do delito, considerando prejudicial o dano ao Erário Público e à população local, que não fora beneficiada com obra pública necessária para a educação municipal, já combatida pela falta de recursos, e que poderia ter sido melhorada se os recursos destinados à melhoria da



escola e ao fornecimento de equipamentos escolares tivessem sido efetivamente aplicados e não desviados como foram.

5. Sopesados os requisitos do art. 59, do Código Penal, ante a presença de 03 (três) circunstâncias desfavoráveis ante as 08 (oito) a serem consideradas para a fixação da pena, nos termos do art. 59, do Código Penal, não há impedimento à fixação da pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão, mais próxima do mínimo legal de 02 (dois) anos do que do máximo legal de 12 (doze) anos de reclusão, tornada definitiva ante a ausência de agravantes e atenuantes e de majorantes ou minorantes.

6. Manutenção das penas de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública e suspensão de direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) anos, nos termos do parágrafo 2º, do art. 1º, do Decreto-lei nº 201/67.

7. Apelação improvida.

(ACR 200305000346783, Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira, TRF5 – Terceira Turma, DJE – Data: 23/04/2013 – Página: 273.)

PENAL E PROCESSUAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. EX-PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTANA DO MUNDAÚ-AL. FATOS PRATICADOS EM SUA GESTÃO. RECURSOS REPASSADOS PELO FNDE. PROGRAMA DINHEIRO DIRETO NA ESCOLA – PDDE. ART. 1º, I e VII, DO DECRETO-LEI 201/67. PRESCRIÇÃO QUANTO AO DELITO DO INCISO VII. NÃO COMPROVAÇÃO DA ENTREGA DOS MATERIAIS SUPOSTAMENTE ADQUIRIDOS PELA PREFEITURA. CRIME DO INCISO I CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DOSIMETRIA CORRETA DA PENA. IMPROVIMENTO. [...] IV – Quanto à dosimetria, o magistrado a quo valorou corretamente as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP,



considerando desfavorável apenas as consequências do delito, visto tratar-se de conduta que desviou recursos destinados à educação, protegida constitucionalmente na condição de direito fundamental. Já no que tange às circunstâncias do crime e à culpabilidade do agente, não há nenhuma peculiaridade apta a ensejar a majoração da pena.

V – Apelações improvidas.

(ACR 20078000011800, Desembargador Federal Edílson Nobre, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 02/08/2012 – Página: 615.)

O desvio de verba de merenda escolar repercute na pena por via da circunstância judicial da consequência do art. 59 do Código Penal:

PENAL. PREFEITO. CONVÊNIO. MERENDA ESCOLAR. DESVIO DE VERBA PÚBLICA. SAQUES REALIZADOS EM CONTA PÚBLICA EM PROVEITO PRÓPRIO. ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. NOTAS FISCAIS, DECLARAÇÕES E TESTEMUNHOS. NÃO COMPROVAÇÃO DA APLICAÇÃO DA VERBA PÚBLICA NA COMPRA DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. GRAVIDADE DAS CONSEQUÊNCIAS. ALIMENTAÇÃO DE CRIANÇAS. SAQUES DIVERSOS. CONTINUIDADE DELITIVA. RESSARCIMENTO À VÍTIMA. *bis in idem*. NÃO COMPROVAÇÃO. IMPROVIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. [...]

9. Com relação à dosimetria da pena, partindo do mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão, verificou, o Julgador, como desfavorável a circunstância judicial da consequência, diante do desvio de verbas públicas para a merenda escolar. Como a finalidade da verba é de

relevante cunho social, verifica-se que a majoração em 1 (um) ano da pena foi bastante razoável, fixando, assim, a pena-base em 3 (três) anos. Não há o que ser revisto nesse ponto.

10. No tocante ao reconhecimento da continuidade delitiva, em razão da realização de mais de um saque na conta da Prefeitura, sem que tenha sido requerido na denúncia, não encontra óbice legal, nem afronta o princípio da correlação, haja vista que o réu se defende dos fatos e não da capitulação apresentada na denúncia. 11. Como o agente, conscientemente e de forma voluntária, valendo-se de sua condição de Prefeito do Município de Olivença/AL, efetuou quatro saques das contas da Prefeitura, desviando os valores em proveito próprio, cometeu o crime previsto no art. 1, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, em continuidade delitiva, haja vista que mediante mais de uma ação, no caso quatro saques realizados em proveito próprio, em curso período de tempo, praticou crimes da mesma espécie, com condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, sendo de se considerar a prática de crime continuado, consoante previsto no art. 71 do Código Penal.

12. Precedentes: TRF1, Quarta Turma, ACR 200137000075657, relator Desembargador Federal Ney Barros Bello Filho, DJ 21/09/2007; TRF3, Segunda Turma, ACR 37802, relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, e-DJF3 10/02/2011; TRF5, Primeira Turma, ACR 5411, relator Desembargador Federal César Carvalho, DJ 28/03/2008.

13. O aumento da pena na fração de 1/3 (um terço) observou à quantidade de crimes praticados, em número de 4 (quatro), sendo razoável a majoração para obter a pena concreta de 4 (quatro) anos de reclusão, com a substituição por restritivas de direito.[...]

15. Improvimento do recurso de apelação.



(ACR 00003692220104058001, Desembargador Federal Marco Bruno Miranda Clementino, TRF5 – Segunda Turma, DJE – Data: 28/02/2013 – Página: 174.)

É certo que a aludida pena do art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 201/1967, de perda do cargo e inabilitação, é autônoma. Sendo assim, considerando que sua duração é de cinco anos, sua prescrição ocorre em doze anos, por força do art. 109, III, do Código Penal.

Nesse sentido já se pacificou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, por exemplo, a do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ART. 1.º, § 2.º DO DECRETO-LEI N.º 201/67. PENA DE INABILITAÇÃO PARA EXERCÍCIO DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA. PENAS AUTÔNOMAS EM RELAÇÃO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PRAZOS PRESCRICIONAIS DISTINTOS. PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO PRESENTE RECURSO, PARA AGUARDAR O JULGAMENTO DO RE N.º 601.182/MG PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA. A MATÉRIA CONSTITUCIONAL DISCUTIDA NESTE RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO GUARDA SIMILITUDE FÁTICA COM A PRESENTE IRRESIGNAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. As penas de perda do cargo e de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, previstas no art. 1.º, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 201/67, são autônomas (*sic*) em relação

à pena privativa de liberdade, sendo distintos os prazos prescricionais. Precedentes.[...]

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 21.137/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 10/05/2012)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONVÊNIO. PREFEITURA MUNICIPAL E MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, DOS RECURSOS HÍDRICOS E DA AMAZÔNIA LEGAL. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/1967. IRREGULARIDADES DA EXECUÇÃO DE CONVÊNIO. DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS. OBRAS EXECUTADAS PARCIALMENTE. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. DECURSO DE 10 (DEZ) ANOS ENTRE O FATO E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. ART. 109, IV, C/C ART. 110, PARÁGRAFO 2º, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PENA DE INABILITAÇÃO PARA EXERCÍCIO DE CARGO E FUNÇÃO PÚBLICA. PENA DE REPARAÇÃO CIVIL DE DANO CAUSADO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E PARTICULAR. NATUREZA AUTÔNOMA E INDEPENDENTE. LAPSO PRESCRICIONAL DISTINTO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. APLICABILIDADE DAS PENAS DO DECRETO-LEI Nº 201/1967 A PARTICULARES. PARTÍCIPE DA CONDUTA DELITIVA. ART. 29 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AT. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ATENDIMENTO. AUSÊNCIA

DE PREJUÍZO AO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. DECISÃO MOTIVADA E JUSTIFICADA. DOLO. DESVIO DE RECURSOS CARACTERIZADO. PRESENÇA. ATOS DE IMPROBIDADE. FATOS DENUNCIADOS BASEADOS EM PRESUNÇÕES NÃO COMPROVADAS. ACÓRDÃO DO TCU. EXTINÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL QUANTO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. APELAÇÕES PREJUDICADAS NESTE PONTO. REJEITADAS PRELIMINARES DE PRESCRIÇÃO DAS DEMAIS PENAS AUTÔNOMAS. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

I. Fixadas, ao final, as penas privativas de liberdade, para cada um dos réus, em quantum não superior a 4 (quatro) anos, consuma-se a prescrição em 8 (oito) anos, à luz do art. 109, IV c/c art. 110, parágrafo 2º, ambos do Código Penal.

II. Decorrido prazo superior ao prescricional, no caso mais de 10 (dez) anos, antes de causa interruptiva (recebimento da denúncia), é de se reconhecer a prescrição retroativa da pretensão punitiva, ao teor do art. 109, IV, c/c art. 110, parágrafo 2º, todos do Código Penal, declarando-se extinta a punibilidade.

III. Apelação prejudicada. Extinta a punibilidade pela prescrição retroativa.

IV. A pena de inabilitação para exercício de cargo e função pública é autônoma em relação à privativa de liberdade, cada qual prescrevendo a seu tempo. Precedentes jurisprudenciais: STF – AI-QO-392/SP (1ªT., rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 16.08.2002) e HC-87375/SC (2ªT., rel. Min. Ellen Gracie, DJe 25.09.2008); STJ – RESP-784680/SC (5ªT., rel. Min. Gilson Dipp, DJU 02.05.2006), RESP-791354/PR (5ªT., rel. Min. Felix Fischer, DJU 16.10.2006),



RESP-819738/SC (5ªT., rel. Min. Laurita Vaz, DJU 12.02.2007), RESP-778664/PR (6ªT., rel. Min., Paulo Gallotti, DJU 12.11.2007), RESP-885452/PR (5ªT., rel. Min. Felix Fischer, DJU 14.04.2008) e HC-43275/PI, rel. Min. Paulo Gallotti, DJe 16.06.2008).

V. Não havendo decorrido o prazo prescricional, no caso concreto de 12 (doze) anos, a teor do art. 109, III, do Código Penal, é de permanecer a imposição da pena prevista no parágrafo 2º do art. 1º do Decreto-lei nº 201/1967, em decorrência da condenação pelo cometimento do ilícito previsto no art. 1º, I, do mesmo diploma legal, em vista dos elementos colacionados aos autos que comprovam as irregularidades na execução do convênio. [...]

XIV. Apelações improvidas.

(ACR 200882010009112, Desembargadora Federal Danielle de Andrade e Silva Cavalcanti, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 14/04/2011 – Página: 330.)

É importante atentar para o descompasso existente entre esse prazo prescricional e o das demais penas, que pode gerar a extinção da punibilidade somente das penas privativas de liberdade (e das restritivas de direito nas quais podem se converter) e da multa, mantendo-se incólume a da inabilitação.

2.12 DOSIMETRIA DA PENA NO TRÁFICO DE DROGAS

A adequada repressão aos crimes de tráfico de drogas e semelhantes, assim como aos delitos de corrupção, não só tem em comum o fato de em larga medida perpassar o enfrentamento da criminalidade organizada, mas também a circunstância de se enquadrar, no plano jurídico-político interno e internacional, como uma bandeira prioritária.



O compromisso brasileiro com a firme repressão dos delitos de tráfico de drogas se depreende, inclusive, da própria constituição, a qual estabelece, em seu art. 5, XLIII, que

a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

No mesmo sentido, há previsão no art. 243 da Constituição da República, de pena de confisco das “propriedades rurais e urbanas qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas [...], sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

O comprometimento brasileiro com a repressão de delitos deste jaez, aliás, não se circunscreve ao plano interno, estendendo-se também perante a comunidade internacional. Sobreleva-se, neste prisma, o fato de o Brasil ser signatário da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena, em 20 de dezembro de 1988, aprovada pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº 162/1991, e promulgada por intermédio do Decreto nº 154/1991.

Neste contexto, visando a atender ao disposto no art. 3, item 4, alínea “a”, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, que reclama a aplicação de “sanções proporcionais à gravidade” desses delitos, bem como a consolidar em um único diploma os dispositivos legais atinentes à prevenção e repressão dos delitos de tráfico de drogas e assemelhados, é que foi aprovada pelo Congresso Nacional, no ano de 2006, em substituição às Leis nº 6.368/1976 e 10.409/2002, uma nova Lei de Drogas: a Lei nº 11.343/2006.

A análise desse diploma normativo, que disciplina muito mais do que a simples repressão penal aos delitos de tráfico de drogas e assemelhados, interessa especificamente ao presente roteiro nas partes em que estabelece balizas legais para a fixação das penas em decorrência da prática de tais delitos.

Um aspecto que se sobressai de maneira muito evidente da leitura da Lei nº 11.343/2006 é a sua adequada proposta de distinguir, sob o plano repressivo punitivo, os simples usuários de drogas (art. 28), dos “pequenos” traficantes ou “traficantes eventuais” (art. 33, *caput*, e § 4º) e dos “grandes” traficantes.

