

**THALES FLORES
TAIPINA**

Manual da **SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA**

Teoria e Prática

8ª edição

Revista, atualizada e ampliada

2026

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

A REALIZAÇÃO DO PROCESSO DOSIMÉTRICO

*Se para os seus tribunais vierem casos difíceis demais de julgar,
sejam crimes de sangue, litígios ou agressões, dirijam-se ao local
escolhido pelo Senhor, o seu Deus e procurem os sacerdotes levitas
e o juiz que estiver exercendo o cargo na ocasião.
Apresentem-lhes o caso, e eles darão a vocês o veredicto.*

Dt. 17;8-9.

1. O SISTEMA TRIFÁSICO DA DOSIMETRIA PENAL

O Dispositivo da sentença penal, como salientado, é o reflexo fiel de toda a conclusão pertinente aos pedidos das partes nos exatos termos em que fundamentada pelo Magistrado. Todo o conteúdo decisório é abarcado pelo Dispositivo, de modo que compreende não apenas o processo de dosimetria da pena, mas tudo o que lhe é decorrente.

A dosimetria penal é a tarefa mais importante imposta ao Juiz de Direito no âmbito do processo penal. Cumpre-lhe, nesse passo, agir com o mais absoluto rigor de justiça e imparcialidade, vez que trata da liberdade da pessoa, de aferir o tempo necessário e suficiente para que o sentenciado pague pelo erro cometido, pela transgressão da lei conforme o grau do injusto praticado, tendo sempre em vista o seu retorno ao convívio social.

O sistema de dosagem da pena vigente em nosso ordenamento jurídico-penal desde a vigência da Lei 7.209/84, que reformou a Parte Geral do Código Penal, é o **Sistema Trifásico**, mais um dos tantos brilhantes legados de Nelson Hungria.¹

Disposto expressamente em seu artigo 68, significa que o legítimo processo de aplicação da pena deve necessariamente obedecer a **três etapas**. Tem-se, portanto, uma **trilogia axiológica do processo dosimétrico**, cuja essência é determinada pela **autonomia** de cada fase, pela **valoração sucessiva** das etapas, pela obediência à **ordem cronológica** estabelecida pelo legislador e, por fim, pelo respeito ao **caráter hierárquico** das suas instâncias.

A **autonomia das etapas** do processo dosimétrico significa que cada uma destas possui circunstâncias próprias e atende a critérios próprios de valoração. Assim, à primeira etapa, destinou o legislador as circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal, cuja valoração possibilitará ao Juiz dosimetizar a pena-base. Por sua vez, a etapa intermediária compreende as circunstâncias atenuantes e agravantes, pelas quais será encontrada a pena provisória. Por fim, na etapa final, tem-se as circunstâncias minorantes e majorantes, sobre as quais será possível alterar a pena da fase anterior e estabelecer a pena definitiva.

A **valoração sucessiva**, por sua vez, proíbe ao Julgador a análise conjunta, em uma mesma etapa, de circunstâncias de fases distintas do processo dosimétrico. Ou seja, as circunstâncias do processo dosimétrico devem ser analisadas conforme as suas respectivas etapas, uma após a outra, não podendo ser valoradas conjuntamente, como proposto por Roberto Lyra ao idealizar o **Sistema Bifásico**, aglutinando-se as circunstâncias judiciais e legais em uma só fase do processo dosimétrico.

Ademais, deve o Julgador obedecer fielmente à **ordem cronológica** estabelecida pelo legislador, de modo que a alteração da ordem em que as fases da dosagem estão dispostas ou a realização do processo dosimétrico *per saltum*, configura nulidade absoluta da pena que nesses termos for imposta ao sentenciado.

Vê-se que tanto o caráter sucessivo quanto a ordem cronológica ressaem do mesmo artigo 68 do Código Penal, ao dispor que **primeiro** é fixada a pena-base; “**em seguida**” devem ser consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes e; “**por último**”, as causas de diminuição e de aumento.

Por fim, o caráter **hierárquico ou escalonado** do processo de aplicação da pena impõe que os elementos estruturais das fases subsequentes devem sempre receber igual ou maior valoração que os elementos das fases anteriores. Dessa forma, a previsão de valores fracionários para determinada circunstância majorante será sempre o limite para a valoração das circunstâncias agravantes. Do

1. O Sistema Bifásico, idealizado por Roberto Lyra, sintetizava o processo dosimétrico em apenas duas etapas, sendo que, na primeira, aglutinavam-se as circunstâncias judiciais e as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) para a definição da pena-base, enquanto que, na segunda e última etapa, valoravam-se as causas de diminuição e de aumento de pena.

mesmo modo, a valoração das circunstâncias judiciais não poderá ser maior que a valoração das agravantes. Em outros termos, a dosimetria penalógica deverá ser realizada sempre a partir da análise das circunstâncias mais brandas para as que possuem maior grau de censurabilidade.

Percebe-se, portanto, à vista do citado artigo 68, que o legislador não definiu de forma aleatória ou despropositada o caminho a ser percorrido pelo Magistrado para dosar a pena ao sentenciado. Ao contrário, determinou-lhe uma lógica, que deve ser compreendida e seguida, de modo que a eventual desobediência aos referidos preceitos configura grave violação ao devido processo penalógico e consequente nulidade do seu ato.

