

A APLICAÇÃO DA PENA-BASE: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF

Rodrigo Silva Pires de Sá

Promotor de Justiça do Ministério Público da Paraíba

Resumo

A individualização da pena é um pilar constitucional no direito penal brasileiro, assegurando que a sanção imposta a um réu seja justa e proporcional à sua conduta. No processo de dosimetria da pena, regido pelo art. 68 do Código Penal, o magistrado, por meio de um critério trifásico, vai adaptar a punição às particularidades do caso concreto. Este artigo examina o panorama atual da dosimetria da pena no Brasil, especificamente na fixação da pena-base, com foco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Analisa como a discricionariedade judicial se manifesta na valoração das circunstâncias judiciais e como a jurisprudência busca garantir a segurança jurídica e a isonomia, evitando a aplicação de penas desproporcionais para crimes semelhantes. Por fim, reforça o papel do Ministério Público no controle da aplicação da pena, notadamente para preservação dos objetivos de prevenção e repressão do delito.

Palavras-chave: dosimetria da pena; individualização da pena; circunstâncias judiciais; jurisprudência; segurança jurídica.

Abstract

The individualization of punishment is a constitutional pillar in Brazilian criminal law, ensuring that the sanction imposed on a defendant is fair and proportional to his conduct. In the penalty dosimetry process, governed by art. 68 of the Penal Code, the judge, using a three-phase criterion, will adapt the punishment to the particularities of the specific case. This article examines the current panorama of sentence dosimetry in Brazil, specifically in the setting of the base sentence, focusing on the jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ). It analyzes how judicial discretion manifests itself in the assessment of judicial circumstances and how jurisprudence seeks to guarantee legal certainty and equality, avoiding the application of disproportionate penalties for similar crimes. Finally, it reinforces the role of the Public Prosecutor's Office in controlling the application of the sentence, notably to preserve the objectives of preventing and repressing crime.

Keywords: sentence dosimetry; individualization of the sentence; judicial circumstances; jurisprudence; legal certainty.

1 Introdução

A individualização da pena, garantida pelo artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, é uma das funções mais relevantes da atividade jurisdicional em matéria criminal. Apesar da regulamentação legal, a jurisprudência tem desempenhado um papel fundamental na definição de critérios para a fixação da pena, no que se refere às três fases do processo dosimétrico. Este estudo explora a forma como os tribunais superiores abordam o tema relativo à pena-base, fixada em razão das circunstâncias judiciais gerais (art. 59, do CP) e especiais (art. 42, da Lei nº 11,343/06), buscando compreender as diretrizes e os precedentes que orientam os magistrados.

2 Breves apontamentos sobre as teorias da pena

A característica principal das normas de comportamento, seja qual for a natureza, é a coercibilidade. Na lição de Hans Kelsen, a aplicação de um mal ao destinatário mesmo contra a sua vontade, empregando a força física, se necessário. Essa, a sanção, é o que distingue o direito de outras instâncias de controle social. Embora outros controles se utilizem da coação, o direito sanciona a partir de restrições aos bens da vida.

Uma das maiores conquistas do Estado Moderno foi monopólio da coação, isto é, a centralização no poder público *do uso legítimo da violência*, tendo em vista que a sanção jurídico-penal ser, invariavelmente, um ato de violência.

O que diferencia, nessa construção, o Estado e um delinquente é a legitimidade do poder. E, aqui, surge a principal divergência entre a concepção garantista, estruturada nos direitos humanos, daquela fulcrada na legalidade, segundo a qual a coercibilidade está na validade das normas que compõem o ordenamento jurídico. Mas a indagação que sempre norteou essas discussões, dando origem às “teorias da pena” foi: “por que punir?”

Desenvolvendo um rápido percurso histórico sobre essas teorias, até porque escaparia ao objetivo esmiuçar todas elas, tem-se as versões retributivistas (teorias absolutas) e prevencionistas (teorias relativas).

O retributivismo, que não está centrado apenas no modelo taliônico, tem sua principal versão em Kant, na obra *Metafísica dos Costumes* (1797). Sustenta que a lei é um imperativo categórico que deve ser respeitado. Segundo esse modelo, a pena não deve ter finalidade corretiva, sendo ilegítimo o utilitarismo. Embora se aproxime do princípio taliônico (Código de Hamurabi), o modelo kantiano agrega a ideia de proporcionalidade na aplicação da pena.

Ainda na ótica eminentemente retributiva, tem-se o modelo de Hegel, segundo o qual a pena decorre da necessidade de recompor o direito com uma violência correspondente àquele perpetrada contra o ordenamento jurídico.

A diferença entre os modelos kantiano e hegeliano na justificação: neste, a pena deve ser aplicada em razão da lesão ao direito enquanto tal, da violação da ordem; naquele, a retribuição é devida porque houve uma violação de um imperativo ético e moral, um mal foi produzido.

Diferentemente, no modelo intimidatório, simbolizado em Beccaria (p. 34), o direito de punir nasce a partir do ato de cessão da liberdade individual em prol da fundação do Estado, estruturando e justificando o *poder de punir*, definido como

o conjunto de pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício de poder que se afastar dessa base é abuso e não justa; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior liberdade que o soberano conservar aos súditos

Nessa lógica, somente a liberdade do indivíduo - parcial, aliás - e somente no viés da locomoção (ir, vir e permanecer) estará sujeita à sanção. Não se pode deixar de reconhecer a existência de uma certa lógica utilitarista nesse modelo, rompendo a lógica anterior, consubstan-

ciada na ideia de que a pena é um fim em si mesma, emprestando-lhe uma função futura (caráter preventivo geral negativo da pena).

Na dogmática penal brasileira, após a reforma de 1984, a pena passou a apresentar uma natureza mista: é retributiva e preventiva (geral -, o fim intimidatório da pena se dirige a toda Sociedade - e especial - com efeitos sobre o indivíduo, impedindo-o de delinquir e buscando corrigi-lo).

3 A fundamentação como elemento de validade da pena

Hodiernamente, assertiva comum na Doutrina e Jurisprudência nacionais tem sido que a dosimetria da pena é uma questão de discricionariedade judicial. Sim, de fato. No entanto, essa discricionariedade não é absoluta, sendo vinculada às circunstâncias do caso concreto e aos aspectos subjetivos do agente.

Essa condicionante decorre dos deveres constitucionais (CF, art. 93, IX) e legal (CPP, art. 381, III) impostos ao juiz de fundamentar a decisão, e, no caso da aplicação da pena, tem-se um aditivo: a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Corolário do Princípio do Devido Processo Legal, a exteriorização das razões de decidir revela qual prisma o Julgador interpretou a Lei e os fatos, viabilizando apurar sua vinculação à prova.

