

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO CURITIBA**

**THIAGO DALFOVO**

**CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES  
(ART. 67 CÓDIGO PENAL)**

**CURITIBA  
2009**

**THIAGO DALFOVO**

**CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES  
(ART. 67 DO CÓDIGO PENAL)**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Mário Helton Jorge

**CURITIBA  
2009**

## TERMO DE APROVAÇÃO

THIAGO DALFOVO

### CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES (ART. 67, CÓDIGO PENAL)

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Curitiba, de de 2009.

## SUMÁRIO

RESUMO.....	06
<b>1. Introdução.....</b>	<b>07</b>
<b>2. Conceito de Circunstâncias.....</b>	<b>08</b>
<b>3. Classificação das Circunstâncias.....</b>	<b>10</b>
<b>4. Das Circunstâncias Agravantes.....</b>	<b>12</b>
4.1. Circunstâncias Agravantes no Código Penal .....	12
4.2 Agravantes nas Leis Especiais.....	22
4.2.1 Crimes contra a Economia Popular .....	22
4.2.2 Código Penal Militar.....	23
4.2.3 Estatuto do Índio.....	25
4.2.4 Crimes contra a Segurança Nacional a Ordem Política Nacional...	26
4.2.5 Código de Defesa do Consumidor.....	27
4.2.6 Código de Trânsito Brasileiro.....	29
4.2.7 Lei de Crimes Ambientais.....	30
4.2.8 Crimes contra a ordem tributária.....	35
<b>5. Das circunstâncias atenuantes.....</b>	<b>38</b>
5.1 Das circunstâncias atenuantes no Código Penal.....	38
5.2 Atenuantes Inominadas.....	47
5.3 Circunstâncias Atenuantes nas Leis Especiais.....	49
5.3.1 Código Penal Militar.....	49
5.3.2 Estatuto do Índio.....	50

5.3.3 Crimes ambientais.....	51
<b>6. Função das circunstâncias legais.....</b>	<b>54</b>
<b>7. Quantificação da Pena pelas circunstâncias.....</b>	<b>55</b>
7.1. Quantificação da pena representativa de cada circunstância.....	57
<b>8. Aplicação da Pena Intermediária.....</b>	<b>60</b>
8.1. Circunstâncias Agravantes.....	63
8.2. Circunstâncias Atenuantes.....	64
8.3. Concorrência de circunstâncias agravantes.....	65
8.4. Concorrência de circunstâncias atenuantes.....	65
8.5. Concorrência entre circunstâncias agravantes e atenuantes.....	66
<b>9. Conclusão .....</b>	<b>70</b>
<b>Referências.....</b>	<b>71</b>

## RESUMO

O tema deste estudo refere-se ao concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes mais especificamente à finalidade de fixar a pena correta. O enfoque do estudo versa sobre conceito de circunstâncias, bem como a diferença entre as circunstâncias agravantes e das circunstâncias atenuantes, principalmente a função que elas exercem. Entretanto, para que a pena se aproxime do limite indicado, faz-se necessário observar as circunstâncias preponderantes que são os motivos determinantes do crime, como a personalidade do agente e a reincidência. O Código Penal dispõe acerca do tema, o que demonstra o caráter fundamental que lhe é proveniente. O concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes servem para que não haja penas superiores ou inferiores do que é devido, podendo chegar à um equilíbrio da pena, sem ultrapassar os limites. Ao fim, vale destacar que é o art. 67, do Código Penal ao qual o trabalho aborda é utilizado no concurso de circunstâncias agravantes (art. 61 e 62, do Código Penal) e atenuantes (art. 65 e 66, do Código Penal).

**Palavras-Chave:** Código Penal, circunstâncias judiciais, concurso, concorrência, agravantes, atenuantes, função, limite.