Pois bem, vistas todas as premissas que constituem a essência ou os pilares do processo dosimétrico, rogo vênia ao Professor Fernando Galvão para discordar do seu estudo referente à **possibilidade de inversão das fases do processo dosimétrico** na forma como delineada pelo legislador, a fim de viabilizar a aplicação de circunstância atenuante diante da fixação da pena-base em seu mínimo legal, haja vista os termos da Súmula 231 do STJ, segundo a qual **“a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”** Sua compreensão é a seguinte:

“A situação-limite em que a pena-base é fixada no mínimo legal e, ainda, se verifica uma atenuante, **pode ser amenizada com a inversão das fases previstas no art. 68 do CP para fazer repercutir os efeitos da atenuante após a incidência de causas de aumento ou de diminuição na terceira fase da dosimetria.** Se houver aumento de pena, a atenuante poderá repercutir efeitos até o limite mínimo da cominação reservada ao crime. Da mesma forma, se a causa de diminuição considerada na terceira fase da dosimetria não produzir a diminuição máxima autorizada por lei (novo limite), os efeitos da atenuante poderão incidir até o limite máximo da redução autorizada.”²

Em outros termos, caso a pena-base seja fixada no mínimo legal e no âmbito da segunda etapa da dosimetria penal se verifique a existência de uma circunstância atenuante, diante da Súmula 231 do STJ, esta não terá aplicação, ante a impossibilidade de se conduzir a pena para abaixo do mínimo legal nessa fase do processo dosimétrico, como será visto. Assim, segundo Galvão, pode-se diferir a valoração da referida atenuante à análise das minorantes e majorantes eventualmente identificadas no caso concreto, de modo que, no âmbito da terceira fase, não sendo a pena definitiva aplicada em seu mínimo cominado, aplica-se a atenuante.

Como dito, semelhante procedimento não encontra respaldo legal, de modo que a valoração da circunstância atenuante fora do seu ambiente próprio afronta as disposições do artigo 68 do CP e, sendo assim, gera a nulidade do processo

2. GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 10ª edição. Ed. D'Plácido, pág. 735.

dosimétrico. Salienta-se, ademais, que à referida construção doutrinária não socorre a pretensão de beneficiar o sentenciado, haja vista que a orientação dosimétrica deve ser restrita aos princípios da necessidade e suficiência da pena para alcançar os seus fins retributivos e preventivos.

Veja-se que, amparado em semelhantes fundamentos, o STJ não permitiu a compensação entre a circunstância atenuante (2ª fase) e uma causa de aumento de pena (3ª fase), por configurar tumulto ao Sistema Trifásico estabelecido pelo citado artigo 68. Veja-se a decisão:

“A pretensão do agravante de se processar a compensação entre atenuante e causa de aumento de pena implica inversão das fases da dosimetria penal, não encontrando, por certo, prosperidade.” (...) “Em observância ao critério trifásico estabelecido no art. 68 do Código Penal, as circunstâncias atenuantes não podem ser compensadas com causas de aumento de pena. Precedente.”³

O processo de quantificação da pena deve ser plenamente fundamentado à luz do artigo 93, inciso IX, da CF/88. Constitui então dever do Magistrado externar minuciosamente as razões que o conduzem à aplicação de determinada quantidade de pena, em todas as fases do processo de dosagem da reprimenda. Cuida-se do exercício de afirmação do inafastável direito do sentenciado de conhecer as razões que levaram o Julgador a concluir que determinada quantidade de pena é ideal ao cumprimento dos seus fins retributivo e preventivo.

Salienta-se, nesse passo, que à exceção das circunstâncias judiciais que definirão o quantum da pena-base, as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) e as causas de diminuição e de aumento devem ter as suas razões lançadas exclusivamente na segunda parte da sentença, destinada à sua fundamentação.

Dessa forma, enquanto na primeira etapa da dosimetria penal as circunstâncias judiciais devem ser fundamentadas durante o processo de busca pela pena-base ideal ao fato e ao réu, os elementos estruturais da segunda e terceira etapas do processo dosimétrico devem ser previamente fundamentados, no ambiente da fundamentação da sentença, diferindo-se para o dispositivo apenas a quantificação da reprimenda penal.

Portanto, à luz do Sistema Trifásico preconizado por Hungria e dos ditames do artigo 68 do Código Penal, a dosimetria da pena deve obedecer fielmente os seguintes passos:

Primeira etapa

Apuração da pena-base ideal ao fato e ao autor por meio da análise pormenorizada das circunstâncias judiciais em consonância com as provas dos autos, devendo todas elas serem fundamentadas, mesmo que a sua valoração seja positiva. Logo, não há razoabilidade,

3. STJ - AgRg no AREsp 437.391/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 02/04/2014.

diante do artigo 93, IX, da CF/88, no argumento segundo o qual, sendo favoráveis, carecem de fundamentação.

Segunda etapa

Apuração da pena intermediária, a partir da valoração das circunstâncias legais, partindo-se das atenuantes para, em seguida, valorar as agravantes. Nota-se que a ordem é determinada pelo artigo 68, razão pela qual deve ser seguida pelo Magistrado ao dosar a pena. Assim, não se deve considerar que as circunstâncias agravantes são dispostas em primeiro plano, nos artigos 61 e 62 do CP e, em segundo plano, as circunstâncias atenuantes, previstas nos artigos 65 e 66 do mesmo Código. Determinante é a ordem estabelecida pelo Sistema Trifásico.

Terceira etapa

Apuração da pena definitiva para o crime ou para cada crime eventualmente praticado em concurso, a partir da valoração prioritária das causas de diminuição e, em seguida, das causas de aumento. Da mesma forma que na etapa precedente, cuida-se de ordem determinada por lei e, portanto, deve ser obedecida (art. 68, CP).