A fundamentação é, portanto, uma garantia individual, inerente ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito. Logo, e como é cediço, a falta de fundamentação, formal ou substancial, das decisões judiciais acarreta inexoravelmente nulidade.

Estabelecida essa premissa, retomando a afirmação inaugural deste tópico, a aplicação da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial, atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente (STF, HC 107.409/PE; STF, ARE 1384405/PR; STF, HC 214751 AgR/SP).

A discricionariedade na escolha da sanção a ser estabelecida na primeira etapa da dosimetria afasta a ideia de estabelecimento de algum critério aritmético. Todavia, é uma atividade vinculada, uma vez que o juiz, dentro do seu livre convencimento motivado e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, decidirá o *quantum* da pena-base, que, segundo art. 68, do Código Penal, será fixada atendendo-se aos critérios estabelecidos no caput do art. 59, do Diploma Penal.

4 As circunstâncias judiciais e os parâmetros valorativos na jurisprudência do STJ.

As circunstâncias judiciais, também chamada de gerais, são aqueles 08 (oito) elementos abertos previstos no art. 59, do Código Penal – culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, e comportamento da vítima. Mas não apenas. Há, em leis específicas, circunstâncias de igual natureza, ou seja, consideradas na fixação da pena base, a exemplo da quantidade e natureza da droga (art. 42, da Lei nº 11,343/06).

São circunstâncias (dados ou fatos) que envolvem o crime, nos aspectos objetivos e subjetivos, cuja ausência não excluem o tipo penal, pois não essenciais, embora impactem na aplicação da pena.

A complexidade do procedimento de fixação da pena é resultante, pode-se dizer, da discricionariedade que lhe é própria, mas não apenas disso. A necessidade de estabelecer a sanção “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, torna ainda mais tormentosa a questão, pois adiciona outros conceitos abertos.

Em razão desse cenário de incertezas e muitas polêmicas, porque não raramente surgem sanções penais díspares para situações fáticas e jurídicas assemelhadas ou idênticas, a jurisprudência -especialmente dos Tribunais superiores - passou a orientar, na fixação da pena-base, o emprego de certas frações reconhecidamente razoáveis para exasperar a pena em decorrência de circunstância judicial desfavorável.

Na verdade, essa “orientação” da jurisprudência surgiu a partir da necessidade de se realizar o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios então empregados pelos juízes, bem como corrigir eventuais discrepâncias, se evidentes ou arbitrárias.

Sem abandonar a tese da “discricionariedade vinculada”, mas atenta ao dever constitucional, fruto do Princípio da Individualização de Pena, de sancionar o ilícito penal com uma pena justa, a jurisprudência, embora reafirmando a inexistência de critério aritmético fixo, passou a orientar a aplicação de percentuais na primeira fase do processo dosimétrico, elegendo 1/6 (um sexto), sobre a pena mínima cominada, ou 1/8 (um oitavo), sobre o intervalo entre as penas máxima e mínima, como parâmetros razoáveis para cada modular negatizada.

Tudo para que a discricionariedade não se transmude em arbitrariedade. Nesse sentido, o STJ decidiu (HC 585.731/SC, DJe 01/07/2022) que

a fim de balizar os limites de sua discricionariedade, realize um juízo de coerência entre (a) o número de circunstâncias judiciais concretamente avaliadas como negativas; (b) o intervalo de pena abstratamente previsto para o crime; e (c) o quantum de pena que costuma ser aplicado pela jurisprudência em casos assemelhados.

Adicionalmente a isso, para fortalecer a segurança jurídica, a previsibilidade das decisões judiciais e, sobretudo, a aplicação da lei com justiça, a jurisprudência da Corte da Cidadania passou a exigir do juiz que pretendesse aplicar percentual diverso, uma “valoração concreta”, estabelecendo “ônus argumentativo específico”.

Apesar de reiterar que os patamares de 1/6 (um sexto) ou 1/8 (um oitavo) são meramente norteadores, facultando ao juiz adotar *quantum* de incremento diverso, compeliu-o a detalhar as peculiaridades do caso concreto e do maior desvalor do agir do agente, capazes de ensejar a inobservância daqueles parâmetros.

Não por outra razão, a Corte Suprema decidiu que a “dosimetria da pena não é uma operação matemática, e nada impede que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto (STF. RHC 101576, DJe 14/08/2012).

Por conseguinte, ou seja, de que as frações admitidas como razoáveis na jurisprudência não se revestem de caráter obrigatório, não se pode falar em direito subjetivo do réu a este ou aquele percentual específico para cada circunstância judicial negativa (STJ. EDcl no AgRg no HC 701.231/SC, DJe de 14/6/2022; STJ. AgRg no AREsp 2.084.097/RS, DJe de 3/5/2022.)

Outro ponto relevante, também decorrente do dever de fundamentação, é a impossibilidade de fixar a pena-base acima do mínimo legal a partir de elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de justificativas concretas.

Dizer, por exemplo, que a culpabilidade foi grave; que o agente

tem personalidade desviada; tem péssima conduta social; que as consequências do crime foram danosas; que, no crime contra o patrimônio, houve prejuízo material, ou que, em delito contra dignidade sexual, a motivação foi satisfazer a própria lascívia, não configura valoração idônea para negar as circunstâncias judiciais.

Ora, os vetores judiciais são, a princípio, valores sempre neutros. Para modificar essa “polaridade”, é imperioso que o juiz informe elementos concretos extraídos do processo, sendo inadmissível a negatificação de alguma circunstância com fundamento em meras suposições ou abstrações, sob pena de nulidade, por ausência de justificação válida.

Para além disso, mesmo inconscientemente, o juiz pode aplicar a mesma circunstância duas vezes para majorar a pena, incidindo no vedado *bis in idem*. Nucci (p. 402), tomando como exemplo uma circunstância que pode valorar negativamente um vetor judicial e estar prevista como agravante genérica, ensina que, diante desse aparante “conflito”, o magistrado “deve optar pela mais relevante, que, no caso, é a circunstância legal (agravante), pois prevista pela lei de maneira expressa”

Outra situação de relevo é se há necessidade de fundamentação quando a pena aplicada não excede o mínimo legal, previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador.

Embora a doutrina de Nucci (p. 405) compreenda que, por força do art. 93, IX, da Constituição Federal, a aplicação da pena, mesmo se fixada no patamar mínimo, deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, a jurisprudência dos Tribunais superiores (STF e STJ) compreende que, nessa hipótese, presume-se que todas as circunstâncias judiciais foram favoráveis ao agente. Por favorecer o réu, essa presunção é admitida no Direito Penal e traz mais lógica ao sistema, porquanto, como dito alhures, as circunstâncias judiciais são, a princípio, neutras.