## 1. Introdução

Um simples exame da individualização da pena, em sentenças criminais, nos leva a primeira vista a concluir pela absoluta desobediência a parâmetros existentes para a dosimetria penal, em face das circunstâncias judiciais, na primeira fase, porquanto se constata na fixação da pena-base a utilização de apenas uma circunstância judicial preponderante, em quantidade de pena excessiva ou diminuta, com desprezo às demais, ou às vezes valorase a circunstância com chavão estigmatizado, sem quantificação de pena. Já, na segunda fase, é agravada ou atenuada a pena-base sem qualquer critério, ou seja, arbitrariamente, tudo isso com a complacência dos sujeitos parciais da relação processual.

O que se pretende demonstrar é a existência do concurso das circunstâncias agravantes e atenuantes, e de que forma deve ser utilizado, para que não haja erro na fixação da pena, não gerando assim prejuízos ao apenado, pelo desequilíbrio da fixação de agravantes e atenuantes.

## 2. Conceito de circunstâncias.

Etiologicamente, deriva do latim “*circum*” + “*stat*” ou “*stare*”, que significa ao redor de, em torno de.

Assim o seu conteúdo tem como pressuposto um núcleo principal no qual irá se agregar como dado secundário. Conforme leciona LUIZ REGIS PRADO<sup>1</sup>, *denomina-se circunstância todo o fato agasalhado pela lei penal para modificar a responsabilidade penal*. Sintetiza o citado autor que a circunstância é todo fato, relação ou dado, concreto que é considerado pela lei para medir a gravidade do injusto ou da culpabilidade.

Arremata o Prof. DAMÁSIO<sup>2</sup> que “é todo fato ou dado que se encontra ao redor do delito. É um dado eventual, que pode existir ou não, sem que o crime seja excluído”

Distingue-se a elementar da circunstância pelo critério da exclusão<sup>3</sup>, ou seja, a diferenciação se dá através de um processo hipotético de eliminação<sup>4</sup>. Aclara-se: se a inexistência de um certo dado resultar ou no desaparecimento do crime ou surgimento de outro crime, temos uma elementar. Noutro vértice, se certo dado é excluído e o crime originário persiste, há a circunstância.

O escopo das circunstâncias satisfaz o princípio da proporcionalidade, pois é imprescindível à individualização dos delitos e de suas respectivas conseqüências<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> *Curso de Direito Penal Brasileiro*. RT, 7ª. ed. v. 1, p. 514/516.

<sup>2</sup> Jesus, Damásio E. de. *Direito Penal*, Saraiva, 14ª.ed., v.1, parte geral, 1990, p. 479.

<sup>3</sup> Jesus, Damásio E. de, op. cit., p. 479

<sup>4</sup> Baltazar Jr., José Paulo. **Sentença penal**. Porto Alegre:Verbo Jurídico, 3ª.ed. 2007, p.130.

<sup>5</sup> Prado, Luiz Regis. Op.cit.

Neste sentido as circunstâncias atenuantes reduzem a pena por ser menor a culpabilidade do agente, ao passo que a maioria das agravantes discriminadas nos arts. 61 e 62, do Código Penal, implicam maior gravidade do injusto, pois majoram o desvalor da ação. Portanto, infere-se que as circunstâncias agravantes e atenuantes exasperam ou mitigam a pena em razão da maior ou menor gravidade do ilícito ou da culpabilidade.

Entrementes às agravantes e atenuantes explicitadas pela lei, há circunstâncias mistas influenciando diretamente tanto a magnitude do injusto, quanto a culpabilidade<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Prado, Luiz Régis, op. cit.

### 3. Classificação das circunstâncias.

Combinando as lições de DAMASIO DE JESUS<sup>7</sup> e FERNANDO CAPEZ<sup>8</sup>, temos os seguintes ensinamentos.

**a) Quanto à sua incidência, as circunstâncias podem ser objetivas/reais e subjetivas/pessoais.**

As objetivas ou reais referem-se aos aspectos objetivos do fato típico, como, por exemplo, o lugar, o tempo e a ocasião do crime, objeto material, meios ou modo de execução e a qualidade da vítima, dentre outros, relacionados ao delito.