Embora não se insira no objeto desse trabalho a análise das “penas” que podem ser aplicadas aos usuários de drogas (advertência, prestação de serviços comunitários e medidas educativas de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme art. 28 da Lei nº 11.343/2006), a análise dos critérios legais e jurisprudenciais que vêm sendo adotados para distinguir as penas dos “pequenos” e “grandes” traficantes é um dos principais, e também mais tormentosos, temas que será enfrentado neste capítulo. Além dele, também serão comentadas de forma específica todas as causas de aumento de pena previstas nos sete incisos do art. 40, da Lei nº 11.343/2006, bem como o mandamento legal estabelecido no art. 42 desse diploma normativo, no sentido de determinar ao juiz, por ocasião da fixação das penas, e “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 dosimetria das penas nos crimes de tráfico de drogas é em larga medida influenciada pelo reconhecimento da aplicação, ou não, da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Não só a aplicabilidade dessa causa de diminuição de pena, mas também nos casos em que for considerada cabível o montante de

diminuição que lhe será decorrente (entre 1/6 e 2/3) são aspectos sobre os quais gravitam diversas controvérsias.

Antes de adentrar especificamente nos comentários sobre esses aspectos controvertidos, é importante que sejam estabelecidas algumas premissas, as quais, por não envolverem grandes debates, podem ser consideradas bons pontos de partida.

Em primeiro lugar, é necessário destacar que, não obstante o modo como essa causa de diminuição está redigida, como se outorgasse ao julgador a mera possibilidade de diminuir a pena do crime de tráfico praticado por agentes que sejam primários, detenham bons antecedentes e não se dediquem ou integrem organizações criminosas, não se trata em verdade de uma faculdade. Presentes estes requisitos no caso concreto, a aplicação dessa causa de diminuição passa a ser um direito subjetivo do traficante⁷⁵, sendo imperioso que o Poder Judiciário a aplique, assim, na dosimetria de sua pena privativa de liberdade (HC 12.1860, STF, 1ª Turma, julgamento em 10/06/2014).

Tal interpretação decorre da própria finalidade dessa norma, clara no sentido “[...] de apenar com menor grau de intensidade quem pratica de modo eventual as condutas descritas no art. 33, *caput* e § 1º, em contraponto ao agente que faz do crime o seu modo de vida, o qual, evidentemente, não goza do referido benefício [...]” (HC 124022, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 13-04-2015 PUBLIC 14-04-2015).

Em segundo, é incontroverso, doutrinária e jurisprudencialmente, que os critérios estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, são requisitos cumulativos para a aplicação da causa de diminuição de pena, ou seja, que para a incidência dessa minorante é preciso que o agente ao mesmo tempo: a) seja primário; b) detenha bons ante-

75 MARCÃO (2014, p. 134).



cedentes; c) não se dedique a atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

Em terceiro lugar, considerando o princípio da presunção de inocência e a distribuição do ônus da prova no processo penal, tem-se que essa cláusula de diminuição de pena, curiosamente, sempre será aplicada, salvo no de produção de prova em contrário pelo Ministério Público, ou seja, se não houver por parte da acusação a indicação e efetiva comprovação de que o agente não é primário, não possui bons antecedentes ou que se dedica ou integra organizações criminosas, a pena aplicada será a do art. 33, *caput*, diminuída de um sexto a dois terços (§ 4º)⁷⁶.

Assim, e sem que se pretenda que as provas sobre tais circunstâncias fossem produzidas pelo réu (o que seria para ele ainda mais difícil⁷⁷), é fato que, ante a distribuição do ônus probatório no processo penal, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, quando analisada mais detidamente, mais se assemelha a uma verdadeira causa de aumento de pena, pois em regra será aplicada e só excepcionalmente, quando presente e comprovada uma das condições por ela enunciadas, é que se poderá aplicar a pena básica prevista no art. 33, *caput*.

A quarta premissa, diz respeito à imprescindibilidade de fundamentação, por parte do Poder Judiciário, para que tal causa de diminuição de pena não seja aplicada ou, ainda, para que, em sendo aplicada, se firme o patamar de redução entre 1/6 e 2/3. Com efeito, a própria Constituição Federal, em seu art. 93, IX, estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.⁷⁸

76 GRECO FILHO; RASSI (2007, p. 102).

77 “Impor ao réu o encargo de comprovar principalmente estes dois últimos requisitos negativos violaria o princípio da presunção de inocência, pois a prova negativa indeterminada é daquelas que se pode chamar de “prova diabólica”, tamanha a dificuldade em se desincumbir dela. Deve o Ministério Público, portanto, livrar-se deste encargo, comprovando, ao menos, que um dos requisitos não está presente” MENDONÇA; CARVALHO (2008, p. 113).

78 No mesmo sentido: HC 116894, STF, 2ª Turma, julgamento em 24/09/2013.



Interessante notar que nos precedentes acima, além de se reconhecer que a fixação do montante de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 deva ser feita motivadamente pelo Juízo, sob pena de constrangimento ilegal, ela deve ser realizada pelo Juízo do primeiro grau, sob pena da impossibilidade de acréscimo de fundamentos para tanto, em sede recursal, nos casos em que houver exclusivo recurso da defesa, pois resultaria em *reformatio in pejus*.

Tem-se, em suma, conforme recentemente decidido pelo STF, que o Juízo, por ocasião da aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, não está obrigado a concedê-la em seu grau máximo, tendo plena discricionariedade para “aplicar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso”, desde que o faça fundamentadamente (STF, 2ª Turma, HC 118890, Julgamento em 26/11/13).

No mesmo sentido: RHC 119122, 1ª Turma do STF, julgado em 19/11/13.

Um outro aspecto interessante refere-se à aplicabilidade da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 em relação àqueles que praticaram o delito de tráfico enquanto vigente a redação do art. 12 da Lei nº 6.368/1976. Não teria ocorrido qualquer discussão sobre o assunto se a nova redação conferida pela Lei nº 11.343/2006 ao delito de tráfico de drogas fosse inteiramente mais benéfica ao traficante, pois então bastaria fazê-la retroagir, nos termos do art. 5º, XL, da Carta Magna (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”). Ocorre, contudo, que se, por um lado, o novo diploma normativo foi mais benéfico, ao prever uma inédita causa de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006), de outro – atendendo à orientação contida na Convenção de Viena sobre Substâncias Psicotrópicas, aprovada pelo Decreto Legislativo



nº 90 de 1972 – ele recrudescer a pena básica prevista em abstrato para o delito de tráfico, majorando de 3 (três) a 15 (quinze) anos para 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, ambos de reclusão.

Em decorrência dessa particularidade, instituiu-se perante os juízos e tribunais pátrios uma grande discussão acerca da possibilidade de combinação das duas leis para, pinçando os dispositivos mais benéficos para os réus em cada uma, conferir-lhes verdadeiro tratamento de uma terceira lei, bem menos gravosa.

A discussão acerca da retroatividade do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, foi submetida ao Plenário do STF, em sede de Repercussão Geral (RE nº 596.152, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2011), sendo que sobre o assunto não houve apreciação definitiva. Em verdade ocorreu “empate na votação e o colegiado optou por não fixar a tese jurídica pertinente para os demais casos semelhantes”.

De todo modo, em recentes decisões o STF tem se pronunciado pela impossibilidade de combinação das leis, ou seja, que “a retroatividade da lei ‘em tiras’ consiste em velada deturpação da nova percepção que o legislador, responsável por expressar os anseios sociais, manifestou a respeito dessa mesma conduta, ferindo de morte o princípio da legalidade e o regime democrático”. De acordo com essa Corte Suprema, a questão

demandava que o julgador, por meio do “sistema da apreciação in concreto”, avalie caso a caso se é mais favorável ao réu a aplicação da lei antiga ou da lei nova, uma ou outra, considerada integralmente, de maneira que o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas hoje vigente pode retroagir, desde que associado à pena-base prevista no caput do mesmo artigo e contanto que

não seja mais benéfica ao agente a incidência da reprimenda prevista no antigo art. 12 da Lei nº 6.368/76 (HC 95495, 1ª Turma, STF, julgamento em 21/05/13).

No mesmo sentido:

a aplicação da lei mais favorável, vale dizer a Lei n. 6.368/76, sem a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, ou a novel Lei de Entorpecentes, com a minorante do § 4º de seu art. 33, atende ao princípio da retroatividade da lei benéfica, prevista no art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal, desde que aplicada em sua integralidade (HC 107583, LUIZ FUX, STF, 1ª Turma, 17.4.2012).

Cumpra-se ressaltar, por fim, que tal entendimento encontra-se pacificado no âmbito do STJ, que inclusive editou a súmula 502 sobre o assunto, nos seguintes termos:

É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis.

Estabelecidas essas premissas, cumpre-se adentrar nos aspectos mais controversos acerca da aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, que se referem, justamente, a definição dos casos em que ela pode (ou não) ser aplicada, bem como, quando pertinente a sua aplicação, a definição do montante de redução.

Ora, conforme mencionado acima, para a aplicação da causa de diminuição sob comento é necessário que o agente cumulativamente:

a) seja primário; b) possua bons antecedentes; c) não se dedique a atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

O primeiro requisito é tranquilo de ser verificado no caso concreto, sendo que seu conceito pode ser extraído do art. 63 do Código Penal, por exclusão⁷⁹. Será primário o agente não reincidente, ou seja, o agente que não tenha cometido outro crime

depois transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (art. 63, *caput*, do CP), desconsiderando-se os casos em que “entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos (art. 63, I, do CP).

Interessante destacar que, ao contrário do que vem sendo reiteradamente suscitado, não há *bis in idem* na consideração da reincidência como agravante genérica, bem como fundamento para a negativa de concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Nesse sentido, a seguinte decisão do STF:

[...] A reincidência constitui circunstância agravante (art. 61, I, CP) a ser obrigatoriamente considerada na segunda fase da dosimetria da pena (art. 68, CP), ao passo que a primariedade constitui inafastável requisito de natureza subjetiva para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. 3. Não havendo dupla valoração negativa da reincidência, mas, sim, estrita observância das regras legalmente aplicáveis à espécie, não há que se falar em *bis in idem* [...] (RHC 121598, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 21/10/2014,

79 MENDONÇA; CARVALHO (2008, p. 111).

PROCESSO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 20-11-2014 PUBLIC 21-11-2014).⁸⁰

Sobre o segundo requisito, de outro lado, pendem inúmeros debates, conforme já comentado na parte geral do presente roteiro. Aqui cumpre-se dizer que os precedentes dos tribunais superiores variam amplamente.

De um lado, é possível encontrar decisões de acordo com as quais somente poderia ser considerada para imputar ao agente maus antecedentes “a condenação anterior com trânsito em julgado desprezada para a reincidência em razão do decurso do prazo do inc. I do art. 64 do CP (STF, HC 98803, Ellen Gracie, 2ª T., u., 18.8.09)”⁸¹. No mesmo sentido, segundo o STF: “ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais”. (RE 591054, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-037 DIVULG 25-02-2015 PUBLIC 26-02-2015).

Do outro, é possível encontrar decisões no sentido de que

[...] a minorante especial a que se refere o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi corretamente afastada ante a comprovação, por certidão cartorária, de que o paciente está indiciado em vários inquéritos e responde a diversas ações penais, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte: RHC 94.802, 1ª Turma, Rel. Min. MENEZES DE DIREITO, DJe de 20/03/2009; e HC 109.168, 1ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN

80 No mesmo sentido: HC 107274, RICARDO LEWANDOWSKI, STF, 1ª Turma, 12.4.2011; HC 201101900579, VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA:19/12/2011.

81 BALTAZAR JR. (2014, p. 1098).



LÚCIA, DJe de 14/02/2012, entre outros [...] (HC 108135, LUIZ FUX, STF, Julgamento em 06/06/12).

O entendimento do STJ, contudo, consolidou-se no sentido de que “inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade” (HC 201002098853, LAURITA VAZ, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2013). Tanto isso é verdade que foi editada pelo STJ a súmula n. 444, no sentido de que: “[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

No entanto, as duas últimas hipóteses para afastar a aplicação da causa de diminuição aos traficantes de drogas, quais sejam: a) não se dedicar a atividades criminosas; e b) não integrar organização criminosa, tratam-se, em verdade, de causas que andam lado a lado. É possível que um agente se dedique a atividades criminosas, mas não integre organização criminosa. A recíproca, contudo, é de difícil verificação prática, motivo pelo qual é mais comum encontrar em decisões judiciais fundamentações que afastam a incidência da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 com base na existência de indicativos de que o agente se dedica a atividades criminosas, do que em argumentos de que ele pertenceria a uma organização criminosa.