Fixadas essas premissas gerais e cumprindo o escopo deste artigo, a aplicação da pena base está fulcrada na análise de 08 (oito) circunstâncias judiciais¹. A seguir, alguns breves apontamentos sobre cada uma delas, seguindo-se, no Anexo deste artigo, quadro analítico acerca de casos concretos, julgados nos tribunais superiores.

¹O art. 42, da Lei nº 11.343/06 acresceu aos vetores do art. 59, do Código Penal, a quantidade e a natureza da droga apreendida, tratando-as, aliás, como circunstâncias preponderantes.

4.1 Culpabilidade

A *culpabilidade*, para fins de dosimetria da pena, é o grau de reprovação social, a censura merecida pelo agente em razão do que praticou, considerando as especificidades do delito e as condições pessoais do agente. O juízo de reprovabilidade deve basear-se em elementos concretos que fujam ao tipo penal.

No seu processo decisório, o juiz deve realizar uma dupla análise da culpabilidade do agente. No primeiro momento, a *culpabilidade em sentido estrito ou normativa* é analisada para compor a existência do crime (imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e a exigibilidade e a possibilidade de agir de acordo com o Direito). É o elemento subjetivo do tipo. Em segundo plano, na aplicação da pena, o foco do juiz deve estar na identificação do grau de censurabilidade. Tem-se, aqui, a *culpabilidade em sentido amplo*. Por isso, segundo Nucci, a culpabilidade “é o fundamento e o limite da pena” (p. 231).

No cotidiano, o que se tem visto é uma confusão entre esses conceitos. O magistrado discorre sobre a culpabilidade normativa para justificar a negatização da circunstância judicial da culpabilidade, mediante uso de expressão como “o réu agiu com consciência”; “o réu optou por não agir conforme o Direito”, dentre outras. Em casos assim, a jurisprudência vem declarando a nulidade (STJ: HC 212775/DF, DJe 09/10/2014; HC 216776/TO, DJe 04/08/2014; REsp 1269173/TO, DJe 16/12/2013).

O Quadro 1 traz, de forma analítica, os critérios considerados pelo STF e STJ como idôneos na valoração negativa da circunstância judicial alusiva à culpabilidade.

Quadro 1 Critérios avaliativos da Culpabilidade	
Premeditação e planejamento do crime	STF, RHC 134491 AgR, DJe 26/11/2018; STJ, HC 585.731/SC, DJe 01/07/2022; STJ, AgRg no HC 678.233/MG, DJe 20/6/2022)
Posição de comando em organização criminosa	STJ, AgRg no AREsp 1774511/RJ, DJe 01/03/2021; STJ, REsp 1.991.015/AC, DJe 01/07/2022; STJ, AgRg no HC 740.762/SP, DJe 24/06/2022
Modus Operandi	Embora diretamente relacionado ao vetor “circunstâncias do crime”, em casos concretos, serviu para negativar o vetor “culpabilidade” (STJ. AgRg no HC 686.905/MS, DJe 27/06/2022): a) percorrer 65km para cometer um roubo em uma cidade mais pacata para encontrar menos resistência; b) crimes de feminicídio, as diversas agressões perpetradas pelo acusado contra a vítima foram realizadas na presença da filha do casal de apenas 3 anos de idade; c) prática delitiva por meio de concurso de agentes
Violência exacerbada	a) vários golpes desferidos contra a vítima, que, adormecida, não conseguiu mobilizar qualquer reação a tempo (STF, RHC 130524, DJ 10/02/2016); b) pluralidade de tiros que atingiram a vítima, pelas costas (STJ, HC 646.905/ES, DJe 19/03/2021); c) o grande porte físico do acusado, bem como a violência física e psicológica empregada pelo réu durante o crime - tentativa de asfixia, diversos socos desferidos no rosto da vítima, que perdeu a possibilidade de escutar do lado esquerdo, ameaças de morte à ofendida e à sua família (STJ, AgRg no HC 648.938/SP, DJe 17/12/2021); d) desferimento de vários tiros contra a vítima, são elementos concretos que caracterizam a elevada reprovabilidade da conduta (STJ, AgRg no AREsp 1.805.308/AL, DJe 16/08/2021); e) agente espancou a vítima com um pedaço de madeira até que a mesma perdesse os sentidos (STJ, AgRg no HC 697.993, DJe 27/06/2022); f) a frieza e a brutalidade na execução delitiva são suficientes para firma o seu desvalor. (STJ, AgRg no HC 702.070/SP, DJe 25/03/2022).

Quadro 1 Critérios avaliativos da Culpabilidade	
Qualidade funcional do agente	a) A condição de Deputado Federal do agente não se confunde com a qualidade funcional ativa exigida para a prática do crime de concussão. (STF, RHC 132657, DJe 02/03/2016); b) em relação apenas ao delito de concussão, considerou elemento hábil a negativar a culpabilidade o fato de a acusada ocupar o cargo de Prefeita Municipal (STJ, AgRg no HC 738.385/PE, DJe 20/6/2022); c) ocupar o cargo de prefeito municipal ao cometer o crime contra a Lei de Licitações é elemento concreto, não inerente ao tipo penal e que revela maior reprovabilidade em sua conduta (STJ, AgRg no AREsp 1127434/MG, DJe 09/08/2018); d) o réu ser médico ginecologista denotado especial reprovabilidade da conduta, ultrapassando as insitas ao delito de estupro (STJ, AgRg no REsp. 1.263.108/MG, DJe 15/09/2015); e) é advogado e conhecedor das leis, merece uma maior reprovabilidade (STJ, AgRg no REsp 1.527.746/SP, DJe 03/09/2015; STJ, HC 562.028/PB, DJe 27/05/2020).
Idade da Vítima	Em crime de estupro de vulnerável, a idade da vítima Em crime de estupro de vulnerável, a idade da vítima deve influenciar na fixação da pena-base (STJ. AgRg no HC 677.747/SC, DJe de 20/6/2022)
Presença de filho menor	STJ, AREsp 1.964.508-MS, DJe 01/04/2022
Concurso de agentes	STJ, AgRg no REsp 1.960.385/MT, DJe de 12/11/2021
Abuso de confiança	STJ, HC 704.196/SP, DJe 21/06/2022

Fonte: Relatório do Grupo de Trabalho Dosimetria da Pena. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v5.pdf>

4.2 Antecedentes criminais

Os *antecedentes* referem-se ao histórico criminal do agente que não se presta para caracterizar a reincidência (Greco, Rogério. Curso direito penal: volume 1: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal - 24. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2022). Ou seja, se somente condenações anteriores que não servem para afirmar reincidência, justificam o juízo desfavorável sobre os antecedentes, inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem ser usados para agravar a pena-base, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência. É essa a compreensão da Doutrina e jurisprudência do STF (Tema 129²) e STJ (Súmula 444)³.