As subjetivas ou pessoais, concernem ao agente (delinqüente) e não ao fato concreto, como por exemplo, antecedentes, personalidade, conduta social, reincidência e motivo do crime.

**b) Quanto a sua natureza: podem ser judiciais e legais.**

As judiciais não constam da lei e são livremente fixadas pelo juiz em conformidade com o artigo 59 do CP.

As legais estão discriminadas em lei e sua aplicação é obrigatória por parte do juiz. Estas circunstâncias legais podem ser as gerais ou genéricas, quando estão previstas na parte geral do Código Penal, a exemplo das agravantes (arts. 61 e 62, CP), atenuantes (arts. 65 e 66, do CP) e causa de aumento e diminuição (arts. 14, § único; 28, § 2º; 70 e 71, § único, todos do Código Penal) e ainda, especiais ou específicas, que são aquelas dispostas na parte especial do CP (crimes em espécie).

---

<sup>7</sup> Op. cit., p. 482-483

<sup>8</sup> *Curso de Direito Penal*, parte geral, v. 1, ed. Saraiva, 6ª. ed. 2003, p. 394/395

Todavia, não se pode olvidar da legislação penal especial, cujos extravagantes diplomas trazem circunstâncias agravantes e atenuantes, a exemplo da Lei n° 1521/51 (Crime contra a economia popular, em relação ao crime de usura – art. 4°, §2°); Lei n° 6001/73 (Estatuto do Índio – art. 56); Lei n° 7170/83 (crimes políticos – art. 4°); Lei n° 8078/90 (CDC – art. 76); Lei n°9503/97 (art. 298) e Lei n° 9605/98 (Crimes ambientais – arts. 14 e 15).

Tanto agravantes como atenuantes majoram ou mitigam, respectivamente, a pena em quantidade não fixada previamente; vale dizer, o *quantum* a ser acrescido ou reduzido fica a critério do Juiz, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, por carência de índices específicos – situação cuja solução será melhor explorada nas conclusões deste estudo.

## 4. Das Circunstâncias Agravantes

### 4.1 Circunstâncias Agravantes no Código Penal

As circunstâncias agravantes genéricas estão taxativamente previstas no artigo 61 do Código Penal, que assim dispõe:

“Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I- a reincidência;

II- ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

- g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
- h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;
- i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
- j) em ocasião de incêndio, naufrágio inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
- l) em estado de embriaguez preordenada.

O artigo prevê quais as circunstâncias agravantes do crime que exigem elevação da pena, quando não constituem estrutura do crime. São consideradas como meras circunstâncias que aderem ao delito, sem modificar sua estrutura, visto que o seu conhecimento não modifica o tipo.

Nesse sentido, o doutrinador Julio Fabbrini Mirabete<sup>9</sup> ensina que:

“É evidente que uma circunstância elementar, ou qualificadora (como ocorre com diversas delas no crime de homicídio), que faz parte da estrutura do tipo básico ou qualificado, não pode, ao mesmo tempo, torná-lo mais grave, com o reconhecimento dessa circunstância como agravante genérica da pena, o que é vedado pelo princípio *ne bis in idem*. As agravantes são meras circunstâncias que podem ou não existir no delito, sem modificar sua estrutura. A enumeração é taxativa e, não estando a circunstância prevista expressamente como agravante, só poderá ser considerada, se for o caso, como circunstância judicial (art.

---

<sup>9</sup> Mirabete, Júlio Fabbrini. Código Penal Interpretado, São Paulo, 2003, p. 421.

59). Existente, porém, a circunstância agravante, é obrigatório o aumento de pena.”