2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCESSO DOSIMÉTRICO

2.1. Princípio da individualização da pena

O processo dosimétrico, como visto, deve ser realizado nos exatos termos do artigo 68 do CP, vale dizer, com a valoração sucessiva e hierarquizada dos elementos estruturais das etapas que o compõem.

Salienta-se, no entanto, que semelhante valoração somente se afigura em perfeita sintonia com os ditames constitucionais quando pautado pelo inexorável dever de individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88), que pressupõe a necessidade de proceder à dosagem da reprimenda de forma peculiar ao fato e ao seu autor.

Ressalta-se, todavia, que o processo de individualização da pena não se restringe ao exercício jurisdicional que determina a punição ao sentenciado.

Cuida-se de procedimento que nasce a partir do instante em que o legislador, não se descurando da seletividade axiológica dos bens jurídicos e a sua correspondente tutela pelos diversos ramos do Direito, constata a necessidade de intervenção do Direito Penal a partir da imposição de uma sanção penal pela violação àqueles (bens jurídicos) de maior relevância.

Cuida-se da **fase legislativa** do processo de individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da CF/88, segundo o qual “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.”

Nesse sentido, estabeleceu o legislador constituinte, no inciso XLVII do referido artigo 5º, que não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

Nada obstante, nessa fase da individualização da pena, o legislador apenas determina as penas a serem aplicadas e os parâmetros em que a reprimenda poderá ser determinada, fixando-se, abstratamente, um mínimo e um máximo de pena a ser imposta, haja vista que, nos termos do artigo 5º, inciso XXXIX da CF/88, nenhuma pena pode ser aplicada sem que haja prévia cominação legal.

Dessa forma, limitando-se aos parâmetros abstratos da pena em cada tipo penal incriminador, o legislador outorga e, ao mesmo tempo, incumbe o Magistrado de proceder à análise do exato valor da necessidade e suficiência da pena para a repressão (finalidade retributiva) e prevenção (finalidade preventiva) do delito. Trata-se, agora sim, da **fase judicial** da individualização da pena.

A individualização da pena pelo Juiz de Direito configura árdua tarefa à míngua de vetores legais que orientem o processo de quantificação da reprimenda. Em outros termos, malgrado estabeleça parâmetros mínimo e máximo, não cuidou o legislador de normatizar vetores para a determinação do valor adequado da pena, deferindo ao órgão jurisdicional semelhante atribuição, que deverá ser cumprida fincado nos ditames do sistema trifásico da dosimetria penal.

Observa-se, então, que nessa fase da individualização da pena, caberá ao Magistrado a justa quantificação do tempo de privação da liberdade a ser cumprido pelo sentenciado, de modo que o fará sempre atento aos (sub)princípios da **discrecionariedade jurisdicional**; da **obediência aos parâmetros da pena abstrata**; da **necessidade e suficiência da pena**; da **vedação ao *bis in idem***; e ao princípio da **não culpabilidade** (ou do **estado natural de inocência**).

Encontrado então pelo Magistrado o valor justo e necessário para os fins retributivos e preventivos da pena, cessa o processo dosimétrico, não, porém, o processo de individualização da reprimenda.

Com efeito, afirma-se que a fase de execução da pena compreende, inclusive, o acompanhamento pormenorizado da conduta carcerária do sentenciado reeducando, com vistas a potencializar a celeridade do seu retorno ao convívio social, sobretudo pela progressividade que orienta o regime de cumprimento da sanção penal. As particularidades da execução penal determinam, derradeiramente, a **fase executória ou administrativa** do processo de individualização do castigo estatal.

Pois bem, vejamos, doravante, os (sub) princípios, ou as nuances principiológicas da fase judicial de individualização da pena, das quais não pode se distanciar o Julgador.

2.2. Princípio da discrecionariedade jurisdicional

Como salientamos, a fase legislativa da individualização da pena pressupõe duas vertentes, a primeira, identificar bens jurídicos que carecem ser tutelados pelo Direito Penal, tipificando condutas que lhe sejam lesivos e, a segunda, estabelecer abstratamente os parâmetros da pena que deverão nortear a efetivação da reprimenda em razão da transgressão da norma penal.

No âmbito desses parâmetros abstratos é que incide a atividade jurisdicional de dosagem da pena ideal, vale dizer, necessária e suficiente para atender aos seus ideais ressocializadores, de forma retributiva e preventiva.

No entanto, à míngua de vetores que norteiem o processo de busca pela pena ideal, o Magistrado a procura discricionariamente entre os parâmetros mínimo e máximo da sanção eleitos pelo legislador, considerando, para tanto, circunstâncias afetas ao **fato do autor** (como culpabilidade, motivos e circunstâncias) e ao **autor do fato** (como antecedentes, personalidade e conduta social).

Destaca-se, nesse ambiente, que para um segmento doutrinário, a discricionariedade outorgada ao Magistrado para a regência do processo dosimétrico, malgrado necessária para permitir a aplicação de normas genéricas e abstratas a casos concretos, revelam a falta de consistência das sentenças penais, haja vista as disparidades decursivas da dosimetria penal em face de casos semelhantes.