Assim, somente condenações transitadas em julgado, não utilizadas para reincidência, podem ser valoradas como *maus antecedentes*.

Por outra via, muito se discutiu sobre a existência ou não de um limite temporal para utilização de registro criminal pretérito, especialmente após o decurso do período depurador, previsto no art. 63 do Código Penal (cinco anos). Indagava-se se condenações cujas penas foram extintas há mais de cinco anos poderiam ser consideradas *maus antecedentes*.

O STJ tem aplicado, em alguns casos, a teoria do direito ao esquecimento para afastar a valoração de condenações muito antigas. O STF, debruçou-se sobre a questão no julgamento do Tema 150 e fixou a seguinte Tese:

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

²A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.

³É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Para ilustrar a questão, em caso concreto, a Corte Constitucional reconheceu o efeito de condenação anterior se menos de sete anos se passaram entre a extinção da pena e o novo crime.

Ainda no campo prático, em hipótese do agente com duas ou mais condenações transitadas em julgado no momento da prática de novo crime, por força do princípio da Individualização da Pena, não se pode desconsiderar nenhuma delas para fins de aplicação da sanção. Convencionou-se denominar de agente multirreincidente. Em casos assim, é possível o juiz negativar o vetor Antecedentes e, no passo seguinte, agravar a pena em razão da reincidência (CP, art. 61, I), apreciando singularmente cada condenação transitada em julgado.

Outro ponto que merece destaque é a prática – não incomum – do uso de condenações criminais do réu transitadas em julgado para valorar negativamente a conduta social e a personalidade. Coube ao STJ dirimir a controvérsia, no julgamento do Tema Repetitivo 1077 (REsp 1.794.854/DF, DJe 01/07/2021):

Condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente.

Logo, é ilegal se referir ao passado criminal do agente, mesmo detentor de condenações definitivas, para desabonar a conduta social e a personalidade do agente. Assim como é vedado o uso de atos infracionais, inclusive para considerar a personalidade *desajustada ou voltada para a criminalidade*, para incrementar a pena-base (STJ, HC 175280/RS, DJe 17/04/2013; HC 190569/DF, DJe 12/09/2012; HC 117497/SP, DJe 16/03/2009; HC 081866/DF, DJ 15/10/2007; STF, HC 211261 AgR, DJe 26/05/2022). É preciso, entretanto, ressaltar que, no julgado referido, o STF admitiu que atos infracionais anteriores pudessem ser utilizados como prova da dedicação do agente à atividade criminosa, elemento necessário para afastar a aplicação da minorante do *tráfico privilegiado* (Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06).

Valem registrar, ainda, situações com as quais comumente nos deparamos, envolvendo a valoração do vetor em tela. O caso do agente condenado por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime em apuração. Na hipótese, é possível o juiz valorar negativamente os antecedentes, exasperando a basilar (STJ, HC 693.321/SP, DJe 08/04/2022). Também não existe óbice no emprego de condenação anterior, cuja prescrição executória foi declarada, pois subsistentes os efeitos secundários da pena (STJ, AgRg no HC 697.856/PR, DJe 26/05/2022).

4.3 Conduta social

A *conduta social* refere-se ao comportamento do agente na comunidade, no ambiente familiar e no trabalho. Está retratada na relação do réu com seus parentes, seus vizinhos, na escola. Não se vincula ao fato criminoso, mas à inserção do agente em seu meio social (STJ, REsp 1.405.989/SP, DJe 23/09/2015; STJ, AgRg no AREsp 1.803.845/AL, DJe 10/06/2022). O juiz deve conhecer quem está julgando e, por isso, os elementos que caracterizam os *antecedentes sociais* devem estar concretamente demonstrados nos autos.

Segundo Greco (p. 1322), o juiz deve buscar identificar o

relacionamento com seus pares, procura-se descobrir o seu temperamento, se calmo ou agressivo, se possui algum vício, a exemplo de jogos ou bebidas, enfim, tenta-se saber como é o seu comportamento social, que poderá ou não ter influenciado no cometimento da infração penal.

Exemplos de valoração negativa incluem o mau comportamento familiar, como furtar bens de um familiar idoso, ser temido na comunidade, ou a ingestão habitual de álcool que leva a um comportamento violento. O simples envolvimento com drogas, por si só, não é suficiente para negar essa circunstância.

O Quadro 2 traz, de forma analítica, os critérios considerados pelo STF e STJ como idôneos na valoração negativa da circunstância judicial alusiva à conduta social.

Quadro 2 Critérios avaliativos da Conduta Social	
Comportamento Familiar	a) “subtrair constantemente bens de sua genitora, pessoa idosa, além de ela ter alegado em audiência que em razão de tais condutas ‘já não suporta conviver com o filho’” (STJ, AgRg no HC 717.493/SP, DJe 25/04/2022); b) Mau comportamento familiar do agravante, pois outras agressões não constantes da denúncia foram noticiadas durante a instrução probatória (STJ, AgRg no AREsp 1.845.072/SP, DJe 22/06/2021); c) A prática de ameaça e agressões a familiares e o envolvimento com tráfico de drogas (STJ, AgRg no AREsp 1.805.308/AL, DJe de 16/08/2021).
Temor na Comunidade	a) É conhecido no bairro em que reside como uma pessoa perigosa e temida (STJ, AgRg no REsp 1.960.385/MT, DJe 12/11/2021); b) O fato de ser temido no meio em que vive é motivação idônea para justificar a avaliação prejudicial da conduta social (STJ, AgRg no HC 678.916/MA, DJe 29/09/2021; STJ, REsp 1.901.105/PR, DJe 23/03/2021; STJ, AgRg no AREsp 1.895.065/TO, DJe 30/08/2021).
Ingestão habitual de bebida alcoólica, causadora de comportamento violento	STJ, AgRg no AREsp 2.001.304/MG DJe 29/04/2022.
Ébrio e drogadito habitual	O fato do réu estar habitualmente bêbado e drogado, bem como a necessidade constante de pedir dinheiro à família para comprar drogas e pagar dívidas com traficante (STJ, AgRg no HC 700.170/ES, DJe 25/03/2022).
Não pagamento de pensão alimentícia e alienação parental	a) ‘possui 3 filhos, não os acompanha, não paga pensão alimentícia’ (STJ, AgRg no AREsp 1.885.196/TO, DJe 17/12/2021); b) Alienação parental e a ausência de cuidados com seus filhos. (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 1.843.720/DF, DJe 24/05/2021).
Stalking	a) Constantemente perseguia e ameaçava a Vítima, indicou a reiteração em prática social inadequada, o que ampara a avaliação desfavorável dessa vetorial (STJ, HC 180.167/MG, DJe 24/08/2016; STJ. HC 704.196/SP, DJe 21/06/2022).