Há diversas decisões que consideram a quantidade de droga apreendida com o agente como indicativo de sua habitualidade ou não no tráfico, de modo a nortear a aplicação da causa especial de diminuição da pena (§ 4º do art. 3º da Lei nº 11.343/2006).



A primeira turma do STF, por exemplo, entendeu em recente decisão que a “ínfima quantidade de droga – 5,9g de cocaína – não autoriza a presunção de habitualidade no tráfico com o fito de negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006” (HC 121860, STF, 1ª Turma, LUIZ FUX, julgamento em 10/02/2014). Reconheceu em outro julgado, no mesmo sentido, que a “apreensão de grande quantidade de droga é fato que permite concluir, mediante raciocínio dedutivo, pela dedicação do agente a atividades delitivas”, possibilitando, assim, o afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (STF, 1ª Turma, HC 103118, julgamento em 20/03/12).

Também apreciando esta questão, a 2ª Turma do STF afirmou que “a quantidade de drogas não constitui, isoladamente, fundamento idôneo para negar o benefício da redução da pena”, de sorte que a aplicação dessa minorante não poderia ser afastada com “com base em circunstâncias que não estão descritas no dispositivo legal (quantidade de droga)”, sendo necessário que exista um “juízo de vinculação entre a quantidade de droga apreendida e a suposta participação do paciente no crime organizado” para tanto (HC 116894, STF, 2ª Turma, julgamento em 24/09/2013).

A título de exemplificação, colaciona-se a seguir tabela com julgados nos quais a referida causa de diminuição não foi aplicada, com os respectivos motivos para tanto:

Precedente	Razões invocadas para não aplicar a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (indicativos de que o agente se dedicava a atividades criminosas)
ARE 830221 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/08/2014	[...] Minorante da Lei de Drogas afastada, considerado o envolvimento do recorrente com outros indivíduos que atuam no tráfico [...]
HC 201101444895, JORGE MUSSI, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 06/03/2012	[...] as circunstâncias que envolveram sua prisão em flagrante – em sua residência, um conhecido ponto de venda de drogas da região – somadas à quantidade e à diversidade de tipos de entorpecentes encontrados em seu poder – 375,3g de maconha e 166,5 g de cocaína [...]
HC 201101431197, JORGE MUSSI, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 29/02/2012	[...] as circunstâncias que envolveram sua prisão em flagrante, somadas à quantidade e à diversidade de entorpecentes encontrados em seu estabelecimento comercial – balanças de precisão, dinheiro em espécie, 195,3 g de cocaína e 35,7 g de maconha [...]
HC 201000549957, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA: 29/02/2012	[...] elevada quantidade de drogas apreendidas em seu poder (33 invólucros plásticos contendo cocaína; 9 invólucros plásticos contendo maconha e 62 invólucros plásticos contendo crack) [...] somadas à ausência de comprovação de que exercia ocupação lícita [...]
HC 201000978855, OG FERNANDES, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA: 07/12/2011	[...] elevada quantidade de entorpecentes encontrados em seu poder, a saber, 1 Kg (um quilo) de crack e 5,6 g (cinco grammas e seis centigramas) de maconha, transportada em conjunto com uma inimputável [...]
HC 200900422290, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA: 05/12/2011	[...] montante e da variedade das substâncias entorpecentes apreendidas (1,82g de cocaína pura; 8.35g de crack e 20.18 g de maconha), bem como pelo local onde foi efetuada a prisão do réu (um bar de fachada, conhecido como ponto de venda de drogas) [...]

Precedente	Razões invocadas para não aplicar a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (indicativos de que o agente se dedicava a atividades criminosas)
HC 201001980221, JORGE MUSSI, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 20/10/2011	[...] montante da substância entorpecente apreendida, bem como pelo modo como estava acondicionada (com etiquetas apontando uma das facções criminosas mais antigas e conhecidas do país, o Comando Vermelho) [...]
HC 201001980221, JORGE MUSSI, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 20/10/2011	[...] a considerável quantidade de entorpecente apreendido, somada às circunstâncias do caso concreto – estava associado de forma permanente ao corrêu para a prática do narcotráfico – levaram a crer que se dedicaria a atividades delituosas. [...]
HC 201101644522, JORGE MUSSI, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 17/04/2012	[...] a considerável quantidade dos entorpecentes encontrados em seu poder – mais de 28 quilos de cocaína –, somada às demais circunstâncias que envolveram a sua prisão em flagrante – transportando as substâncias do interior do Estado para a Região Metropolitana de Belo Horizonte [...]
HC 201001190645, JORGE MUSSI, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 17/04/2012	[...] as circunstâncias que envolveram sua prisão, somadas à quantidade e ao tipo de entorpecente encontrado em seu poder – 38 porções de maconha, 16 de cocaína e 28 pedras de crack [...]
HC 201101760265, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA: 11/04/2012	[...] diversidade e na elevada quantidade de drogas apreendidas em seu poder (264 g de crack e 632 g de maconha), as quais, somadas à apreensão de uma balança de precisão e à ausência de comprovação de que exercia ocupação lícita [...]
HC 201102916660, LAURITA VAZ, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 19/03/2012	[...] a quantidade da droga apreendida – 40 pedras de crack e 18 invólucros plásticos contendo cocaína em pó – e a apreensão da importância de R\$ 463,00 [...]



Precedente	Razões invocadas para não aplicar a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (indicativos de que o agente se dedicava a atividades criminosas)
HC 201001713703, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA: 21/05/2012	[...] diversidade de drogas apreendidas em seu poder – 102,3 g de maconha, acondicionados em 310 embalagens plásticas; cerca de 37,6 g de cocaína; cerca de 12,2 g de crack, acondicionados e distribuídos em 14 embalagens plásticas; e 2,5 g de haxixe –, [...]
HC 201100052163, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA: 10/05/2012	[...] a quantidade de drogas apreendidas em seu poder – 66 porções de cocaína na forma de crack e 2 porções de cocaína [...]
HC 201000768539, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA: 10/05/2012	[...] elevada quantidade de drogas apreendidas (762,72 kg de maconha) e nas demais circunstâncias do caso concreto [...]
AGRESP 201100948793, MARCO AURÉLIO BELLIZZE, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 15/02/2013	[...] a elevada quantidade de droga apreendida em seu poder – 54,085 kg (cinquenta e quatro quilos e oitenta e cinco gramas) de maconha [...]
HC 201201196778, LAURITA VAZ, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 06/02/2013	[...] a quantidade e a natureza mais lesiva da substância apreendida – aproximadamente 1 Kg de cocaína – somadas às circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante do agente e demais corréus [...]
HC 201200803450, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA: 18/12/2012	[...] nas circunstâncias do caso concreto, as quais, em razão da habitualidade com que vinha ocorrendo a comercialização da droga [...]
AGRHC 201201146860, MARCO AURÉLIO BELLIZZE, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 01/02/2013	[...] a considerável quantidade de entorpecente apreendido (1Kg de cocaína), bem como sua natureza altamente lesiva [...]



Precedente	Razões invocadas para não aplicar a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (indicativos de que o agente se dedicava a atividades criminosas)
HC 122249, DIAS TOFFOLI, STF	[...] diante da gravidade concreta da infração, evidenciada pelo fato de o paciente ter arcado com despesas de passagem aérea e estadia da “mula” para a qual forneceu os 1,983 kg de cocaína que seriam transportados para o exterior e pela demonstração de que tinha poder de decisão sobre a ação criminosa e se dedicava habitualmente ao tráfico [...]

Entre as motivações utilizadas para fundamentar a não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 estão aspectos pertinentes:

- a) à droga apreendida (quantidade, diversidade e natureza lesiva das drogas apreendidas);
- b) à conduta social do agente (envolvimento do recorrente com outros traficantes, habitualidade na comercialização da droga e ausência de comprovação de exercício de ocupação lícita); e,
- c) às condições em que ocorreram a prisão do agente e/ou apreensão das drogas (local da prisão do réu; modo de acondicionamento da droga; apreensão de balança de precisão etc.).

O aspecto suscitado de forma mais recorrente nas decisões judiciais, contudo, sem dúvida alguma, é a quantidade de drogas apreendidas. Este fator (quantidade/natureza da droga) é predominante não só para a definição da incidência ou não dessa causa de diminuição (como indicativo do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas), mas também para a própria exasperação da pena-base e para o dimensionamento do *quantum* de diminuição da pena nos casos em que aplicado o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.



Em parte, isso decorre do próprio diploma normativo, que, em seu art. 42, determinou ao juiz que, na fixação das penas, considerasse “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”. Por outro lado, é intuitivo que a ampla utilização da quantidade (assim como variedade e natureza) das drogas apreendidas para fins de dosimetria da pena também decorrem do fato de ser uma circunstância que sempre será passível de avaliação no caso concreto, visto que não há delito de tráfico de drogas sem apreensão delas.

Com efeito, ao contrário das demais informações sobre a conduta social do agente e sua vida pregressa, bem como sobre os detalhes da prisão, que podem não vir a ser conhecidas pela acusação e pelo Juízo ou, ainda, comprovadas nos autos, a natureza, quantidade e diversidade das drogas são aspectos que sempre estarão presentes, para serem sopesados por ocasião da dosimetria da pena.

Tal “facilidade”, entretanto, gera dois diferentes problemas. O primeiro, em decorrência das avaliações díspares na ponderação da quantidade e natureza da droga como: a) indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas; (b) fator de exasperação da pena-base; e c) fator de dimensionamento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. O que pode ser considerada grande e pequena quantidade de droga? Qual natureza de droga é mais danosa? De que modo fazer um juízo de valoração conjunto de quantidade e natureza da droga? Por exemplo, 1 (um) kg de cocaína ou crack é mais ou menos danoso do que 100 (cem) kg de maconha?

A guarda por uma proporcionalidade e certa uniformidade mínima em tal avaliação, que será realizada, de forma singular ou coletiva, por milhares de juízes, centenas desembargadores e dezenas de ministros

em todo o país, é algo bastante desafiador. Só a título de exemplificação, é possível verificar nos casos citados na tabela apresentada anteriormente dois precedentes do STJ, julgados no mesmo ano (2012), em que, de um lado 33 invólucros plásticos contendo cocaína; nove invólucros plásticos contendo maconha e 62 invólucros plásticos contendo crack (HC 201101644522), e de outro, 28 quilos de cocaína (HC 201000549957), foram considerados como grande quantidade de droga para o fim de indicar a dedicação do agente a atividades criminosas. Tal valoração revela-se ainda mais preocupante, quando a quantidade/natureza da droga é considerada para o fim de exasperar a pena-base.

Já o segundo fator preocupante diz respeito, justamente, à utilização cumulativa da natureza e quantidade da droga como indicativo do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, para exasperação da pena-base e para o dimensionamento previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Justamente em decorrência dessa ampla e concomitante valoração foram levadas dezenas de casos aos tribunais superiores.

Sobre tal questão verifica-se, de um lado, a existência de diversos julgados do STJ, por ambas as Turmas Criminais, no sentido de que:

[...] Não há *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido. [...] (HC 201001980221, JORGE MUSSI, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 20/10/2011 ..DTPB:.)

[...] A grande quantidade de entorpecente constitui particularidade capaz de viabilizar o recrudescimento da pena, tanto na primeira quanto na terceira fase de sua dosagem. Isso porque os critérios e a finalidade da punição, em cada etapa da dosimetria, são valorados de forma distinta, de modo que uma condição mais grave pode ser utilizada em ambas as etapas sem que isso configure violação do princípio do *ne bis in idem*. [...] (HC 201101828875, OG FERNANDES, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA: 16/05/2012)

[...] Ao prever frações diferenciadas para o aumento da pena, o legislador deu ao magistrado certa liberdade para fixar o patamar mais adequado a cada caso, motivadamente. 6. Na hipótese, a vultosa quantidade de droga apreendida e sua variedade constituem particularidades capazes de viabilizar o recrudescimento da pena-base e o estabelecimento da causa de redução de pena em patamar mínimo. Isso porque os critérios e a finalidade da punição, em cada etapa da dosimetria, são valorados de forma distinta, de modo que uma condição mais grave pode ser utilizada em ambas as etapas sem que isso configure violação do princípio do *ne bis in idem*. [...] (HC 201102339999, OG FERNANDES, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA:09/05/2012)

No STF, no entanto, por longo período houve divergência entre as Turmas sobre o assunto. De acordo com a 1ª Turma do STF, não haveria *bis in idem* na consideração da qualidade (natureza) e da quantidade do entorpecente apreendido, tanto para a fixação da pena-base quanto na terceira fase da dosimetria, nos moldes estabelecidos no art. 42 do Lei nº 11.343/06 (HC 117.435, julgado em 19/11/13). No mesmo sentido: HC 111485, STF, 1ª Turma, julgado em 01/10/13, HC 117024, STF, 1ª



Turma, Julgado em 19/09/13, HC 113136, STF, 1ª Turma, julgado em 13/08/13, HC 113136, STF, 1ª Turma, julgado em 13/08/13.