Nesse sentido, Queirós Campos aduz que “a ideia de fazer justiça no caso concreto exige que o juiz chegue a uma pena corretamente individualizada, contudo deve a lei prescrever regras que norteiem a aplicação da pena, controlando a discricionariedade judicial e, assim, – ao menos em tese –, reduzindo o potencial de prolação de sentenças indevidamente díspares.”⁴

Não há dúvida que o Juiz sentenciante conduz discricionariamente o processo de dosagem da pena, o que não significa que o seu proceder seja arbitrário, pois, se assim o for, haverá abuso de poder e, por conseguinte, o ato se torna viciado.

A atuação do Magistrado no processo de mensuração da pena ideal exige a observância dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, de modo que deve ser tratada não como uma discricionariedade absoluta, mas, ao contrário, como uma discricionariedade vinculada⁵ ou regrada.⁶

A atenção aos referidos princípios, indubitavelmente, conduz a penas díspares, o que se justifica não pela “discricionariedade descontrolada” afeta ao Poder Judiciário, mas à impossibilidade de casos penais que sejam tão semelhantes que permitam a previsibilidade da pena a resultar de cada processo dosimétrico.

A partir de análoga premissa é que a discricionariedade jurisdicional para a dosagem da pena constitui efetivo instrumento de promoção da isonomia constitucional, pois que se impõe ao Julgador a realização da justiça diante de cada fato e de cada autor, o que somente lhe será possível, consoante a visão aristotélica, ao destinar tratamento igual aos que se encontram em semelhantes situações, e

4. CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Sentença Criminal e Aplicação da Pena: Ensaio sobre Discricionariedade, individualização e Proporcionalidade*. Ed. Juspodivm, 2018, pág. 200/201.

5. STJ - HC 437157/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 20/04/2018.

6. TJMG - Apelação Criminal 1.0024.10.029733-2/001, Relator(a): Des.(a) Paulo Calmon Nogueira da Gama, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 25/04/0018, publicação da súmula em 04/05/2018.

diferente aos que se encontram em situações diversas, guardando-se a necessária proporcionalidade entre um caso e outro.

Cuida-se, em termos objetivos, de tratar os iguais de forma igual, e os desiguais de forma desigual, na medida das suas desigualdades, sempre limitado pelo absoluto respeito à dignidade da pessoa humana. Isso é isonomia, que não se obtém de forma mecanizada, vinculada a parâmetros rígidos ou vetores intransponíveis que impedem a interpretação e adequação da pena ao caso concreto.

Não discordo que o processo dosimétrico carece de vetores precisos para a dosagem da pena. Porém, não se pode correr o risco que a fixação de balizas para a quantificação da reprimenda venha engessar a interpretação pelo Magistrado, sob pena de se tornar impossível a concreção individualizada da pena.

2.2.1. *Previsão legal de penas alternativas*

Há determinados tipos penais incriminadores para os quais o legislador estabeleceu penas cumulativas, de prisão **e** multa, e outros, com previsão de penas alternativas, de prisão **ou** multa. Neste último caso, decidiu o STJ, pela relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior:

“O magistrado possui discricionariedade para escolher entre as penas alternativas previstas no art. 147 do Código Penal, desde que fundamentadamente.”⁷

O art. 147 do CP trata do crime de Ameaça, com previsão de pena alternativa, **prisão ou multa**. No caso julgado, foi aplicada a pena de prisão, mas a defesa recorreu, argumentando que diante da alternativa estabelecida pela lei, **a opção mais branda deveria ser aplicada, ou seja, apenas a pena de multa**.

Como já estudado, a **fase judicial** de individualização compreende a valoração da efetiva **necessidade** de aplicação da pena prevista pelo legislador e, também, a **suficiência** do tempo a ser cumprido, sempre com vistas ao alcance das suas finalidades retributiva e preventiva, e dentro dos limites quantitativos estabelecidos para o crime em julgamento (CP, art. 59, *caput* e inc. II).

Veja-se que o legislador, **via de regra**, em nada vincula o Juiz para a aplicação da pena.⁸ Ao contrário, confere-lhe discricionariedade para avaliar, em cada caso, os princípios e as finalidades da pena que o conduzem à justiça da decisão.

7. REsp n. 2.052.237/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/8/2025, DJEN de 25/8/2025.

8. Pode-se afirmar que **a única vinculação imposta pela lei ao Julgador**, no âmbito do processo dosimétrico, é quando impõe valores exatos para determinadas circunstâncias majorantes, impedindo-o de qualquer valoração, mesmo diante da possível variação da intensidade axiológica da circunstância no contexto fático em que inserida. Assim, por exemplo, a previsão de 2/3 para o aumento da pena do crime de roubo com emprego de arma de fogo, sem se importar com a sua potencialidade lesiva em cada caso, ou conforme o calibre da arma portada por cada réu.

Dessa forma, quando o legislador estabelece, para determinado crime, a pena privativa de liberdade **ou** a pena de multa, como no crime de Ameaça, ele transfere ao Magistrado a prerrogativa de avaliar qual das sanções será necessária e suficiente para o alcance das finalidades da pena, conforme o fato e o seu autor, sempre fundamentadamente.

Assim, por exemplo, sendo o réu primário, possuidor de bons antecedentes e tendo a seu favor todas as circunstâncias judiciais, será merecedor da pena mais leve, a de multa. Caso contrário, sendo reincidente ou tendo maus antecedentes, poderá entender o Julgador que a pena de prisão é que será necessária para o alcance das suas finalidades legais.

À vista de tais fundamentos, conclui-se, imediatamente, que a previsão legal de penas alternativas, privativa de liberdade **ou** multa, não gera para o sentenciado direito subjetivo para a aplicação da pena mais branda, que seria só a pena de multa.