Salienta-se que as agravantes previstas no artigo referido, com exceção da reincidência, se aplicam aos crimes dolosos ou preterdolosos, visto a inadmissibilidade de agravante em crime culposos, conforme decisões do STF: “Descabe a aplicação de agravantes genéricas nos crimes culposos, uma vez que o agente não deseja o resultado lesivo” (RT 755/719). “

Com relação à reincidência, prevista como agravante no art. 61, I e disciplinada nos arts. 63 e 64, todos do CP, trata-se de circunstância que opera efeitos na medida da culpabilidade. O instituto jurídico é cuidado no verbete enunciado pela Súmula 241 do STJ: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

A reincidência, enquanto circunstância agravante, repercute no campo da culpabilidade por conta da maior reprovabilidade pessoal da ação ou omissão delituosa (persistência em delinquir). Além de preponderar no concurso das circunstâncias, dentre outras prejudiciais conseqüências, impede o reconhecimento de algumas causas de diminuição da pena (na terceira fase do cálculo) a exemplo do furto privilegiado (art. 155, § 2º); apropriação indébita privilegiada (art. 170); estelionato privilegiado (art. 171, §1º).

Referente ao artigo 61, do Código Penal, em seu inciso II, alínea “a”, (motivo fútil ou torpe), cita-se o conceito de Nelson Hungria<sup>10</sup>: “*motivo fútil é o motivo desproporcionado medido pelos valores da vida em sociedade*”

---

<sup>10</sup> Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro, 3.ª ed., Forense, v. 5. 1955, p. 161-162.

Torpe é o motivo abjeto, indigno, repugnante e desprezível<sup>11</sup>, e a baliza de tal motivo deve ser dotada de relevante valor, seja moral ou social.

Referente ao inciso II, alínea “b”, (facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime), tem-se agravante que denota motivo torpe formulado para fim particular ou específico – viabilizar o êxito e a consagração impune em outro crime, exemplifica-se com o julgado:

“No caso de delito cometido para assegurar-se o agente da impunidade de outro delito, a agravante é aplicável ainda na hipótese de delito cometido para subtrair-se aquele da prisão”. (RT 434/358 TJSP).

Referente ao inciso II, alínea “c”, traição, emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido. A traição pressupõe perfídia e deslealdade, ao passo que a emboscada significa o ocultamento clandestino do agente enquanto aguarda a vítima e, finalmente, a dissimulação refere-se ao encobrimento dos próprios desígnios, no todo, demonstra grave desvalor da ação, porquanto afasta a resposta defensiva da vítima.

“No crime de latrocínio, se o agente se faz passar por simples passageiro em busca de uma corrida de táxi, escondendo suas reais intenções, não resta dúvida que incide a circunstância agravante de dissimulação” (RT 765/706- TAPR)

No que tange ao inciso II, alínea “d”, com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum, configura agravante genérica:

---

<sup>11</sup> Prado, Luiz Regis. Op. cit., p. 520.

“Responde pela agravante do emprego de fogo o agente que agride a outrem utilizando-se de uma lamparina acesa provocando queimaduras na vítima” (RT 34/213 TACRSP).

Assim, o meio insidioso é aquele dissimulado em sua eficiência maléfica e meio cruel é aquele que aumenta inutilmente o sofrimento da vítima, revelando brutalidade sem qualquer sentimento de piedade. Cuida-se de circunstância agravante de natureza mista, tangenciando tanto o injusto (maior desvalor da ação), quanto a culpabilidade (maior gravidade da culpabilidade).

Referente ao inciso II, alínea “e”, contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge. Ascendentes são as pessoas de quem se descendem (pais, avós, etc.); descendentes são aqueles provenientes de um progenitor comum, qual sucede o que lhe antecede (filhos, netos, etc.); irmãos são aqueles que descendem do mesmo tronco, cônjuges, entendido como aqueles unidos pelo matrimônio, membro da sociedade conjugal, daí resulta que, tal agravante não serve às hipóteses de união estável, por conta da vedação da interpretação extensiva *in malam partem*.

“Pena- Agravamento- Crime praticado contra a esposa- Artigo 61, inciso II, e, do Código Penal- recurso provido” (JTJ 219/303 TJSP).

O inciso II, alínea “f”, trata do abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade ou com violência contra a mulher na forma da lei específica.