Fonte: Relatório do Grupo de Trabalho Dosimetria da Pena. Brasília, 2022. Disponível em:
<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v5.pdf>

4.4 Personalidade do agente

A *personalidade* diz respeito ao perfil subjetivo do agente, incluindo seu caráter, índole e perfil psicológico. Sua valoração não exige um laudo técnico, podendo ser baseada em elementos concretos dos autos. A jurisprudência considera fatores como frieza, brutalidade, perversidade, egoísmo, possessividade e ciúmes descontrolados como indicativos de uma personalidade negativa. No entanto, a ausência de fundamentação concreta ou a simples menção de que a personalidade é "voltada para o delito" é considerada inidônea.

Nucci (p. 398) exemplifica fatores negativos da personalidade:

maldade, agressividade (hostil ou destrutiva), impaciência, rispidez, hostilidade, imaturidade, irresponsabilidade, mau-humor, covardia, frieza, insensibilidade, intolerância (racismos, homofobia, xenofobia), desonestidade, soberba, inveja, cobiço, egoísmo.

O referido Autor, aliás, destaca um desses aspectos: a perversidade (maldade ou crueldade). Esse traço definiria pessoas capazes de atos abomináveis, ao menos a vista do senso comum. Serão agentes marcados pela frieza e insensibilidade, cujo "alívio advém da maldade concretizada ao semelhante" (op. cit. p. 399).

Na análise da personalidade, Bitencourt (p. 299) orienta que se deve verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu.

Schmitt (p. 130) refere ao caráter como pessoa humana. Serve para demonstrar a índole do agente, seu temperamento. São os casos de sensibilidade, controle emocional, predisposição agressiva, discussões antecipadas, atitudes precipitadas, dentre outras.

O STJ, no julgamento do HC 566.684/SP (DJe 17/06/2020) afirmou que a personalidade

resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatórios dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia. Não se admite, pois, que seja presumido que o réu ostenta personalidade distorcida em razão da gravidade do próprio delito ou com fundamento em condenação por fato posterior ao apurado nos autos.

Pela natureza, é dispensável laudo técnico, devendo magistrado colher elementos de convicção a partir da prova testemunhal, documental e do interrogatório do agente.

O Quadro 3 traz, de forma analítica, os critérios considerados pelo STF e STJ como idôneos na valoração negativa da circunstância judicial alusiva à personalidade.

Quadro 3 Critérios avaliativos da Personalidade	
Perversidade/Maldade/Crueldade (representada na frieza e na insensibilidade)	‘deve ser aferida a partir de uma análise pormenorizada, com base em elementos concretos extraídos dos autos, acerca da insensibilidade, desonestidade e modo de agir do criminoso para a consumação do delito [...]’ (STJ, HC 472.654/DF, DJe 11/03/2019; STJ, AgRg no REsp 1.918.046/SP, DJe 19/04/2021; STJ; REsp 1.794.854/DF, DJe 01/07/2021).
Relações domésticas	a) “o fato de o réu, ciente de prévia medida protetiva fixada, não apenas descumprir a restrição imposta, mas cometer novos atos de violência doméstica contra a ofendida, é circunstância que justifica a valoração negativa da vetorial personalidade (STJ, AgRg no REsp 1.918.046/SP, DJe 19/04/2021); b) O paciente atentou contra a vida de seu tio e o mantinha sob ameaças constantes para conseguir o que queria (STJ, AgRg no HC 702.070/SP, DJe 25/03/2022); c) A prática de homicídio contra pessoa que mantinha com o réu relacionamento amoroso extraconjugal autoriza a valoração negativa da personalidade (STJ, AgRg no AREsp 1.947.336/SP, DJe 29/11/2021);

Quadro 3 Critérios avaliativos da Personalidade	
Relações domésticas	d) “O egoísmo, a possessividade e ciúmes descontrolados podem consubstanciar fatores negativos da personalidade”; “especificamente quanto ao ciúme, vale reafirmar que tal estado emocional ‘é de especial reprovabilidade em situações de violência de gênero, por reforçar as estruturas de dominação masculina - uma vez que é uma exteriorização da noção de posse do homem em relação à mulher - e é fundamento apto a exasperar a pena-base’ (STJ. AgRg no AREsp 1.441.372/GO, DJe 27/05/2019); e) Diante do comportamento violento e agressivo do agente, em suas relações domésticas, incabível a exclusão da vetorial personalidade. (STJ; AgRg no HC 697.993/ES, DJe 27/06/2022).
Abuso de bebida alcoólica e agressividade, no contexto de relação doméstica	O abuso de ingestão de bebidas alcoólicas e a existência de medidas protetivas de urgência reveladoras de comportamento agressivo (STJ, AgRg no AREsp n. 1.942.898/TO, DJe 06/05/2022).

Fonte: Relatório do Grupo de Trabalho Dosimetria da Pena. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v5.pdf>

Enfim, é importante pontuar, até por lealdade articular, a existência de compreensões doutrinárias na contramão do pensamento penalístico oficial, que admite o uso dos antecedentes, da personalidade e da conduta social como critérios de individualização-aplicação da pena.

Nessa esteira, Carvalho (p. 53), com base no *princípio da secularização*⁴, entende que *existe forte tendência em subverter o direito penal do fato em prol de um direito penal do autor, quando da avaliação dos antecedentes e da conduta social*.

⁴O termo secularização é utilizado para definir os processos pelos quais a sociedade produziu uma ruptura entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas (laicização), mais especificamente entre a moral do clero e o modo de produção das ciências. Diante da cisão entre o direito e a moral, e considerando que as pessoas são iguais, apenas aquilo que fazem deve ser valorado e punido pelo respectivo juiz do caso penal. (A secularização e a aplicação da pena: uma breve crítica ao modelo brasileiro. Acesso em: 28 set. 2025.

Em relação a personalidade, o autor afirma que, para além da inexistência de condições mínimas de o julgador estabelecer o juízo sobre a modular, dada a “deficiente formação (trans)disciplinar do operador jurídico”, a “avaliação é ilegítima sob o prisma de um direito penal de garantias balizado pelo princípio da secularização” (p. 59).

Conclui o referido autor (p. 59), que a desfavorabilidade sobre a personalidade e a conduta social do agente traduz juízo de cunho eminentemente moral, com lastro em concepções e conceitos metajurídicos, sem possibilitar o mínimo de controle técnico.