Demais disso, cabe ressaltar que, no âmbito **da aplicação da pena**, não há espaço para interpretações que sejam mais favoráveis ao sentenciado. Ou seja, não tem incidência o princípio do *favor rei*.

Recorde-se, então, que o princípio do *favor rei* é critério de hermenêutica, cuja aplicação se verifica diante de enunciados que permitem mais de uma interpretação, razão pela qual deve ser aplicada a norma mais favorável ao réu. Trata-se de decorrência lógica do estado natural de inocência do acusado, que se aplica **para o julgamento**. Diferente, portanto, do *in dubio pro reo*, que, embora decorra igualmente da não culpabilidade, aplica-se somente no campo da **valoração das provas** (não do julgamento, tampouco da aplicação da pena), entre as quais se oculta a necessária certeza para a condenação penal.

Nesse caminhar, observa-se que a aplicação da pena é regida apenas pelos princípios da **necessidade** e da **suficiência**, vetores direcionantes ao alcance dos seus fins, que são **retributivos** e **preventivos**. O juiz considera, *primeiro*, a **necessidade** de aplicação da pena ao réu e, *depois*, o valor que, segundo a sua avaliação discricionária, será **suficiente** para a prevenção de novas condutas, tanto pelo réu sentenciado, a partir do processo de ressocialização, como por todos os membros da sociedade, como efeito pedagógico determinado pela pena que àquele é imposta.

Portanto, a decisão será ou não mais benéfica ao sentenciado **apenas em razão da necessidade e suficiência da pena, conforme a valoração discricionária do Juiz**. Nunca porque é mais branda, ou porque lhe permite uma ou outra interpretação mais favorável.⁹

9. Registra-se que na Parte Especial do CP existem 52 tipos penais incriminadores com previsão de penas alternativas, privativa de liberdade ou multa. Dentre estas, somente um tipo penal **não tem** natureza de menor potencial ofensivo, embora admita a suspensão condicional do processo, que é o crime de **Fornecer Medicamento em Desacordo com Receita Médica, previsto no artigo 280**.

2.3. Princípio da obediência aos parâmetros da pena abstrata

Como é cediço, o princípio da legalidade penal constitui efetivo instrumento de garantia do direito fundamental de liberdade de todos os indivíduos, haja vista que, limitando o direito de punir do Estado, permite-lhe apenas a punição de condutas que sejam previamente descritas pelo legislador como penalmente típicas.

Amparado em semelhante essência, pode-se afirmar, quanto ao processo de dosimetria da pena, que ao Magistrado somente é possível atuar no âmbito daquilo que é previamente delimitado pelo legislador penal. Assim é que, ao dispor sobre a fixação da pena, a lei outorgou ao Juiz estabelecer unicamente “**as penas aplicáveis dentre as cominadas**” (art. 59, I, CP)¹⁰.

Salienta-se que as penas passíveis de aplicação estão dispostas no artigo 32 do CP. São as privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa. No entanto, referiu-se o legislador tão somente às penas que são cominadas em cada tipo penal incriminador. Neste caso, como as penas restritivas de direitos são substitutivas das privativas de liberdade (art. 44, CP), somente estas e a pena de multa são passíveis de cominação expressa nos preceitos secundários de cada tipo penal.

Nesse diapasão, destacou o legislador que “as penas privativas de liberdade **têm seus limites** estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime” (art. 53, CP). Constata-se, portanto, em semelhante disposição legal, a necessidade de obediência aos parâmetros fixados pelo legislador em cada tipo penal de inculpação.

Verifica-se, pois, que os limites previstos para as penas privativas de liberdade não podem ser ignorados pelo Juiz ao aplicar a pena, pois, como visto, sua discricionariedade não é absoluta. Não há arbítrio. Ao contrário, encontra-se regrada, vinculada a preceitos normativos que o orientam à determinação da pena ideal ao caso e ao autor.

Determinado, então, a impor o respeito aos parâmetros da pena abstrata, reiterou o legislador, dessa feita no contexto do artigo 59 do CP, a necessidade de o Juiz, ao dosar a pena privativa de liberdade, estabelecer “a quantidade de pena aplicável, **dentro dos limites previstos**” (inciso II).

Como se percebe, o legislador estabeleceu ‘limites’ entre os quais a pena poderá ser dosada pelo Juiz sentenciante, o que significa a obrigação de acatamento pelo Magistrado dos parâmetros abstratos mínimo e máximo de tempo que poderá ser imposto ao condenado para a reaquisição da sua liberdade incondicionada.

Observa-se que, mesmo em caso de concurso de pessoas, a medida da culpabilidade de cada infrator na realização do crime não pode ser valorada de modo a desrespeitar os limites da pena prevista pelo legislador. Veja-se, então, que o artigo

10. Vislumbra-se, também nesse passo, a discricionariedade vinculada ou regrada que determina a atuação jurisdicional no âmbito do processo dosimétrico, o que, certamente, sequer se assemelha ao arbítrio.

29, *caput*, do Código Penal, estabelece que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime **incide nas penas a este cominadas**, na medida de sua culpabilidade.”¹¹

Nesses termos, não cabe ao Juiz, ao determinar a pena-base, estabelecer a reprimenda além do máximo cominado, ainda que todas as circunstâncias judiciais do artigo 59, *caput*, do CP, sejam valoradas com bastante carga de negatividade. O mesmo se diga no tocante à pena mínima, é dizer, quando todas as circunstâncias judiciais forem valoradas positivamente pelo Magistrado.