Segundo a 2ª Turma, a “quantidade e qualidade de droga apreendida são circunstâncias que devem ser sopesadas na 1ª fase de individualização da pena, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, sendo impróprio invocá-las por ocasião de escolha do fator de redução previsto no § 4º do art. 33, sob pena de *bis in idem*” (STF, 2ª Turma, HC 113063, julgamento em 24/04/13). No mesmo sentido: STF, 2ª Turma, HC 115708, julgamento em 02/04/13, STF, 2ª Turma, HC 113641, julgamento em 18/12/12, STF, 2ª Turma, RHC 114590, julgamento em 11/12/12, STF, 2ª Turma, HC 99218, julgamento em 15/05/12.

Em meados do ano de 2014, contudo, houve julgamento pelo pleno do STF, com reconhecimento de repercussão geral, no qual se assentou o entendimento pela impossibilidade de utilização concomitante da quantidade e natureza da droga nas diferentes fases da dosimetria da pena, *in verbis*:

Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao *bis in idem*. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência. (ARE 666334 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 03/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014)

A partir de então o STF, em ambas as suas turmas, tem-se posicionado nesse sentido, conforme revela julgado da 1ª Turma a seguir colacionado:



HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. *bis in idem*. OCORRÊNCIA. 1. A escolha do patamar de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas não prescinde de adequada fundamentação. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal reputou configurado *bis in idem* na consideração cumulativa da quantidade e da espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, na exasperação da pena-base e no dimensionamento previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. 3. Ordem de habeas corpus concedida para que o magistrado de primeiro grau proceda a nova dosimetria da pena, mediante a consideração não cumulativa da circunstância ligada à quantidade da droga apreendida. (HC 123999, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 07/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 24-10-2014 PUBLIC 28-10-2014)

Outra situação interessante a ser apreciada por ocasião da análise da possibilidade de incidência da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, é dos agentes vulgarmente conhecidos como “mulas”. Esses transportadores de droga seriam integrantes das organizações criminosas? Há recentes decisões dos tribunais superiores, em ambos os sentidos, conforme se verifica nos precedentes a seguir:

Aplicabilidade da causa de diminuição	Inaplicabilidade da causa de diminuição
<p>[...] Descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que os réus integrariam organização criminosa.</p> <p>5. O exercício da função de mula, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga [...] (HC 124107, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014)</p> <p>[...] Irretocável a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no patamar de 1/6 (um sexto), diante da circunstância concreta de que o paciente, na condição de desempenhar papel vulgarmente conhecido como “mula”, apesar de não integrar, de forma estável e permanente, a organização criminosa, “age com pleno conhecimento de estar a serviço de um grupo dessa natureza” (HC 120985, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 07/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-216 DIVULG 03-11-2014 PUBLIC 04-11-2014)</p>	<p>[...] In casu, a paciente, na condição de “mula”, foi surpreendida transportando expressiva quantidade de droga ao exterior. Tal fato afasta o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, conforme parecer ministerial: “as instâncias ordinárias com base no acervo fático-probatório, evidenciaram que a paciente integrava organização criminosa ou, ao menos, dedicava-se a atividades criminosas, desautorizando a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, uma vez que o redutor é incompatível com ambas as condições. A revisão de tal entendimento é inviável de ser realizada na via estreita do writ, por exigir dilação probatória. Contra a pretensão da paciente, é importante argumentar que o transportador da droga é elemento essencial na dinâmica do tráfico, pois sem a pessoa que conduza a droga ao seu local de destino fica inviabilizado o seu comércio.” [...] (HC 123430, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 17-11-2014 PUBLIC 18-11-2014)</p>

Depois de reconhecida a possibilidade de aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, surge outro desafio, concernente à definição do montante de diminuição entre 1/6 e 2/3. Tal tarefa afigura-se bastante complicada, visto que em rápida análise dos requisitos para a aplicação dessa minorante já se percebe que eles não admitem, propriamente, grandes juízos modulatórios. Em outras palavras, não é possível ser mais ou menos primário; o agente pode se dedicar às atividades criminosas e integrar organização

criminosa ou não, do mesmo modo acontecendo em relação aos seus bons antecedentes.

Assim, conforme mencionado acima, tem sido amplamente utilizada para o dimensionamento do montante de redução de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, a quantidade/natureza das drogas apreendidas:

[...] Pretendida aplicação, em seu grau máximo, do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Descabimento. Redução de metade justificada pela natureza e pela quantidade da droga apreendida (50 g de cocaína), bem como pela apreensão do material destinado a sua preparação [...] (HC 125781, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 27-04-2015 PUBLIC 28-04-2015)

[...] A instância ordinária, para reduzir apenas de metade a pena imposta ao paciente, por força do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, valorou negativamente a natureza e a quantidade da droga apreendida (50 g de cocaína), bem como a circunstância de terem sido apreendidos em seu poder “materiais utilizados na fabricação dos entorpecentes”, motivação suficiente para obstar a redução no máximo legal [...] (HC 125991, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 27-04-2015 PUBLIC 28-04-2015)

[...] Justifica-se a aplicação, no grau mínimo (1/6), do redutor de pena descrito no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, diante da gravidade concreta da infração, evidenciada pela apreensão de 2 kg de cocaína em poder da paciente, detida na iminência de embarcar em voo para a África do Sul. [...] (HC 120949, Relator(a): Min. DIAS

TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 14/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 30-01-2015 PUBLIC 02-02-2015)

[...] Assim, à luz dos dispositivos acima mencionados, a quantidade e a natureza da droga apreendida na espécie – 25,55 gramas de cocaína – justificam a aplicação da redução, à razão de 1/2 (metade) [...] (HC 201102066063, LAURITA VAZ, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA:01/03/2013

A quantidade/natureza da droga, contudo, não é o único aspecto que permite o dimensionamento da causa de diminuição. O grau de colaboração do agente para a distribuição da droga, mesmo que insuficiente para assentar a sua participação na organização criminosa, é um outro aspecto que pode ser levado em conta para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Segundo o STF, tal circunstância pode vir a diferenciá-lo de “mero distribuidor varejista de pequenas quantidades de entorpecentes a alguns poucos usuários”, justificando a aplicação da minorante em percentual intermediário (STF, 2ª Turma, HC 113303, julgamento em 11/09/12)

Também já foi considerada para a redução da pena em 1/6 (um sexto), a remuneração auferida pelo réu pelo transporte da droga e “[...] o tempo dedicado à viagem desde a origem até o destino [...]” (HC 110900, LUIZ FUX, STF, 1ª Turma, 23.4.2013).

As causas de aumento para crimes de tráfico e assemelhados (arts. 33 a 37, da Lei nº 11.343/2006) estão previstas nos seis incisos do art. 40, da Lei nº 11.343/2006, sendo que, de acordo com este dispositivo, a pena poderá ser acrescida, em decorrência da verificação dessas majorantes, de um sexto a dois terços.

Antes de especificamente adentrar nos comentários sobre as hipóteses legais de aumento, é necessário enfrentar a questão relativa



à forma de proceder quando, no caso concreto, estiverem presentes mais de uma causa de aumento.

No art. 68, parágrafo único, do Código Penal, há regra segundo a qual: “no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”. Tal regra, contudo, para além de conferir uma faculdade ao juízo (“pode o juiz”), não se aplica propriamente ao concursos de causas de aumento, mas ao concurso de causas de aumento e diminuição.

Assim, frente à lacuna legal sobre o tema, descortinam-se, basicamente, três possíveis entendimentos. O primeiro reconhece que, “embora ocorrendo, concretamente, mais de uma causa de aumento, aplica-se somente um aumento, enquanto a remanescente poderá ser valorada como agravante ou causa judicial”⁸². O segundo considera que deve ser feita pelo intérprete a opção por uma das causas de aumento aplicável, desprezando-se a(s) demais. E o último, que parte do pressuposto de que cada causa de aumento tem um âmbito próprio de proteção e de incidência, reconhece a possibilidade de aplicação concomitante de mais de uma delas, desde que observando conjuntamente o limite máximo de 2/3, sem que se possa falar em *bis in idem*⁸³.

O segundo entendimento não guarda razoabilidade, visto que acaba por equiparar, em prejuízo ao princípio da individualização das penas, condutas com gravidades bem diversas. De outro lado, embora defensável o primeiro entendimento, afigura-se mais adequado o terceiro, que, inclusive, encontra amparo na recente jurisprudência do STJ:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES.

82 BALTAZAR JR. (2014, p. 1101).

83 MENDONÇA; CARVALHO (2008, p. 165).

INTERESTADUALIDADE. CUMULAÇÃO DAS CAUSAS DE AUMENTO – ART. 40, INCISOS I E V, DA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE INTERESSE DE DIFUSÃO DA DROGA EM MAIS DE UM ESTADO DA FEDERAÇÃO. Embora possível a cumulação das causas de aumento referente a internacionalidade e interestadualidade do tráfico ilícito de entorpecentes, esta última poderá incidir somente quando houver, pelo menos, a comprovação do interesse em difusão da droga em mais de um Estado da Federação. Assim, não se revela admissível sua incidência em hipóteses de mero transporte terrestre da mercadoria proveniente do exterior com destino final certo em localidade estranha ao Estado fronteiriço pelo qual ingressou. Agravo regimental desprovido. (AGRESP 201101866587, FELIX FISCHER – QUINTA TURMA, DJE DATA:17/11/2014)

[...] O agravamento da pena-base em 3/6, em razão da incidência das causas de aumento previstas no art. 40, IV e V, da Lei de Drogas, é perfeitamente possível quando justificado em circunstâncias concretas do crime, tais como emprego de duas armas de fogo de uso restrito e envolvimento de um menor com 15 anos de idade [...] (HC 201401215170, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR – SEXTA TURMA, DJE DATA:09/03/2015)

Isso não quer significar, de outro lado, que, havendo apenas adequação a uma causa de aumento no caso concreto, a pena tenha que ser aumentada no seu patamar mínimo (1/6). Em verdade, a questão deve ser analisada caso a caso, e decidida motivadamente, tanto sendo possível majorar o percentual de aumento de pena em decorrência da subsunção a mais de uma hipótese dos incisos do art. 40 quanto em decorrência de um maior grau de reprovabilidade da conduta do



agente no tocante a uma dessas hipóteses. Cite-se, nesse sentido, o entendimento de José Paulo Baltazar Jr.⁸⁴

Uma tese defensiva que tem sido bastante suscitada com relação à aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006, diz respeito à alegação de *bis in idem* no seu reconhecimento em relação ao agente que transporta droga com destino ao exterior, visto que o art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 contém no seu tipo penal os verbos importar e exportar, aos quais é ínsita a ideia de transnacionalidade do delito.

Tal tese, entretanto, pode ser facilmente afastada, e de fato vem sendo por diversos tribunais pátrios, na medida em que o tipo penal previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, qualifica-se como um tipo misto alternativo, de ação múltipla, sendo que na maioria das vezes o agente, para além “importar” ou “exportar” a droga, também incide em outros verbos nucleares como “transportar”, “adquirir”, “trazer consigo” ou “guardar”. Nesse sentido, cite-se o seguinte precedente do STF:

[...] O crime do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, é de ação múltipla ou de conteúdo variado. A incidência da causa de aumento de pena do art. 40, I, da Lei nº 11.343/06 à conduta do agente que transporta droga com destino ao exterior não configura *bis in idem*, uma vez que não foi considerada, na terceira fase da dosimetria da pena, elementar do tipo penal [...] (HC 122299, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 06-10-2014 PUBLIC 07-10-2014)

Para firmar a transnacionalidade do delito e, assim, a aplicabilidade dessa causa de aumento, basta que seja comprovada a origem

⁸⁴ BALTAZAR JR. (2014, p. 1102).

ou destinação da droga no exterior, não sendo necessário que o “tenha, efetivamente, alcançado o território estrangeiro” (ACR 00027107320144058100, TRF5 – Primeira Turma, DJE – Data: 06/11/2014). Conforme pronunciou-se o STJ, afigura-se “[...] suficiente a demonstração do intuito da prática do crime de tráfico de drogas para além do território nacional ou a comprovação de que o réu introduziu ou concorreu para a introdução da droga em território nacional [...]” (AGRESP 201100590181, MARCO AURÉLIO BELLIZZE, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA:04/11/20130).