Na mesma esteira, Greco (p. 1324), ao tratar da circunstância judicial alusiva à personalidade, reconhece que

o julgador não possui capacidade técnica necessária para a aferição de personalidade do agente, incapaz de ser por ele avaliada sem uma análise detida e apropriada de toda a sua vida, a começar pela infância. Somente os profissionais de saúde (psicólogos, psiquiatras, terapeutas etc.), é que, talvez, tenham condições de avaliar essa circunstância judicial.

E conclui, afirmando que não deve ser considerada na fixação da pena por ser “ofensiva ao chamado direito penal do fato, pois prioriza a análise das características penais do seu autor”.

4.5 Motivos do crime

Os *motivos do crime* são as razões que antecederam e levaram o agente a cometer a infração penal.

Atente-se que os motivos não serão considerados em duplicidade se sua previsão já integrar o próprio tipo penal, seja em benefício do agente (§ 1º do art. 121, do CP), seja para exasperar sua reprimenda (inciso II do § 2º do art. 121, do CP), sob pena de incidir no vedado *bis in idem*.

Segundo Nucci (p. 399), “todo crime tem um motivo, que pode ser mais ou menos nobre, mais ou menos repugnante. A avaliação disso faz com que o juiz exaspere ou diminua a pena-base.”

Os motivos podem ser valorados negativamente quando o intuito é a rivalidade política ou a disputa entre facções criminosas. Também se o agente pratica a infração movido por desavença de somenos

importância e para pagar dívida ou adquirir drogas. Advirta-se que o *lucro fácil*, em crimes contra o patrimônio ou o tráfico de drogas, é considerado inerente ao tipo penal e, portanto, não pode ser usado para aumentar a pena. De igual modo, a *satisfação da própria lascívia*, nos crimes sexuais. Por ser elemento constitutivo da tipificação, não serve para fundamentar juízo negativo sobre essa modular.

O Quadro 4 traz, de forma analítica, os critérios considerados pelo STF e STJ como idôneos na valoração negativa da circunstância judicial alusiva aos motivos do crime.

Quadro 4 Critérios avaliativos dos Motivos do Crime	
Desavença de somenos importância	STJ, AgRg no HC 678.916/MA, DJe 29/09/2021.
Postagem na rede social	STJ, HC 409.775/RS, DJe 24/08/2018.
Crime do Art. 325 do CP. Busca de dinheiro fácil.	STJ, AgRg no AREsp 1.910.762/RJ, DJe 12/11/2021.
Término do relacionamento amoroso	STJ, AgRg no HC 652.779/SC, DJe 20/09/2021.
Disputa entre as facções criminosas	STJ, AgRg no REsp 1.867.815/SC, DJe 21/6/2021.
Rivalidade política	STJ, HC 478.982/SC, DJe 21/09/2020.
Pagamento de dívidas de drogas e a aquisição de drogas	STJ, AgRg no HC 662.125/ES, DJe 20/09/2021.

Fonte: Relatório do Grupo de Trabalho Dosimetria da Pena. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v5.pdf>

4.6 Circunstâncias do crime

As *circunstâncias do crime* referem-se aos detalhes objetivos da infração, como o local, o tempo e o *modus operandi*. São circunstâncias judiciais objetivas. O juiz deve considerar a gravidade concreta do delito, evidenciada nas condições espaciais e temporais, em que se deu a prática criminosa, e nos instrumentos e meios utilizados pelo agente.

Na definição de Alberto Silva Franco (p. 900).

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 para efeito de agravá-la ou abrandá-la. As circunstâncias apontadas em lei são as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) que estão enumeradas nos arts. 61, 62 e 65 da PG/84 e são de cogente incidência. As circunstâncias inominadas são as circunstâncias judiciais a que se refere o art. 59 da PG/84 e, apesar de não especificadas em nenhum texto legal, podem, de acordo com uma avaliação discricionária do juiz, acarretar um aumento ou uma diminuição de pena. 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.

Nucci (p. 400) define as circunstâncias do crime como “os elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito”. E esclarece:

Quando expressamente gravadas na lei, as circunstâncias são chamadas de legais (agravantes e atenuantes, por exemplo). Quando genericamente previstas, devendo ser formadas na análise e pelo discernimento do juiz, são chamadas de judiciais.

Diz Schmitt (p. 136):

Trata-se do *modus operandi* empregado na prática do delito. São elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente, o local da ação delituosa, o tempo de sua duração, as condições e o modo de agir, o objeto utilizado, a atitude assumida pelo autor no decorrer da realização do fato, o relacionamento existente entre autor e vítima, dentre outros.

A valoração negativa pode ocorrer em situações, por exemplo, de invasão do domicílio da vítima; de cometimento do delito na presença de familiares da vítima; de execução do crime causando risco a terceiros, como disparos em via pública movimentada; da complexidade do esquema criminoso ou uso de compartimentos ocultos para esconder drogas; de agressões violentas e prolongadas à vítima; em caso de roubo em transporte coletivo, dada a alta circulação de pessoas.

O Quadro 5 traz, de forma analítica, os critérios considerados pelo STF e STJ como idôneos na valoração negativa da circunstância judicial alusiva às circunstâncias do crime.

Quadro 5**Critérios avaliativos das Circunstâncias do crime**

A casa como asilo inviolável do indivíduo	Abusou da criança no interior da própria casa onde todos residiam, em pleno abuso da confiança em si depositada quando a genitora dela não estava (STJ, AgRg no HC 686.470/AC, DJe de 14/03/2022; STJ, AgRg no AREsp 1.168.233/ES, DJe 16/11/2018; STJ, AgRg no HC 678.226/PR, DJe 13/10/2021).
Prática delituosa na frente de familiares	O cometimento do crime na presença dos filhos da vítima é suficiente para determinar o incremento da pena relativamente ao vetor das circunstâncias do delito (STJ, AgRg no AREsp 1982124/SE, DJe 21/02/2022; STJ, AgRg no HC 697.993/ES, DJe 27/06/2022).
Prática delituosa pondo em risco terceiros	a) “O cometimento do crime ‘em praça pública, na presença de vários populares, de modo que a conduta empreendida pôs efetivamente em risco outros bens jurídicos para além da integridade física da vítima, [...], inclusive, a vida daqueles que estavam transitando pelo local’ (STJ, AgRg no AREsp 1.803.854/AL, DJe 10/06/2022); b) “a jurisprudência do STJ admite o desvalor do aludido vetor em razão da execução de disparos em via pública” (STJ, HC 536.480/RJ, DJe 26/11/2019; STJ, AgRg no AREsp 2.055.438/PA, DJe 19/05/2022).
Complexidade do engenho criminoso	“A forma utilizada para esconder a droga em compartimentos ocultos de veículo autoriza a valoração negativa das circunstâncias do crime de tráfico de entorpecentes. (STJ, AgRg no HC 637.676/MS, DJe 24/09/2021; STJ, HC 698.362/RO, DJe 15/02/2022).
Quantidade de documentos falsificados	STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.975.264/SC, DJe 28/04/2022.
Duração do crime	No que se refere às circunstâncias do crime, observou o tempo das violentas agressões, que duraram a noite e a madrugada inteiras (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 2.011.487/MG, DJe 03/05/2022).
Roubo praticado na madrugada	STJ, HC 556.481/PA, DJe 12/2/2020.
Crime de Estupro: uso de faca e local exposto ao público	STJ, AgRg no REsp 1.971.040/PE, DJe 25/02/2022.