No entanto, esclareça-se que em relação ao processo de dosagem da pena intermediária ou provisória, realizada na segunda fase do processo dosimétrico, há entendimento no sentido de que inexistente obrigação de obediência aos limites da pena abstrata.

Isso porque, ao exigir o respeito aos limites previstos para cada pena aplicável (art. 53 e art. 59, II, CP), assim dispôs o legislador apenas no âmbito do artigo 59 do CP, ou seja, tão somente no tocante à dosagem da pena-base.

Lado outro, no âmbito do processo de dosimetria da pena intermediária ou provisória, afirmou expressamente o legislador que as circunstâncias previstas no artigo 65 do CP ‘**sempre**’ agravam a pena-base, ao passo que as dispostas no artigo 61 do mesmo Código ‘**sempre**’ a atenuam, o que significa afirmar, por tal compreensão, a possibilidade de superação dos limites mínimo e máximo na segunda etapa da dosagem da pena.

Nada obstante, em que pese a argúcia do entendimento exposto, o STJ permaneceu firme ao respeito às balizas da pena abstrata, salientando, inclusive, que a observância das disposições dos incisos do mencionado artigo 59 não se limitam à aplicação da pena-base, devendo ser estendida à aplicação da pena-meio, conjugando-as, assim, com as disposições dos artigos 61 e 65.

Assim, a Superior Corte de Justiça editou, e, no julgamento REsp 1.869.764/MS, reafirmou os termos da sua Súmula 231, segundo a qual **“a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”**¹²

Outrossim, ressalta-se que, por questão de lógica e razoabilidade, “da mesma forma que a incidência de circunstâncias atenuantes não pode acarretar a redução da pena a patamar inferior ao mínimo cominado em abstrato pelo tipo penal – enunciado n. 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça –, a presença de circunstâncias agravantes também não autoriza o aumento da reprimenda além do patamar máximo estabelecido no preceito secundário.”¹³

Nesses termos, sendo a pena-base fixada em seu mínimo legal ou próximo a este, a existência de qualquer circunstância atenuante, mesmo que disposta

11. Sobre a questão, ver o tópico 3.6.1.11.1., Cap. II.

12. STJ - Súmula 231, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/1999, DJ 15/10/1999, p. 76.

13. STJ - HC 434.105/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 29/05/2018.

como preponderante, não poderá conduzir a pena abaixo do mínimo abstratamente destacado pelo legislador, ou acima do máximo, em face da constatação de circunstâncias agravantes.¹⁴ Trata-se do que o STJ nominou, no julgamento do referido Recurso Especial, como **princípio da indisponibilidade judicial dos limites mínimo e máximo da pena**.

À guisa de conclusão, obtempere-se que o princípio da obediência aos parâmetros da pena abstrata **não tem aplicação na terciária fase do processo de dosagem da pena**, o que se justifica pelo fato de que, ao contrário das duas primeiras etapas, na última, ao valorar as causas de diminuição e de aumento, o legislador estabeleceu precisamente as frações que deverão incidir sobre o montante da pena provisória para, então, definir a quantidade da reprimenda a ser cumprida pelo réu.

Portanto, havendo minorantes a serem aplicadas ao caso em julgamento, mesmo que a pena provisória tenha sido fixada no mínimo legal, a fração redutora da pena terá o condão de conduzi-la para aquém do mínimo cominado. O mesmo ocorre no tocante à presença de majorantes, caso em que a fração intensificadora da pena, ou a sua valoração multiplicativa, poderá conduzir a pena definitiva para além do máximo cominado.

Ao amparo de todo o exposto, segue-se o TJMG:

É vedado ao Juiz abrandar a reprimenda aquém do piso previsto pelo legislador, valendo destaque o disposto na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, bem como na Súmula 42 do Grupo de Câmaras Criminais deste Egrégio Tribunal de Justiça. «**Na exegese do art. 65, do Código Penal, «descabe falar dos efeitos da atenuante se a sanção penal foi fixada no mínimo legal previsto para o tipo»** (HC n 75.726, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06.12.1998). De acordo com a interpretação sistemática e teleológica dos arts. 59, 67 e 68, todos do Código Penal, **somente na terceira fase da dosimetria da pena é possível alcançar pena final aquém do mínimo cominado para o tipo simples ou além do máximo previsto**. Há diferença quanto ao tratamento normativo entre as circunstâncias atenuantes/agravantes e as causas de diminuição/aumento da pena no que se refere à possibilidade de estabelecimento da pena abaixo do mínimo legal - ou mesmo acima do máximo legal. **O fato de o art. 65, do Código Penal, utilizar o advérbio 'sempre', em matéria de aplicação das circunstâncias ali previstas, para redução da pena-base em patamar inferior ao mínimo legal, deve ser interpretado para as hipóteses em que a pena-base tenha sido fixada em quantum superior ao mínimo cominado no tipo penal. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal quando houver a presença de alguma circunstância atenuante.**¹⁵

14. Sobre o tema, ver o tópico 3.6.1.10., Cap. II.

15. TJMG - Apelação Criminal 1.0011.11.001666-1/001, Relator(a): Des.(a) Walter Luiz, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 05/05/2015, publicação da súmula em 15/05/2015.

2.4. Princípios da necessidade e suficiência da pena

Os estudos acerca das finalidades da pena encontraram aporte em três vertentes jurídico-doutrinárias, quais sejam, a teoria absoluta, a teoria relativa e a teoria mista ou eclética.