No mesmo sentido, ponderou o TRF3 em julgado que

[...] caracteriza-se a circunstância pela execução potencial (restrita ao território de um país mas destinada a operar efeitos em outro) ou efetiva do delito abrangendo o território de mais de um país, conseqüentemente bastando a destinação do entorpecente ao exterior para a incidência da qualificadora e não havendo que se falar em “iter criminis” com relação à majorante, que se perfaz com a comprovada destinação da droga ao exterior [...] (ACR 0007025-35.2011.4.03.6119, TRF-3, 2 Turma, j. 23/04/13).

Seguem colacionados alguns casos em que a transnacionalidade do delito de tráfico de drogas foi reconhecida, com as respectivas circunstâncias:

Precedente	Circunstâncias apontadas para justificar a transnacionalidade do delito de tráfico
<p>ACR 0002429-08.2011.4.01.4100 / RO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.521 de 09/11/2012</p>	<p>[...] A transnacionalidade do tráfico de drogas é indubitosa, pois os autos dão conta de que um dos acusados foi <u>preso em flagrante em região brasileira fronteiriça</u> com a Bolívia. É irrelevante se o agente recebeu o entorpecente de um lado ou de outro da fronteira, ainda que a entrega tenha ocorrido dentro do território brasileiro. Os <u>depoimentos dos corréus à autoridade policial</u>, todos coerentes com as provas colhidas em Juízo, juntamente com os depoimentos dos policiais, permitem concluir que a droga adveio da Bolívia, com destino final Porto Velho. A <u>quantidade e qualidade da droga</u> apreendida (10.433kg de cocaína) é fator de relevância na caracterização da transnacionalidade do tráfico [...]</p>
<p>ACR 00064233220104036102, DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO, TRF3 – PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/03/2014</p>	<p>[...] Comprovada a transnacionalidade. <u>Escutas telefônicas</u>. Laudo de Exame de Equipamento Computacional – <u>telefone celular atestou que várias mensagens provenientes do Paraguai</u>, cujo código do país é 595, foram recebidas em um dos aparelhos apreendidos em poder de um dos acusados [...]</p>
<p>ACR 0009846-83.2012.4.03.6181, TRF-3, 2 Turma, j. 10/12/13</p>	<p>[...] A transnacionalidade do delito está devidamente configurada, particularmente pela apreensão da droga em pacote endereçado à China, e que estava prestes a ser remetido pelo correio [...]</p>
<p>ACR 00027899120114036005, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 – SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/12/2013</p>	<p>[...] A transnacionalidade do delito está devidamente configurada, particularmente pela <u>admissão do réu em interrogatório de que fora contratado para realizar quatro “viagens” ao Paraguai</u> em que faria o transporte de droga proveniente deste país para o Rio de Janeiro [...]</p>

Precedente	Circunstâncias apontadas para justificar a transnacionalidade do delito de tráfico
<p>ACR 00100658820124036119, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 – SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/12/2013</p>	<p>[...] A transnacionalidade do delito está devidamente configurada, particularmente pelas <u>passagens internacionais juntadas aos autos</u> e pelas circunstâncias fáticas, tendo sido preso em flagrante ao trazer consigo, para fins de transporte internacional, a droga acima especificada, nos termos da denúncia [...]</p>
<p>ACR 0002653-94.2011.4.03.6005, TRF-3, 5 Turma, 1a Seção, data julgamento: 04/11/13.</p>	<p>[...] A transnacionalidade do delito restou evidenciada pelas circunstâncias fáticas – <u>prisão em flagrante em região de fronteira</u>, o réu informou durante a revista policial ter adquirido a droga no Paraguai – e pelas <u>declarações das testemunhas</u> de acusação, pelo que plenamente viável a incidência da majorante da transnacionalidade do tráfico [...]</p>
<p>ACR 00246443920104013800, DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, TRF1 – QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:09/03/2012</p>	<p>[...] não obstante a droga tenha sido adquirida em território nacional e não tenha ultrapassado as fronteiras brasileiras, por ter sido frustrada a sua viagem pela ação diligente da polícia, tal fato não afasta a transnacionalidade do delito, <u>uma vez que posteriormente embarcaria em voo internacional</u> [...]</p>
<p>ACR 00005682820074013000, DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TRF1 – TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA:06/03/2009</p>	<p>[...] A <u>declaração do réu</u>, de que a droga com ele apreendida foi trazida do Peru, é suficiente para caracterizar a transnacionalidade do tráfico de drogas [...]</p>
<p>ACR 201051018055671, Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 30/03/2011</p>	<p>[...] A transnacionalidade do delito restou evidenciada não só através das circunstâncias do flagrante – eis que o <u>réu foi preso no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro quando tentava embarcar em voo com destino à Lisboa/Portugal</u> -, como também foi <u>admitida pelo próprio réu ao ser interrogado</u>, onde afirmou serem verdadeiros os fatos narrados na denúncia, dando a certeza de que a droga se destinava ao exterior [...]</p>



Precedente	Circunstâncias apontadas para justificar a transnacionalidade do delito de tráfico
RHC 121092, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-088 DIVULG 09-05-2014 PUBLIC 12-05-2014	[...] o paciente, cidadão estrangeiro, foi preso em flagrante e condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos no art. 33, caput, c/c art. 40, I, da Lei 11.343/2006 (tráfico internacional de drogas), pois foi <u>surpreendido no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, quando se preparava para embarcar para Joanesburgo/África do Sul</u> , com 2.365g (dois mil, trezentos e sessenta e cinco gramas) de cocaína, oculta no fundo falso de uma bolsa que levava no interior de sua bagagem [...]
ACR 00117113620124036119, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 – SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015	[...] Transnacionalidade delitiva incontroversa, revelada pela <u>confissão do réu</u> somada a <u>histórico viajante</u> e circunstâncias fáticas narradas pelas testemunhas, provas que demonstram que a substância entorpecente é proveniente da República da Colômbia [...]

Uma vez firmada a transnacionalidade do delito, resta pendente a definição do *quantum* do aumento, sendo que a 2ª Turma do STF reconheceu a distância entre os países de origem e destino, no tráfico transnacional de drogas, como critério apto a justificar maior reprimenda na definição do montante de aumento da causa prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006, nos seguintes termos:

[...] O fato de o paciente ter se deslocado ao Brasil, vindo da África do Sul, com o único propósito de voltar ao seu País de origem com relativa quantidade de droga evidencia uma audácia mais elevada, se comparado com aquele que se arrisca a traficar entorpecentes entre fronteiras próximas, fato que justifica o aumento de $\frac{1}{4}$ à pena do paciente [...] (HC 118389, STF, 2ª Turma, julgamento em 05/11/13).

No TRF3, ao seu turno, é assente o entendimento de que “[...] a mera distância que seria percorrida pelo agente não legitima a exasperação da sanção, mas somente a hipótese em que se constata que a droga traficada seria distribuída em mais de um país estrangeiro”[...] (ACR 00035292720134036119, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 – SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015).

Sobre a causa de aumento de prevailecimento de funções públicas não existem grandes discussões ou debates. Basta dizer que, com a sua previsão, o legislador visou à repressão de forma mais gravosa do agente que, pela natureza de suas funções ou pela finalidade de suas atividades, deveria combater o tráfico, e não praticá-lo. Ao contrário do que exigia a legislação anterior (art. 18, II, da Lei nº 6.368/1976), não mais se faz necessária para a aplicação dessa majorante que a função pública esteja relacionada com a repressão da criminalidade⁸⁵.

Devem ser apenadas de forma mais grave, segundo a majorante do art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006, os delitos de tráfico praticados, nas dependências ou imediações de: a) estabelecimentos prisionais; b) estabelecimentos de ensino; c) estabelecimentos hospitalares; d) sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes; e) locais de trabalho coletivo; f) recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza; g) serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social; h) unidades militares ou policiais; ou em i) transportes públicos.

Conforme mencionado por José Paulo Baltazar Jr., há duas possibilidades interpretativas acerca do caráter dessa causa de aumento:

[...] Para a primeira, a causa de aumento é objetiva, bastando à sua incidência que o fato tenha ocorrido em um dos locais mencionados, independentemente de qualquer intenção específica do agente

85 MENDONÇA; CARVALHO (2008, p. 168).

ou resultado concreto [...]. Adotada essa orientação, aplica-se a majorante para aquele que transporta a droga como passageiro em ônibus de linha, independentemente de efetiva distribuição de droga naquele local [...]. Para a segunda, exige-se que o comportamento ostensivo do agente tenha, de algum modo, estimulado a utilização por terceiros [...]. Nessa linha, já se afirmou, quanto aos transportes públicos, que somente incide a causa de aumento quando o tráfico está direcionado aos passageiros [...].

Especificamente no que diz respeito ao crime de tráfico praticado em transportes públicos, de maior recorrência prática, é possível encontrar recentes decisões do STF em ambos os sentidos, conforme revelam os precedentes a seguir:

A apreensão de substância entorpecente na posse de agente que se encontrava no transporte público – ônibus coletivo -, sem que haja comprovação de mercancia de drogas dentro do veículo, não é suficiente para aplicação da causa de aumento prevista na Lei Antidrogas. Alteração de entendimento da Primeira Turma” (STF, 2ª Turma, HC 115815, julgamento em 13/08/13); e “O inciso III do art. 40 da Lei nº 11.343/2006 visa a punir com maior rigor a comercialização de drogas em determinados locais, como escolas, hospitais, teatros e unidades de tratamento de dependentes, entre outros. Pela inserção da expressão “transporte público” nesse mesmo dispositivo, evidencia-se que a referência há de ser interpretada na mesma perspectiva, vale dizer, no sentido de que a comercialização da droga em transporte público deve ser apenada com mais rigor. Logo, a mera utilização de transporte público para o carregamento da droga não leva à aplicação da causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006 (STF, 1ª Turma, HC 109538, julgamento em 15/05/12).

[...] Por se tratar de infração pluriofensiva, o simples fato de utilizar o agente meio de transporte público para o transporte do entorpecente é suficiente para a incidência da majorante, na medida que “transportar” e “trazer consigo” são elementos do tipo penal descrito no art. 33 da Lei nº 11.343/06, de modo que, não obstante a paciente não estivesse comercializando o entorpecente no interior daquele veículo de transporte público coletivo, a mera conduta consistente em “transportar” ou “trazer consigo” a droga por esse meio é suficiente para justificar a incidência da majorante. 4. Como destacado pela Ministra Cármen Lúcia (HC nº 109.411/MS, Primeira Turma, DJe de 26/10/11), “[a] majorante é de natureza objetiva e, por conseguinte, aperfeiçoa-se com a constatação de ter sido o crime cometido no lugar indicado, no caso, em transporte público, independentemente de qualquer indagação sobre o elemento anímico do infrator. Naquele ambiente, é facilitada a atuação do agente, porque o maior número de pessoas presentes no interior do meio de transporte dificulta a ação fiscalizadora e, por conseguinte, facilita a disseminação da droga no meio social [...] (STF, 1ª Turma, RHC 115399, julgamento em 04/06/13).

De outro turno, de acordo a 1ª Turma do STF, “o tráfico de drogas nas imediações de estabelecimentos de ensino é suficiente para incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006, independente de os agentes visarem ou não os frequentadores daquele local” (HC 116929, julgado em 15/10/2013).

Para que a causa de aumento do art. 40, IV seja aplicada, é necessário que haja relação de causalidade entre a prática do delito de tráfico de drogas e o emprego de violência ou grave



ameaça, a utilização de arma de fogo ou, ainda, o emprego de qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva.

O *quantum* de aumento em decorrência do enquadramento nessa majorante será, naturalmente, proporcional à violência, ameaça, intimidação ou ao número de armas empregadas, conforme revela o seguinte precedente do STJ:

[...] Inviável a incidência da menor fração legalmente prevista relativa à majorante prevista no inciso IV do art. 40 da Lei n.º 11.343/06 – tráfico de drogas cometido com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva -, pois restou comprovado que foram encontradas em poder da associação duas pistolas, três granadas, uma escopeta, munições e explosivos, circunstâncias que bem revelam a impossibilidade de aplicação da menor fração prevista em lei [...]” (HC 201001583650, JORGE MUSSI – QUINTA TURMA, DJE DATA:02/09/2011).

Importante salientar, ademais, que para aplicação dessa causa de aumento, em decorrência do emprego de armas de fogo, não é necessária a efetiva apreensão das armas, visto que tal circunstância pode ser suprida por outras prova. Com efeito, conforme decidido pelo STJ “[...] o argumento de que não foi apreendida arma de fogo, não é capaz de afastar a aplicação da referida causa de aumento, uma vez que as instâncias de origem invocaram outros elementos para reconhecer a incidência do art. 40, IV, da Lei 11.343/06 [...]” (HC 201100370349, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DATA: 16/12/2013).