Quadro 5 Critérios avaliativos das Circunstâncias do crime

Sofrimento da Vítima, violência exacerbada e desproporcional	a) Intenso sofrimento da vítima e a violência exacerbada e desproporcional contra ela exercida (STJ, HC 704.196/SP, DJe 21/06/2022); b) “A exagerada violência empregada contra ela, que já havia sido subjugada pela arma utilizada pelo recorrente, mas, ainda assim, foi arrastada pelos cabelos e trancada em um cômodo da casa até o final da empreitada delitiva, conseguindo de lá sair porque recolheu a chave por baixo da porta com a ajuda de uma tesoura” (STJ, AgRg no HC 698.887/SP, DJe 15/02/2022); c) Desvalor fundado no modo agressivo e violento da execução delitiva - agressões perpetradas contra funcionários e clientes. (STJ, AgRg no REsp 1.594.699/PE, DJe 22/06/2016; STJ, HC 359.152/RN, DJe 18/08/2017; STJ, AgRg no REsp 1.901.801/DF, DJe 26/02/2021; STJ, AgRg no HC 681.493/PE, DJe de 25/02/2022).
Furto mediante escalada e rompimento de obstáculo	“Na hipótese, o concurso de agentes foi valorado negativamente na culpabilidade e a escalada como circunstâncias do crime, justificando a majoração da pena-base. O rompimento de obstáculo, por sua vez, foi utilizado para qualificar o delito” (STJ, AgRg no AREsp 2.113.232/TO, DJe 27/06/2022).
Roubo duplamente majorado	Não há ilegalidade no aumento da pena-base, devido ao emprego de arma de fogo, com a majoração na terceira fase, em razão do concurso de pessoas (STJ, AgRg no AREsp 1.971.840/DF, DJe 29/11/2021).
Dentro de Estabelecimento Prisional	Anotou-se que o agente, mesmo estando preso, continuou a praticar infrações de dentro da penitenciária. (STJ, AgRg no HC 679.510/SP, DJe 03/11/2021).
Crime contra patrimônio: período noturno e disparo de arma de fogo	STJ, AgRg no HC 687.979/CE, DJe 19/10/2021.
Roubo em transporte coletivo de pessoas	No transporte público há comumente grande circulação de pessoas, o que eleva a periculosidade da ação (STJ, AgRg no HC 693.887/ES, DJe 21/02/2022).

Fonte: Relatório do Grupo de Trabalho Dosimetria da Pena. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v5.pdf>

4.7 Consequências do crime

As *consequências do crime* são o mal causado que transcende o resultado típico. Logo, não se confunda *resultado* com *consequências do crime*. Estas são os *efeitos extrapenais* da conduta.

São efeitos da conduta. Por isso, deve ser aferido o maior ou o menor dano causado pelo modo de agir, buscando, o julgador, algo que extrapole o próprio tipo.

Exemplos que justificam a valoração negativa incluem o Prejuízo financeiro considerável para a vítima ou para os cofres públicos; o trauma psicológico significativo na vítima, comprovado por tratamento psicológico; o afastamento da vítima do trabalho e perda de renda; a morte de uma vítima jovem, deixando filhos órfãos ou desamparados financeiramente.

Por outro lado, a dor e o sofrimento decorrentes da morte de uma pessoa são considerados inerentes ao crime de homicídio e, por si só, não justificam a majoração da pena.

O Quadro 6 traz, de forma analítica, os critérios considerados pelo STF e STJ como idôneos na valoração negativa da circunstância judicial alusiva às consequências do crime.

Quadro 6 Critérios avaliativos das Consequências do Crime⁵	
Prejuízo considerável das vítimas de crimes contra o patrimônio	a) STF. RHC 117.108, DJe 21/10/2013; b) STJ, HC 268683/SP, DJe 21/10/2014; STJ, HC 274734/RJ, DJe 13/10/2014; STJ, HC 208743/MG, DJe 14/10/2014; STJ, AgRg no AREsp 288922/SE, DJe 01/08/2014).
Expressivo prejuízo aos cofres públicos: Crime contra Administração Pública e Crimes contra Ordem Tributária	a) “[...] em se tratando de infrações penais contra a ordem tributária, a extensão do dano causado pode ser invocada na primeira fase da dosimetria, como critério para exasperação da pena-base” (STF, HC 128.446, DJe 29/09/2015); b) “prejuízo sofrido pelos cofres públicos, quando o valor deste representar montante elevado” (STJ. AgRg no HC 480.933/AP, DJe 27/06/2019).

⁵ Não se consideram idôneas, para valorar negativamente a vetorial, (a) Dor e sofrimento da vítima indireta de homicídio (STJ, AgRg no HC 589.295/SP, DJe 02/06/2021); (b) disseminação de drogas na Sociedade (STJ, HC 698.362/RO, DJe de 15/02/2022); (c) comoção social, sentimento de revolta e agressão à Sociedade ordeira (STJ, AgRg no HC 629.109/ES, 21/02/2022); (d) não recuperação dos bens – crimes contra patrimônio (STJ, HC 359.152/RN, DJe de 18/08/2017).