Para a **teoria absoluta da pena**, não importa ao Estado a reeducação do condenado e sua possibilidade de voltar à sociedade para um convívio pacífico e harmonioso entre seus pares. Ao contrário, a sua finalidade restringe-se à punição, de modo que a pena privativa de liberdade configura tão somente a retribuição pela violação da norma penal e consequente lesão ao bem jurídico por esta tutelado. Afirma-se, então, que segundo a teoria absoluta da pena, a sua finalidade é apenas **retributiva**.

Noutro vértice, em sentido diametralmente oposto à teoria absoluta, encontra-se a **teoria relativa da pena**, segundo a qual não estaria o Estado preocupado em retribuir ao condenado um mal pelo mal cometido. Neste caso, a pena estaciona seu foco em prevenir outras e semelhantes condutas, seja pelo próprio condenado, evitando-se dessa forma a reincidência, seja para os demais membros da sociedade. Diz-se, assim, que a teoria relativa tem finalidade tão somente **preventiva**.

No primeiro caso, ou seja, quando o foco da prevenção é apenas o condenado, tem-se uma **prevenção especial**. Afirma-se que essa prevenção especial é **negativa** quando tem em mira constranger o próprio condenado a não voltar a delinquir. Nesse ponto a atenção do Estado está em evitar a recidiva criminosa.

Lado outro, a prevenção especial é também **positiva**, voltada, pois, à ressocialização do condenado. Não se preocupa em retribuir, assim como não se destina unicamente a evitar a reincidência. Preocupa-se, sobretudo, com a humanização da pessoa condenada para que os efeitos do sistema carcerário não lhe sejam maléficos, possibilitando-lhe a necessária reeducação para tornar ao convívio social de forma respeitosa, seja em relação às leis, seja em relação aos seus semelhantes.

Portanto, quando o foco da prevenção é o condenado, afirma-se que a finalidade da **teoria relativa** se desdobra em **prevenção especial negativa** e **prevenção especial positiva**.

Lado outro, quando o foco da prevenção é a sociedade e não o condenado, fala-se em **prevenção geral**. Assim como a prevenção especial, a geral pode ser **positiva** ou **negativa**.

Nesses termos, enquanto a **prevenção geral positiva** tem por finalidade a afirmação e reafirmação da vigência e eficácia do Direito Penal com a imposição de pena a quem viola as suas normas, a **prevenção geral negativa** se destina, por meio de um processo de coação psicológica, a intimidar as pessoas quanto à prática do crime, concitando-as à reflexão diante da pena que foi imposta ao seu par pela realização do injusto.

Por fim, em uma terceira vertente, a **teoria mista ou eclética da pena** congloba as finalidades das teorias absoluta e relativa, determinando que a pena tem

finalidade tanto retributiva quanto preventiva. Desse modo, a pena constitui um castigo destinado a retribuir a transgressão da norma e violação ao bem jurídico alheio, prevenindo-se novas e semelhantes condutas pelo condenado e, simultaneamente, provocando a sociedade a ponderar suas atitudes antes de realizá-las. A teoria mista ou eclética, portanto, tem finalidade retributiva e preventiva especial e geral.

Pois bem, o legislador penal de 1984 adotou a teoria mista ou eclética, vez que estabeleceu os princípios da necessidade e suficiência como parâmetros para que o Magistrado possa alcançar os fins retributivos e preventivos da pena ao individualizar a reprimenda penal.

Assim é que, no artigo 59, ‘caput’, do Código Penal, o legislador destinou ao Juiz de Direito a obrigação de avaliar as circunstâncias judiciais e, assim, estabelecer a pena “conforme seja **necessário e suficiente** para **reprovação e prevenção** do crime”.

Como se percebe pela redação do citado artigo 59, são as finalidades da pena, nos termos como adotados pelo Código Penal, que devem nortear a sua necessidade e suficiência.

Registra-se, então, que tais princípios são, em um primeiro momento, valorados no âmbito do processo legislativo de individualização da pena, instante em que se elege a necessidade de proteção penal de determinados bens jurídicos, criando-se modelos penais de condutas, e a suficiência dos parâmetros sancionatórios por sua violação.

Todavia, observa-se que o artigo 59, inciso I, do Código Penal, destina ao Magistrado a obrigação de estabelecer, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, as penas aplicáveis dentre as cominadas.

Cuida-se, dessa feita, de aplicação dos referidos princípios (necessidade e suficiência) no âmbito do processo judicial de individualização da pena, valorando-se a sua quantificação de modo razoável e proporcional às circunstâncias (judiciais) do crime em julgamento, amparado estritamente no acervo probatório dos autos.

Frisa-se, nesse exato sentido, a compreensão (reiterada) do STJ:

“O julgador não está adstrito a critérios puramente matemáticos, havendo certa discricionariedade na dosimetria da pena, vinculada aos elementos concretos constantes dos autos. No entanto, o quanto de aumento, decorrente da negativalização da circunstância, deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.”¹⁶

16. STJ - AgRg no HC n. 746.729/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022.

Afirma-se, então, que os princípios da necessidade e suficiência estão em perfeita sintonia com os princípios constitucionais da humanização das penas (CF, art. 5º, inc. XLVII) e da dignidade humana (CF, art. 1º), pois que orientam o Julgador para que a reprimenda penal não reste aquém do necessário aos seus fins retributivos e preventivos, tampouco excessiva a estes mesmos propósitos e, como tal, injusta.