Trata-se o aumento da interestadualidade de hipótese objetiva de aumento de pena, bastante parecida com aquela prevista no inciso I, do art. 40, da Lei nº 11.343/2006. Distingue-se dela apenas no tocante à destinação ou origem da droga, que na hipótese do inciso I (transna-

cionalidade) deve ser o exterior, e no presente caso deve envolver – ao menos – dois diferentes estados brasileiros. Muitos dos comentários lá realizados aplicam-se, portanto, também ao presente tópico.

Tal como verificado em relação à causa de aumento do tráfico internacional, a majorante do tráfico interestadual também exige do agente o conhecimento de tal circunstância, ou “[...] pelo menos ter consciência da possibilidade consistente de que isso está ocorrendo ou ocorrerá [...]”⁸⁶.

De acordo com o STJ, “[...] para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, não é necessária a efetiva transposição da fronteira interestadual, sendo suficiente a comprovação de que a droga tinha como destino outro Estado [...]” (HC 201001741228, HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA:26/10/2011)⁸⁷. Na mesma toada pronuncia-se o STF:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO INTERESTADUAL. DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRA ENTRE ESTADOS DA FEDERAÇÃO. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de ser desnecessária a efetiva transposição das fronteiras interestaduais para a incidência da majorante prevista no inciso V do art. 40, “bastando a comprovação inequívoca de que a droga adquirida num estado teria como destino outro estado da Federação” (HC 115893, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda

86 GRECO FILHO; RASSI (2007, p. 136).

87 No mesmo sentido: “[...] Tal qual o tráfico internacional, não é necessária a efetiva transposição da fronteira interestadual para que fique autorizada a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, V da Lei 11.343/06; bastarão, para tanto, evidências de que a substância entorpecente mercadejada tem como destino qualquer ponto além das linhas divisórias estaduais. Precedente da 5a. Turma: HC 93.223/MS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJU 13.10.08 [...]” (HC 200802421299, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA:25/05/2009 ..DTPB:.).



Turma, DJe de 04-06-2013). Precedentes. 2. Ordem denegada. (HC 111076, TEORI ZAVASCKI, STF.)

As evidências da interestadualidade do tráfico, tal como as de sua internacionalidade, podem advir de diversas fontes, a exemplo da “[...] confissão do paciente e de seu bilhete de passagem [...]” (HC 110438, CÁRMEN LÚCIA, STF) ou da prisão do agente “[...] dentro de ônibus que tinha como itinerário Ponta Porã/MS – Campo Grande/MS [...]” (HC 201102293532, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA:18/12/2012).

Aspecto importante diz respeito à possibilidade de aplicação simultânea das causas de aumento de pena previstas nos incisos I (transnacionalidade) e V (transestadualidade). Sobre esse assunto tem prevalecido o entendimento de que só se aplicariam, “[...] cumulativamente, os aumentos de pena pela transnacionalidade do tráfico e pela interestadualidade quando o agente importa a droga com o intuito de distribuí-la em mais de uma unidade da federação [...]” (ACR 0001723-81.2008.4.03.6005, TRF-3, 2 Turma, j. 04/12/12). No mesmo sentido:

[...] A caracterização do tráfico interestadual de drogas se dá quando a intenção do agente é a de disseminar o entorpecente em um ou mais estados da federação. Caso em que o crime se iniciou no Paraguai, onde a droga foi recebida, para ser transportada para Cuiabá/MT ou Rondônia. O trajeto percorrido pelo réu no curso da ação não é suficiente para caracterizar a causa de aumento derivada da interestadualidade do tráfico, já que a passagem pelo estado do Mato Grosso do Sul foi apenas uma etapa do tráfico transnacional [...] (ACR 00041874420094036005, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 – SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/12/2014).

Não deixa de ser defensável, contudo, o entendimento em sentido contrário, visto que

enquanto a transestadualidade visa punir a maior amplitude territorial da conduta, que potencializará o risco ao bem jurídico (saúde pública nacional), no caso do tráfico internacional, a ratio do maior agravamento na punição está na violação à ordem jurídica e aos interesses de mais de um país⁸⁸.

No tocante à causa de aumento do art. 40, VI, não há grandes controvérsias. Para que ela seja aplicada, é necessário, naturalmente, “que o agente tenha conhecimento da menoridade do comprador, receptor, etc., ou de sua deficiência de inteligência ou vontade”, sendo que esse “conhecimento será apreciado de acordo com as circunstâncias do caso, como, por exemplo, se o agente vender “maconha” na porta de um ginásio, local normalmente frequentado por menores”⁸⁹.

No que se refere à quantificação do aumento em decorrência dessa causa, o STJ já decidiu no sentido de que

[...] A simples menção ao envolvimento de um adolescente na prática do delito, sem nenhum outro elemento concreto demonstrando maior gravidade dessa participação, não autoriza a exasperação da pena em 1/3, pela aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, devendo a majoração ser reduzida ao patamar mínimo de 1/6 [...]. (HC 201000375941, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA:09/11/2011).

88 MENDONÇA; CARVALHO (2008, p. 176).

89 GRECO FILHO; RASSI (2007, p. 138).

O art. 36 da Lei de Drogas tipifica a conduta daquele que financia ou custeia a prática de qualquer dos crimes previstos nos seus arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 (produção e tráfico de drogas) e culmina pena de reclusão de oito a vinte anos e multa. Dessa forma, a previsão do financiamento ou custeio da prática dos crimes definidos nos arts. 33 a 37 da referida norma como causa de aumento gera estranheza.

Embora se possa atribuir tal duplicidade de previsões a eventual falha na elaboração do texto legislativo⁹⁰, não se deve, ante a potencialidade de cada um dos dispositivos, ignorar uma ou ambas⁹¹. Ao mesmo tempo, deve-se atentar para a questão do *bis in idem*.

Nesta linha, surgem como distinções entre o crime autônomo de financiamento ou custeio e a causa de aumento em tela a limitação de aplicabilidade a certos delitos, a centralidade da conduta financiar ou custear e “a estabilidade da atuação, exigida para o crime autônomo, mas dispensada para a incidência da causa de aumento”⁹².

Quanto ao primeiro ponto, tem-se entendimento no sentido de que “somente se o agente financiar os crimes previstos nos arts. 33 §§ 2º e 3º, 35 e 37 incide o aumento da pena, tendo em vista que os tipos do art. 33, *caput* e § 1º, e 34, quando financiados, caracterizam o tipo do art. 36, não incidindo para este a majorante”⁹³.

90 MENDONÇA; CARVALHO (2008, p. 180).

91 Para Fernando Capez: “se o agente só financia ou custeia, responde apenas pelo crime previsto no art. 36, sem a incidência da causa de aumento. Se financia ou custeia e, além disso, participa ou comete o tráfico, responde por ambos os crimes em concurso material, sem a incidência da majorante. A causa, portanto, não tem incidência, estando natimorta (ineficaz desde sua vigência)”. (CAPEZ 2012, p. 241). Também Andrey Borges e Paulo Galvão: “[...] por qualquer ângulo que se veja a questão, confirma-se que a presente causa de aumento de pena é inaplicável”. (MENDONÇA; CARVALHO 2008, p. 182).

92 GRECO FILHO; RASSI (2007, p. 139). Em sentido contrário, Rogério Sanchez (cit., p. 212): “o sustento deve ser habitual, costumeiro, rotineiro, condição de sobrevivência do tráfico (de drogas ou maquinários). Essa conclusão é facilmente extraída da simples leitura dos dois dispositivos: o parágrafo único do tipo anterior, que só pune a reunião estável de duas ou mais pessoas que visam financiar *reiteradamente* os crimes de tráfico, e do art. 40, VII, majorante aplicável no caso de o sustento ser meramente ocasional (outra interpretação conduz o operador ao inaceitável *bis in idem*).” Frisa-se que há posicionamentos distintos.

93 BACILA; RANGEL (2007, p. 152).

Há, contudo, entendimento em sentido oposto, de acordo com o qual o art. 36 da Lei nº 11.343/2006 se restringiria aos crimes previstos em seus arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, ao passo que “a causa especial de aumento de pena, conforme o *caput*, poderia ser aplicada a qualquer dos crimes tipificados nos arts. 33 a 37 da mesma lei, com exceção, é claro, aos crimes previstos no parágrafo único do art. 35 [associação para o financiamento ou custeio autônomo], e no art. 36”⁹⁴.

Nesse último sentido, cite-se o seguinte trecho do voto do Min. Jorge Mussi, do STJ, em seu voto no HC 164.682 – SP (2010/0041579-1):

[...] Quanto à mencionada causa de aumento, não há falar em inconstitucionalidade, pois esta visa apenas à individualização da pena do agente que financia ou custeia a prática do tráfico, referindo-se o *caput* do artigo 40, da Lei nº 11.343/06, expressamente ao delito do artigo 33, *caput*, da mesma lei, e só se poderia falar em *bis in idem* caso houvesse sido imputado a Endro, em concurso material, o delito autônomo previsto no artigo 36, da lei em foco; no caso, incide o crime do artigo 36 quando o financiamento ou o custeio do tráfico é reiterado, incidindo a causa de aumento quando, como na hipótese, é eventual [...].

Já no que tange à segunda distinção (centralidade da conduta financiar ou custear), Vicente Greco e João Daniel Rassi afirmam ser possível conciliar os dispositivos considerando grau e circunstâncias:

Aplica-se o art. 36 para aquele em que o financiar é o núcleo central e praticamente o único de sua conduta [...] É o crime daquele que se mantém oculto e fornece o dinheiro para custear atividades do tráfico sem se envolver em atividade executiva [...] Aplica-se

94 MARCÃO (2014, p. 212).



o aumento de pena se o agente está no tráfico e incide em um dos crimes dos arts. 33 e § 1º ou 34 e, no correr da prática, em conduta envolvida, põe recursos à disposição de companheiros ou partícipes para que estes façam a sua parte na cadeia do tráfico. Há, pois, duas esferas de incidência, podendo haver desclassificação da acusação pelo art. 36 para o aumento de pena⁹⁵.

Nos casos em que há autofinanciamento, ou custeio com recurso próprios, José Paulo Baltazar Jr. aponta duas soluções, quais sejam: a) a absorção do delito autônomo de financiamento pelo delito financiado, tendo aqui lugar a causa de aumento em tela; ou b) a consideração deste último crime como pós-fato impunível, restando absorvido por aquele⁹⁶. Há recente julgado do STJ que dá guarida à primeira solução apresentada, a saber:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. FINANCIAMENTO PARA O TRÁFICO. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INCISO VII, DA MESMA LEI. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO, EM CONCURSO MATERIAL, PELA PRÁTICA DOS CRIMES DO ART. 33, CAPUT, E DO ART. 36 DA LEI DE DROGAS. 1. O financiamento ou custeio ao tráfico ilícito de drogas (art. 36 da Lei nº 11.343/2006) é delito autônomo aplicável ao agente que não tem participação direta na execução do tráfico, limitando-se a fornecer os recursos necessários para subsidiar a mercancia. 2. Na hipótese de autofinanciamento para o tráfico ilícito de drogas não há falar em concurso material entre os crimes de tráfico e de financiamento ao tráfico, devendo ser o agente condenado pela pena do

95 GRECO FILHO; RASSI (2007, p. 139).

96 BALTAZAR JR. (2014, p. 1090).

artigo 33, caput, com a causa de aumento de pena do artigo 40, inciso VII, da Lei de Drogas. 3. Recurso especial improvido. (STJ – REsp: 1290296 PR 2011/0265668-3, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 17/12/2013, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/02/2014).

Por último, cumpre-se destacar que a causa de aumento em tela não se confunde com a agravante do art. 62, I, do Código Penal, inciso I do art. 62 do CP,

pois financiar ou custear a empreitada criminosa não é o mesmo que organizar a cooperação ou dirigir a atividade dos demais agentes, de modo que não há *bis in idem* no reconhecimento de ambas as circunstâncias em relação ao mesmo acusado (TRF3, AC 200861190047483, Cotrim Guimarães, 2ª T., u., 7.12.10).

O art. 42, da Lei nº 11.343/2006 expressamente dispõe que o juiz deverá considerar com preponderância na dosimetria da pena dos crimes de tráfico de drogas e relacionados, a natureza e a quantidade da substância ou do produto apreendido, a personalidade e a conduta social do agente.

Se a personalidade e a conduta social do agente são fatores que não são passíveis de avaliação objetiva (assim como algumas outras circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal), o mesmo não se pode dizer em relação à quantidade e natureza da droga apreendida; aspectos que podem ser concretamente precisados a partir de uma análise conjunta do auto de apreensão e do laudo pericial realizado sobre a droga.