Quadro 6 Critérios avaliativos das Consequências do Crime	
Trauma psicológico significativo	a) “cada vítima apresentou crises psicológicas e necessitou de acompanhamento especializado frente ao desequilíbrio ocasionado” (STJ, AgRg no HC 686.470/AC, DJe 14/03/2022); b) “uma das vítimas ficou nervosa e vomitando, após os fatos, tendo sido, inclusive, submetida a tratamento psicológico por cinco meses (STJ. AgRg no AgRg no AREsp 1.702.782/SC, DJe 28/09/2020); c) “trauma suportado pela vítima, menor de 7 anos de idade, que se tornou uma criança tristonha e que não participa das atividades na escola, segundo sua professora” (STJ. HC 563.256/PB, DJe 26/03/2020); d) “a vítima não ter retornado ao trabalho por vergonha da violência e da humilhação sofridas e dela ter mudado de residência com medo de ser encontrada por seu agressor ou alguém a seu mando, assim como da filha pequena do casal ter apresentado sérios transtornos comportamentais, sendo submetida à terapia psicológica para tentar se livrar do trauma, além do fato do filho mais velho da vítima, um adolescente, ter abandonado o estudo e trabalho para tentar proteger a mãe de seu agressor” (STJ, HC 614.057/SC, DJe 26/02/2021).
Idade da vítima em Crime de homicídio	“a tenra idade da vítima (menor de 18 anos) é elemento concreto e transborda aqueles ínsitos ao crime de homicídio” (STJ. AgRg no REsp 1.851.435/PA, DJe 21/09/2020).
Orfandade	“ter deixado, a vítima, filhos órfãos, pode sim ser valorado de forma negativa” (STJ, AgRg no REsp 1616691/TO, DJe 18/11/2016; STJ. AgRg no AgRg no AREsp 1.843.720/DF, DJe 24/05/2021; STJ, AgRg nos EDv nos EREsp 1.808.015/SP, DJe 12/02/2021).
Afastamento do trabalho	Vítima ficou mais de 30 dias sem trabalhar, considerando-se que ‘ajudava a sustentar a casa, juntamente com o trabalho dos seus irmãos, visto que a mãe possui deficiência visual e o pai alcoólatra’ (STJ. AgRg no AREsp 1.803.854/AL, DJe de 10/06/2022).

Fonte: Relatório do Grupo de Trabalho Dosimetria da Pena. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v5.pdf>

4.8 Comportamento da vítima

O *comportamento da vítima* é uma circunstância que deve ser neutra ou favorável ao réu. Nunca pode ser usada para aumentar a pena-base.

É pacífico no STJ o entendimento de que *o comportamento da vítima é circunstância judicial ligada à vitimologia, que deve ser necessariamente neutra ou favorável ao réu, sendo descabida sua utilização para incrementar a pena-base*. (STJ, HC 541.177/AC, DJe 12/02/2020).

Assim, ou será positiva, quando a vítima contribui para a prática do delito, ou será neutra, se não houver colaboração.

No ponto, embora o sistema adotado pelo Código Penal, na fixação da pena-base, preconize que cada circunstância judicial desfavorável leva ao afastamento do mínimo legal, de modo que não se admite a compensação entre circunstâncias judiciais negativadas e outras consideradas favoráveis, a regra é excepcionada quando se trata do comportamento da vítima.

Sendo a única vetorial do art. 59, do referido Código, que não pode ser negativada, quando o comportamento da vítima for positivado, ou seja, quando se entender que ele contribuiu para a ocorrência do delito, é admitida a compensação desse vetor com outra circunstância judicial desfavorável do art. 59, do Código Penal.

Greco (p. 1327) traz situação prática que costumeiramente nos deparamos:

Também nos crimes culposos é muito comum que a vítima contribua para o acidente. Se conjugarmos, por exemplo, a velocidade excessiva daquele que estava na direção de seu veículo com o fato de ter a vítima travessado a rodovia em local inadequado, tendo somente esta última sofrido lesões, podemos concluir que ambos, agente e vítima, contribuíram para o evento, razão pela qual o comportamento da vítima deverá ser considerado em benefício do agente quando da fixação da pena-base.

Ressalte-se que, se não tiver havido a negatificação de nenhum outro vetor, a positivação do comportamento da vítima não autoriza a fixação da pena-base em patamar abaixo do mínimo legal.

5 O processo dosimétrico e o controle do Ministério Público

Apesar dos avanços, a dosimetria da pena ainda é uma área complexa e com pontos de controvérsia. Atento a isso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem buscado aprimorar o processo. A criação de ferramentas e alertas na Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ-Br) para indicar súmulas e precedentes relevantes durante a dosimetria; a realização de cursos e grupos de trabalho para compilar e debater a jurisprudência sobre o tema, e a discussão sobre a atualização da legislação, são sugestões advindas de Grupo de Trabalho criado naquele Colegiado para tratar a temática.

Por outra banda, no que toca a atuação do membro do Ministério Público, a prática permite asseverar que, inexoravelmente, o Órgão Ministerial deve analisar a decisão judicial para além da procedência ou não da pretensão punitiva Estadual, avançando para verificar a correta aplicação da sanção penal.

Para além de cumprir seu mister constitucional (fiscal da ordem jurídica), o membro da Instituição garantirá a concretude do Princípio da Individualização da Pena.

Ademais, uma sanção fixada sem fundamentação adequada, com fulcro em argumentos genéricos ou abstratos, portanto, inidôneos, estará fadada à declaração de nulidade, sempre em benefício do condenado, se não houver irresignação do Órgão de Acusação ao tempo e modo devidos.

Pululam nos Tribunais pátrios ações de Revisão Criminal e mesmo *Habeas Corpus*, arguindo vícios de nulidade das mais variadas matizes na Dosimetria da Pena. Tais medidas judiciais, quando acatadas, invariavelmente, favorecem o réu, reduzindo o *quantum* da pena.

Todavia, não raramente, no bojo dessas ações penais existem razões justificadoras concretas para o recrudescimento da basilar, mas, porque não houve recurso do Órgão de Acusação, não podem ser empregadas para fundamentar o juízo negativo sobre as circunstâncias judiciais.

Nesse cenário, as decisões dos Tribunais se limitam a declaração de nulidade, com a consequente redução da sanção, uma vez que, como é cediço, nessas ações (Revisão Criminal e *Habeas Corpus*) não há espaço para o julgador corrigir equívocos perpetrados pelo juízo da condenação, sob pena de violação do Princípio do *non reformatio in pejus*, inerente à natureza desses remédios judiciais.

6 Conclusão

A individualização da pena é um direito fundamental que exige dos magistrados uma análise cuidadosa e fundamentada das particularidades de cada caso. A jurisprudência do STJ e do STF, compilada e analisada neste estudo, fornece um conjunto robusto de diretrizes para a valoração das circunstâncias judiciais, buscando equilibrar a discricionariedade judicial com a necessidade de segurança jurídica e isonomia. Incumbe ao membro do Ministério Público atentar para esse aspecto relevante da Decisão Judicial, sob pena de sonegar relevante papel institucional: a busca por uma pena justa e adequada à prevenção e repressão do crime.

Referências

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. Prefácio de Evaristo de Moraes. São Paulo: Edipro, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013

DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. ampl. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2004.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal*. 24. ed. Barueri: Atlas, 2022

GUERRA, João Pedro. A secularização e a aplicação da pena: Uma breve crítica ao modelo brasileiro. *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/344294/a-secularizacao-e-a-aplicacao-da-pena-modelo-brasileiro>. Acesso em: 28 set. 2025.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis et al. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RELATÓRIO do Grupo de Trabalho Dosimetria da Pena. CNJ, [Brasília, 2022]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v5.pdf>. Acesso em: 21 maio 2023.