2.4.1. Valoração da necessidade da pena em face da irrelevância atual do fato penal

A valoração da necessidade da pena, assim como da sua suficiência, deve sempre ser realizada diante dos seus fins retributivos e preventivos (CP, art. 59), avaliando-se o quanto a pena é necessária e, em que medida, para reprimir o crime praticado e evitar a sua reiteração.

Muitas vezes, porém, a própria lei penal concede ao Magistrado a faculdade de não aplicar a pena se concluir, diante das circunstâncias de cada caso, por sua desnecessidade. No Código Penal há pelo menos oito previsões em que o legislador facultou ao Juiz sentenciante deixar de aplicar a pena ao réu pelo injusto praticado, concedendo-lhe o **perdão judicial**.¹⁷

Ocorre que o perdão judicial, na forma como estabelecido pelo legislador no artigo 107, inc. IX, do Código Penal, somente pode ser concedido “**nos casos previstos em lei**”. Então, questiona-se:

Se para o crime em julgamento não houver previsão do perdão judicial, ainda assim pode o Julgador deixar de aplicar a pena ao réu pela conduta que lhe foi imputada?

Perfeitamente, **sim!** Mas, observa-se, não se trata de conceder o perdão judicial fora dos casos previstos em lei, haja vista a indubitosa intenção do legislador, assim manifestada pelo citado artigo 107, de não conferir ao Magistrado uma cláusula aberta. Ao contrário, restringiu a sua aplicação aos “**casos previstos em lei**”.

Todavia, importa destacar hipóteses em que a lei penal, ao prever o perdão judicial, vincula a sua concessão a determinadas situações cujas relevâncias devem ser valoradas pelo Juiz sentenciante. Assim, tratando-se de **homicídio culposo** (CP, art. 121, §5º) caberá ao Magistrado aferir a gravidade das consequências do fato para o próprio autor; sendo o crime de **parto suposto**, deverá o Julgador valorar a relevância da nobreza que motiva o agente à conduta (CP, art. 242, §único). Cuida-se, pois, de situações que determinarão ao Magistrado avaliar a necessidade de ser imposta a pena ao réu à vista da sua finalidade punitiva e de prevenção a novas condutas.

17. São as seguintes: 1) Homicídio culposo, art. 121, §5º; 2) Injúria, art. 140, §1º; 3) Apropriação Indébita Previdenciária, art. 168-A, §3º; 4) Outras Fraudes, art. 176, par. único; 5) Receptação Culposa, art. 180, §5º; 6) Parto Suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido, art. 242, par. Único; 7) Subtração de Incapazes, art. 249, §2º; 8) Sonegação de Contribuição Previdenciária, art. 337-A, §2º.

Ressalta-se que as mesmas premissas devem ser valoradas pelo Juiz sentenciante mesmo em relação a crimes para os quais a lei não prevê o perdão judicial. Compete, então, ao Magistrado avaliar a necessidade de efetiva aplicação da pena ao réu, sopesando, em especial, o propósito reeducador da pena criminal, que pode ser desnecessário ao autor do fato à vista das circunstâncias atuais do caso em apreço.

Desse modo, afirma-se que mesmo não havendo expressa previsão do perdão judicial para o crime em julgamento, a desnecessidade da pena criminal será igualmente valorada pelo Juiz sentenciante a partir da **irrelevância atual do fato ou das suas consequências para o autor ou para a vítima**.

Trata-se da aplicação do **princípio da bagatela imprópria**, que permite ao Juiz aferir, no momento da sentença, a desnecessidade de aplicação de pena ao réu à vista da irrelevância prática da sanção criminal, sobretudo com a privação da liberdade, considerando a impossibilidade concreta de realização das suas finalidades de retribuição pela violação da norma penal e prevenção de semelhantes condutas pela reeducação do sentenciado. Observa-se, nesse viés, o TRF-1:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. FURTO MAJORADO TENTADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. **DESNECESSIDADE DA PENA. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA**. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO PROVIDO. 1. “**O reconhecimento do princípio da bagatela imprópria permite que o julgador, mesmo diante de um fato típico, deixe de aplicar a pena em razão desta ter se tornado desnecessária, diante da verificação de determinados requisitos.**” Precedente do STJ. 2. O princípio da bagatela imprópria se ajusta perfeitamente ao caso concreto, já que **a atual condição do réu não é favorável a cometimento de novos delitos, afastando qualquer hipótese de castigo, intimidação ou ressocialização**. 3. Sentença absolutória mantida por seus próprios fundamentos. 4. Recurso de apelação não provido.¹⁸

Ressalte-se, então, que a valoração da **irrelevância atual do fato penal**, considerando a desnecessidade de aplicação da pena, compreende a avaliação da sua finalidade ressocializadora, sobrepondo, conjuntamente, fatores afetos **ao autor, ao fato e à vítima da ação criminosa**.

Assim, cabe ao Magistrado aferir, **quanto ao fato**, a sua complexidade, o valor da pena cominada e o tempo decorrido da sua realização. Em **relação ao autor**, deve considerar a ausência de registros penais, anteriores ou posteriores ao fato em julgamento, sua conduta social posterior, o exercício de trabalho lícito, ainda que informal, a constituição de família e sua dedicação a esta, sua participação em comunidade, entre outros.

18. TRF-1 - APR: 00423314020114013300, Relator.: DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, Data de Julgamento: 19/11/2019, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 27/11/2019.