Não obstante a possibilidade de avaliação objetiva da quantidade e da natureza da droga envolvida, bem como a proeminência de tais circunstâncias estabelecida pela lei, não há atualmente no direito brasileiro guia parametrizado para a justa, adequada e uniforme fixação das penas nos crimes de tráfico de drogas e relacionados segundo tais critérios.

Nesse contexto, portanto, os juízes e tribunais brasileiros acabam adotando distintas proporções de aumento/diminuição do *quantum* da pena conforme a quantidade e natureza da droga apreendida nos casos por ele analisados, circunstância esta que, por implicar em tratamentos inadequadamente díspares, urge por ser imediatamente contornada.

Em decorrência disso, o GT Dosimetria da Pena desenvolveu projeto autônomo para consolidar uma tabela parametrizada com o específico desiderato de estabelecer parâmetros objetivos, técnicos e uniformes para, no tocante à natureza e a quantidade da substância envolvida, nortear o adequado apenamento dos crimes de tráfico de drogas e relacionados. Assim, faz-se remissão ao relatório deste projeto, visto que atende integralmente ao objetivo deste manual no que concerne ao presente tópico.

Do mesmo modo, no que concerne aos comentários acerca dos reflexos da personalidade e da conduta social do agente na dosimetria da pena, remete-se o leitor ao capítulo XX da parte geral deste roteiro (art. 59).

CAPÍTULO 3

DOSIMETRIA DA PENA DO INDÍGENA¹

Há disposição na Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio) que dispõe sobre atenuante genérica a todo indígena que tenha praticado infração penal:

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Referida disposição encontra respaldo tanto na Constituição Federal como em disposição da Convenção 169-OIT:

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no HC nº 85.198 entendeu pela aplicabilidade da referida amplamente por se tratar de “direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena”:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA PRATICADOS POR ÍNDIO. LAUDO

¹ Tópico com colaboração do GT Intercameral Presos indígenas e violência policial contra indígenas.



ANTROPOLÓGICO. DESNECESSIDADE. ATENUAÇÃO DA PENA E REGIME DE SEMILIBERDADE. 1. Índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo. É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção. Precedente. 2. Atenuação da pena (artigo 56 do Estatuto do Índio). Pretensão atendida na sentença. Prejudicialidade. 3. Regime de semiliberdade previsto no parágrafo único do artigo 56 da Lei n. 6.001/73. Direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena. Ordem concedida, em parte.

(HC 85198, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 17/11/2005, DJ 09-12-2005 PP-00016 EMENT VOL-02217-02 PP-00368 RTJ VOL-00203-03 PP-01088 RJP v. 2, n. 8, 2006, p. 162 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 334-339)

Todavia, há diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça entendendo que não se aplica o referido art. 56 do Estatuto do Índio “já integrado” ou “adaptado”:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE INCÊNDIO. INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE BRASILEIRA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA



ATENUANTE DO ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 6.001/73. IMPOSSIBILIDADE.

1. Este Tribunal Superior possui entendimento firmado de que o art. 56, parágrafo único, da Lei nº 6.001/76 (Estatuto do Índio), a embasar a pretensão de atenuação da reprimenda, somente se destina à proteção do silvícola não integrado à comunhão nacional; ou seja, esse dispositivo legal não pode ser aplicado em favor do indígena já adaptado à sociedade brasileira.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1361948/PE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 16/09/2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO COMETIDO POR INDÍGENAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SÚMULA 140/STJ. QUESTÃO DESVINCULADA DA DISPUTA DE COMUNIDADES SILVÍCOLAS PELO DIREITO ORIGINÁRIO ÀS SUAS TERRAS DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL. DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. FALTA DE SUBSTRATO FÁTICO-PROBATÓRIO A AMPARAR A ALEGAÇÃO. PROFUNDO REVOLVIMENTO DE FATOS E DE PROVAS. ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 6.001/1973. CUMPRIMENTO DA PENA EM ÓRGÃO FEDERAL DE ASSISTÊNCIA AO ÍNDIO.

IMPOSSIBILIDADE. ÍNDIOS INTEGRADOS. INEVIDENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.[...]

4. A aplicação do parágrafo único do art. 56 da Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio) é limitada aos indígenas em fase de aculturação.

5. Evidenciado, conforme os documentos acostados aos autos, que os pacientes estão integrados à sociedade, não há falar na concessão do regime especial de semiliberdade.[...]



(HC 263.987/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 16/12/2014)

HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2.º, III, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PACIENTE. INDÍGENA. INTEGRADO À SOCIEDADE (POSSUI TÍTULO DE ELEITOR E DOMÍNIO DA LÍNGUA PORTUGUESA). INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 56, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ESTATUTO DO ÍNDIO. PENA DEFINITIVA FIXADA EM 12 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. (3) WRIT NÃO CONHECIDO.[...]

2. Esta Corte firmou o entendimento de que o indígena integrado à sociedade, nos termos do art. 4.º, III, do Estatuto do Índio, não se enquadra ao disposto no art. 56, parágrafo único, do aludido Estatuto (cumprimento de pena em regime especial semiaberto), sendo, de rigor, a sua sujeição às leis penais impostas aos cidadãos comuns. Na espécie, o Tribunal a quo afirmou que o paciente possui título de eleitor e domínio da língua portuguesa, evidenciando que está integrado à sociedade, fato que respalda a aplicação do art. 33, § 2.º, a, do Código Penal, uma vez que a pena foi fixada em 12 (doze) anos de reclusão.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 243.794/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 24/03/2014)

Talvez a melhor forma de interpretar referida disposição seja a de determinar o percentual de redução de pena com análise do caso concreto, de forma a permitir a mais ampla aplicação do referido



dispositivo nos termos da citada decisão do STF, isto é, a todos os indígenas, com analogia da disposição do art. 21 do Código Penal no que se refere ao “erro sobre a licitude do fato”.

Assim, sendo o indígena imputável, há que se verificar o grau de dificuldade do agente em ter sua conduta pautada de acordo com a lei tendo-se em conta “sus características económicas, sociales y culturales” como refere a convenção 169 da OIT, de forma a conferir um grau maior ou menor de atenuação da pena, sempre considerando a condição genérica necessidade de aplicação de algum grau de redução quando presente a “condição de se tratar de indígena”.

CAPÍTULO 4

QUESTÕES PROCESSUAIS

Neste último capítulo, trazem-se considerações sobre medidas pré e/ou processuais relacionadas à dosimetria da pena. Inicialmente, há algumas de caráter geral, referentes a todos os crimes; posteriormente, indicam-se diligências específicas para alguns delitos.

4.1 QUESTÕES PROCESSUAIS – PARTE GERAL

Neste tópico, trazem-se considerações gerais a respeito de medidas a serem tomadas no processo para fomentar a aplicação justa das penas. É obviamente impossível encerrar todas as medidas processuais úteis à dosimetria em um catálogo fechado. Nada obstante, pode ser útil a adoção de alguma das indicadas a seguir. O caso concreto pode recomendar que nenhuma delas ou outras sejam tomadas.

Já na denúncia, é imprescindível narrar o fato criminoso com todas as suas circunstâncias (art. 41 do Código de Processo Penal). Embora o pedido de condenação seja ilíquido, ou seja, sem a indicação do *quantum* de pena pretendido, a narrativa precisa das circunstâncias, além de se tratar de requisito da denúncia, tende a auxiliar a dosimetria das penas. Por exemplo, no valor do dano de um estelionato ou peculato, é importante atualizar o valor do débito, o que pode ser feito gratuita e facilmente em sites como o do Banco Central (calculadora do cidadão).

Também é importante mencionar as agravantes, atenuantes, e imprescindível narrar as causas especiais de aumento ou diminuição da pena. Primeiramente, porque se evitam discussões a respeito da



constitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal. Ademais, a indicação já na denúncia alerta o membro do Ministério Público que elaborará as alegações finais e o juiz que prolatará a sentença da necessidade de enfrentar o cabimento desses fatores da dosimetria. Na prática, por vezes as alegações finais são elaboradas oralmente e por quem não foi o subscritor da denúncia, contextos que não favorecem a análise pormenorizada da dosimetria. Assim, trazer esses elementos na denúncia pode evitar equívocos ou omissões nas alegações finais.

A denúncia deve conter, outrossim, requerimentos de provas, a exemplo do requerimento de juntada de certidões de antecedentes criminais, se tais diligências não tiverem sido adotadas na fase pré-processual.

Na instrução processual, é importante lembrar de fatores da dosimetria, não apenas da prova da imputação. Não se trata, necessariamente, de produzir provas específicas de fatores da dosimetria, mas de buscar nos meios de prova já disponíveis elementos de individualização da pena. Por exemplo, podem-se explorar as consequências emocionais de um roubo a agência bancária ou as consequências patrimoniais de um crime de moeda falsa perguntando às vítimas em juízo a respeito. Igualmente se pode tentar buscar elementos da condição econômica do réu por meio de documentos e no próprio interrogatório com o fim de quantificação da multa.

Há também a possibilidade de produção de provas específicas para a dosimetria da pena. Para a dosimetria da pena de multa, podem ser obtidos na ASSPA das respectivas procuradorias informações sobre veículos e sociedades empresárias em nome do réu. Outras medidas



como a busca de fotos no *Google Street View* a partir do endereço declinado pelo próprio acusado podem embasar argumentos sobre a sua situação patrimonial. Cuidando-se de prova documental, elas podem ser juntadas a qualquer tempo, nos termos do art. 231 do Código de Processo Penal.

Nas alegações finais, é recomendável tratar da dosimetria das sanções. Tal procedimento, além de gerar o contraditório a respeito das penas, alerta o julgador para algo que poderia passar despercebido. Embora o juiz tenha o dever de ofício de realizar a dosimetria da pena, a prática mostra que debater o tópico nas alegações finais tem efeitos positivos na sentença. Nessa ocasião, deve haver o debate mais aprofundado de tópicos da dosimetria apenas referenciados na denúncia. Argumenta-se, por exemplo, o motivo do cabimento concreto das causas de aumento ou agravantes somente indicadas na denúncia.

Em alguns casos, considerando que não é pacífico se e como fatos concretos influem na dosimetria, mostra-se recomendável desenvolver argumentações e pedidos sucessivos. Exemplificativamente, quanto ao valor sonogado, há certo vacilo jurisprudencial a respeito do montante que faz incidir a causa de aumento do art. 12, I, da Lei nº 8.137/1990. Também é possível considerar que a sua repercussão se dê na culpabilidade do agente, nas circunstâncias ou nas consequências do delito. Assim, a depender do montante, sugere-se pedir inicialmente a aplicação da causa de aumento e, subsidiariamente, a sua consideração na culpabilidade, nas circunstâncias e nas consequências do delito.

Convém, outrossim, analisar acuradamente a sentença. Eventuais omissões, inclusive de motivação, contradições ou erros de cálculo desafiam embargos de declaração. Como em grande parte dos casos envolvendo dosimetria os embargos podem ter efeitos infringentes, é importante requerer a intimação da parte contrária para apresentação de contrarrazões, em atenção ao princípio do contraditório.



As omissões podem se referir a pedidos de aplicação de circunstâncias do art. 59 do Código Penal, causas de aumento, atenuantes etc. Os embargos podem ser opostos com o pedido de análise expressa desses fatores. Os embargos de declaração não cabem apenas se o juiz deixa de tratar desses elementos em abstrato, sendo igualmente oponíveis se omitir a análise de fatores do caso concreto. Por exemplo, ainda que consigne na sentença que a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências foram normais para o crime, cabem embargos de declaração para que o julgador decida expressamente se o dano anormal no caso concreto influi ou não na dosimetria. Se o juiz decide pela prescrição da pena privativa de liberdade e da multa e não trata da pena autônoma de inabilitação do art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 201/1967 (que prescreve em doze anos), também são cabíveis os embargos de declaração.

Também podem se referir à motivação.¹ Exemplificativamente, a sentença aplica a causa de aumento da continuidade delitiva no mínimo legal a despeito de serem vários os crimes cometidos sem explicitar os fundamentos para tanto. É possível pedir a motivação inclusive com efeitos infringentes do julgado, para que o aumento decorrente da continuidade seja superior ao mínimo legal. Se ocorrer o inverso, ou seja, o aumento for superior ao mínimo legal sem a devida fundamentação, os embargos de declaração podem evitar futura declaração de nulidade nas instâncias superiores. Igualmente se houver decretação da perda do cargo sem a necessária motivação, pode ocorrer a nulidade da sentença quanto a esse ponto, havendo a volta do agente delitivo ao serviço público. Os embargos de declaração podem evitar tais consequências.

É igualmente possível embargar de declaração para extirpar contradições específicas da dosimetria da pena. Por exemplo, o julgador reconhece que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal são desfa-

¹ “Os embargos podem visar ao suprimento de omissão constante da *motivação* da decisão.” GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES (2005, p. 232, grifos do autor)



voráveis ao réu, mas aplica a pena mínima prevista para o crime. Ou reconhece que a situação econômica é boa e aplica a multa no patamar mínimo ou eleva bastante a pena privativa de liberdade e aplica a multa no patamar mínimo ou com baixa majoração.

No caso de erros de cálculo, rigorosamente há erro material, corrigível de ofício e a qualquer tempo. Porém, nada impede o manejo dos embargos de declaração, até porque se o julgador decide que a pena de quatro anos de reclusão deve ser aumentada de metade pela continuidade delitiva e consigna que tal pena é cinco anos de reclusão, incorre em contradição. O uso dos embargos também evita discussões sobre a possibilidade de correção de ofício da pena e a necessidade de interposição de apelação ou outro recurso de trâmite menos célere.

No tocante à apelação, recurso cabível para pedir a reforma da dosimetria da pena aplicada na sentença (art. 593, I, do Código de Processo Penal), assim como nas contrarrazões da apelação interpostas pelo réu, convém prequestionar os dispositivos legais e constitucionais que se entenda aplicáveis. Embora não seja requisito da apelação nem das contrarrazões, tal proceder tende a chamar a atenção do tribunal para a necessidade de enfrentar expressamente essas questões, oportunizando em alguns casos a interposição de recurso especial ou extraordinário. Além disso, os membros do Ministério Público que atuem perante o tribunal igualmente serão alertados a respeito do entendimento esposado no recurso ou nas contrarrazões.

4.2 QUESTÕES PROCESSUAIS – PENA DE MULTA

1) Solicitar à ASSPA pesquisas sobre os vínculos empregatícios e remunerações constantes do CNIS, rastreamento societário, benefícios previdenciários, veículos, informações constantes do Sistema Nacional



de Bens Apreendidos, do Cadastro Nacional de Condenados por Improbidade Administrativa, do Cadastro Nacional de Correntistas e do Sistema Nacional de Cadastro Rural.

2) Obter informações sobre o agente na internet, nas páginas das redes sociais, no portal da transparência, no *Google Street View*, na Central Notarial de Serviços Eletrônicos (Censec), no sistema de acompanhamento de procedimentos fiscais da SRFB-Comprot, no Cadastro Integrado de Condenações por Ilícitos Administrativos (Cadicon), no Cadastro de Responsáveis com Contas Julgadas Irregulares (Cadirreg), no sítio do TCU etc.

3) Indagar sobre a situação econômica do investigado nas oitivas realizadas no bojo de inquérito policial/PIC, bem como no interrogatório e nos depoimentos das testemunhas em juízo.

4) Extrair a situação econômica do réu de informações constantes dos autos, como sua profissão, escolaridade, local de moradia, modo de vestir e de falar, se possui advogado constituído ou foi assistido pela Defensoria Pública, se possui ou não habilitação para dirigir veículo, se possui ou não telefone celular etc.

4.3 QUESTÕES PROCESSUAIS – CRIMES EM ESPÉCIE

A) ESTELIONATO

1. Requisitar à entidade lesada eventual procedimento administrativo instaurado para apuração da fraude, bem como informação sobre o período do recebimento indevido, o valor do prejuízo e eventual recomposição do dano.

2. Verificar quais foram os meios empregados para a fraude: analisar a organização da atividade criminosa, desenvoltura profissional, engenhosidade da fraude, eventual uso de documento falso etc., examinando os materiais apreendidos e requisitando as perícias cabíveis.



3. Examinar se o agente se aproveitou da ingenuidade, ignorância, hipossuficiência ou incapacidade de terceiros, ouvindo todas as pessoas envolvidas nos fatos investigados e verificando seu grau de instrução.

4. Analisar se houve premeditação, se o agente já aplicou outros “golpes”, se já ofereceu ou obteve outras vantagens fraudulentas para si ou para terceiros, se pratica tal delito como meio de vida, identificando e ouvindo pessoas que conhecem o agente e analisando sua folha de antecedentes criminais.

5. Verificar se a conduta ilícita do agente, além da entidade lesada, também atingiu ou prejudicou terceiros, ouvindo as testemunhas do fato investigado e representantes da entidade lesada.

6. Determinar a profissão e o grau de instrução do agente, expedindo ofício à sua instituição empregadora ou ao órgão de fiscalização do exercício profissional.

7. Analisar se o agente agiu com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo ou profissão, verificando com seu empregador ou órgão fiscalizador da profissão eventual existência de processo administrativo ou sanções disciplinares.

8. Examinar se o agente organizou ou dirigiu a atividade criminosa, se coagiu ou induziu terceiros à prática do delito, se recebeu pagamento ou promessa de recompensa, ouvindo todos os envolvidos na prática delituosa e/ou representando pela quebra de sigilo telefônico ou telemático.

9. Representar pela quebra de sigilo bancário, diante da suspeita de que o proveito do crime tenha sido depositado ou aplicado, bem como para verificar eventual recebimento de pagamento ou recompensa.

10. Verificar se houve o ajuizamento de ação judicial para a concessão/restabelecimento da vantagem indevida.



11. Juntar as folhas de antecedentes criminais.

B) QUESTÕES PROCESSUAIS – MOEDA FALSA

1. Apreender/representar pela busca e apreensão dos petrechos de falsificação, das moedas falsas existentes em poder do criminoso e de eventuais moedas verdadeiras por ele recebidas em razão da prática criminosa, as quais deverão ser restituídas ao legítimo titular.

2. Realizar perícia sobre os petrechos apreendidos, a fim de aferir sua forma de funcionamento, valor e aptidão para a falsificação ou a alteração de moeda.

3. Realizar perícia documentoscópica sobre as cédulas, no intuito de apurar: a) se são autênticas, foram falsificadas ou alteradas; b) a qualidade da falsificação; e c) sua quantidade e valor.

4. Juntar as folhas de antecedentes criminais.

5. Ouvir testemunhas que possam fornecer elementos sobre as circunstâncias do crime (local, forma, número de envolvidos, lucro obtido, número de pessoas atingidas, eventuais prejuízos sofridos etc.).

6. Ouvir o agente, que deverá ser inquirido, entre outros, sobre: a) as circunstâncias da prática do delito; b) sua ciência sobre a falsidade; c) o momento em que dela tomou ciência; d) a autoria da falsificação; e e) lucro obtido.

C) FURTO

1. Verificar se houve gravação de imagens em CFTV no local do crime, e, em caso positivo, juntar cópia da mídia aos autos, a fim de se apurar o grau de esforço para subtração da *res – circunstâncias do crime*.

2. Realizar perícia para avaliação das coisas furtadas – *consequências do crime*.



D) ROUBO

1. Verificar se houve gravação de imagens em CFTV no local do crime ou próximo a ele, e, em caso positivo, juntar cópia da mídia aos autos, a fim de se apurar o modo de execução do crime (intensidade da violência e grave ameaça) – circunstâncias do crime.

2. Se possível, realizar exame de corpo de delito para apuração da ocorrência de vias de fato ou violência, de seu nexos de causalidade com a conduta do agente e da gravidade das lesões causadas – circunstâncias e consequências do crime.

3. Se possível, realizar exame de corpo de delito para apuração do emprego de meios que dificultaram ou impossibilitaram a resistência da vítima – circunstâncias do crime.

4. Realizar perícia para avaliação das coisas roubadas, de modo a aferir o prejuízo patrimonial causado – consequências do crime.

5. Em se tratando de roubo em face de vítima funcionária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, obter da empresa a especificação das remessas/encomendas postais roubadas, com a relação de destinatários e valor dos bens subtraídos, a fim de se apurar, além do prejuízo patrimonial, o prejuízo ao bom andamento do serviço público – consequências do crime.

E) CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tal como nas questões processuais gerais, as indicações não podem se pretender exaustivas. Deve haver inclusive a análise cuidadosa da oportunidade e conveniência da adoção no caso concreto das que se indicam a seguir.

Nos respectivos órgãos ou pessoas jurídicas, podem-se obter informações sobre se o agente era, ao tempo do crime, ocupante de algum cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento que fizesse incidir a causa de aumento de pena do art. 327, § 2º, do Código Penal.



Nos crimes contra a administração que gerem dano, é importante buscar elementos para a sua quantificação e atualização. Por exemplo, podem ser obtidas informações na CGU, no TCU e no núcleo cível da Procuradoria da República em procedimentos relativos aos mesmos fatos. Também assim sobre a eventual recomposição do dano decorrente da prática delitativa. Em outros casos, serão necessárias perícias contábeis ou de engenharia.

No caso dos crimes do Decreto-lei nº 201/1967, já se viu que fatores como o baixo desenvolvimento do município no qual seriam aplicadas as verbas desviadas repercutem na dosimetria da pena. Assim, podem ser pesquisados dados como o Índice de Desenvolvimento Humano do Município (IDHM) em bases públicas (<http://www.pnud.org.br>) a fim de embasar essa linha de argumentação no caso concreto.

Em outros sites, como o do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), podem ser obtidas diversas informações sobre os entes públicos. Assim, pode-se estimar mais concretamente as consequências que os desvios de verbas tiveram. Por exemplo, em município de alto índice de mortalidade infantil, o desvio das verbas para saneamento básico é mais reprovável.

No caso da educação, informações do Ideb podem embasar a argumentação da gravidade das consequências da conduta do autor do desvio, sobretudo nos casos em que o município não tiver atingido as metas previstas para aquele ano.

Todos esses dados também podem servir para demonstrar se houve piora durante a gestão do réu.

Nos casos de ausência de prestação de contas, é útil requisitar à CGU que informe se o município vem cumprindo a lei de acesso à informação. A resposta negativa pode servir para demonstrar que a ausência de transparência não se deu apenas na situação narrada na denúncia, mas ocorre de modo sistemático, por decisão do gestor, como forma de dificultar o controle social e pelos órgãos incumbidos dessa tarefa.



F) CONTRABANDO E DESCAMINHO

a) Pesquisa sobre a eventual reiteração da conduta, mediante: a.1) exame das folhas de antecedentes; e a.2) requisição de informações dirigida à Receita Federal do Brasil (RFB), fato suficiente: i. ao afastamento da possibilidade de incidência do princípio da insignificância, em se tratando do delito de descaminho; e ii. à comprovação do conhecimento da proibição de importação ou exportação por parte do réu, em se tratando do crime de contrabando.

b) Pedido de realização de perícia sobre o bem sempre que for controversa sua origem estrangeira.

c) A depender da natureza da mercadoria (exemplo: caixas de cigarros e de medicamentos) e com vistas à comprovação do elemento intelectual do dolo – ciência da sua origem estrangeira –, requerer que uma amostra dela seja mantida em depósito na Vara Federal para exame quando da instrução processual, ocasião em que testemunhas e réus poderão, por exemplo, ser confrontados com signos ostensivos da origem estrangeira presentes na própria mercadoria, como dizeres em outras línguas.

Especificamente quanto ao descaminho:

a) Requisição dirigida à RFB para que estime o valor total dos tributos iludidos.



REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da Pena*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o artigo 59 do CP. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 239-266.

AZEVEDO, David Teixeira de. *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Comentários penais e processuais penais à lei de drogas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Sentença Penal*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

_____. *Crimes federais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O arbítrio judicial na dosimetria penal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito penal: doutrinas essenciais*. São Paulo: RT, 2010. v. 4.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.



CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Legislação penal especial: simplificado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stella. *Código Penal Comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO NETO, Inácio. *Aplicação da pena*. 4. ed. São Paulo: Método, 2013.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 3.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: parte geral, II. As consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra, 2005.

ESTEFAM, André. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIA, Bento de. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1961. v. 4.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.



- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. VII.
- KUEHNE, Maurício. *Teoria e Prática da Aplicação da pena*. Curitiba: Juruá, 2000.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. II.
- MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: lei de drogas*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MASSON, Cléber. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2014a.
- _____. *Direito Penal Esquematizado: Parte geral*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014b. v. 1.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. *Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.



- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 2.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012a.
- _____. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2012b.
- _____. *Individualização da pena*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.
- _____. O princípio constitucional da individualização da pena e sua aplicação concreta pelo STF no caso mensalão. *Revista dos Tribunais*, A. 102, v. 933, julho/2013b.
- _____. *Código Penal Comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014a.
- _____. *Manual de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014b.
- PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- PRADO, Luiz Régis; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Anotado e Legislação Complementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2
- REALE JR., Miguel. *Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2014.



SILVA FRANCO, Alberto. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. I, t. I.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