Abusa da autoridade o agente que excede, que usa ilegitimamente do seu poder (de fiscalização, instrução, assistência, educação, custódia familiar, tutela, curatela, bem como da hierarquia eclesiástica).

Relações domésticas são aquelas ocorridas entre os componentes da mesma família, que se apóiam, com assistência mútua, com solidariedade e auxílio recíprocos.

Coabitação é um estado de fato identificado no convívio de duas ou mais pessoas no mesmo local. Hospitalidade é coabitação temporária com anuência tácita ou expressa do hospedante (pernoite, visitas, refeições).

A parte final da alínea em apreço decorre da edição da Lei 11340/06 (Lei Maria da Penha), cuja agravante estabelece uma presunção geral fundada exclusivamente no gênero sexual da vítima (feminino).

Visualizável com o seguinte julgado:

“Para a caracterização da circunstância agravante prevista no art. 61, II, f, do CP, não importa que o período de concubinato e convivência entre o réu e a vítima tenha sido curto, uma vez que a lei não exige seja longo. Essencial é que haja confiança ou essa intimidade que nasce da íntima presença em que se vive” (RJDTACRIM 4/152 TACRSP).

No que tange à aliena “g” do inciso II, art. 61, abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão. No mesmo sentido da alínea “f”, refere-se ao fato de ter o agente cometido o crime com abuso de poder ou violação de dever inerente ao seu posto, cargo, ofício, profissão intelectual, técnica ou ministério religioso.

No que concerne ao inciso II, alínea “h”, contra criança, maiores de 60 anos, enfermo ou mulher grávida. Considera-se criança a pessoa até os doze anos de idade incompletos e adolescentes aquela entre os doze e os dezoito anos de idade – esta é a aceção dada para os fins da Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Mas no campo penal (para efeito de aplicação dessa agravante) ambos, criança e adolescente, são contemplados como “crianças”. A mulher grávida significa dupla proteção, a própria gestante de modo imediato e o ser em gestação de modo mediato. Os maiores de sessenta anos são os idosos, cujo vocábulo substituiu o antiquado “velho” que constava desse inciso, graças ao advento da Lei 10741/2003.

Contra mulher grávida: “Restando comprovado que a gravidez da vítima do crime de lesão corporal era visível e de conhecimento do agente, pois foi alertado de tal fato, aplica-se a circunstância agravante prevista no art. 61, II, h, do CP.(RT 768/690 TJSC)

Contra enfermo: “A agravante do art. 61, II, h, do CP deve ser interpretada de forma ampla, para incluir na moldura legal não só os indivíduos que padecem de moléstia física ou mental, mas também os deficientes físicos como os paraplégicos, cegos, etc.” (JTACRIM 92/356 TACRSP).

Em suma, trata-se de agravante que milita no campo da magnitude do injusto, pois implica maior desvalor da ação, dada a alta probabilidade de que se produza o resultado delitivo, pois fica patente a covardia.

Referente ao inciso II, alínea “i”, quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade, revela a afronta do agente para com a autoridade a quem estava confiada ou submetida, a exemplo do preso, do doente mental, do transeunte que desrespeita as orientações do guarda – agente de trânsito que polícia e coordena o tráfego local.

“Se a vítima estava despojada de diversos direitos como efeito da condenação, inclusive do direito de locomoção e de outros meios de defesa, e tutelada pela administração do presídio e pelo Juízo das Execuções Criminais, aplica-se a circunstância agravante do art. 62, II, i, (quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade) do Código Penal” (RT 719/536 STF).

A alínea “j” versa sobre agravantes em ocasião de incêndio, naufrágio inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido. A exasperação se justifica porque o agente, consciente e decidido, aproveita a oportunidade infeliz ou desgraçada da vítima, cuja condição de resposta, de oposição, se encontra reduzida, debilitada, o que propicia ao infrator vislumbrar o êxito de sua delinq ncia.

Desgraça Particular: falecimento do cônjuge: “Agravante. Desgraça particular do ofendido. Morte do cônjuge. Aproveitamento da situação para induzir o cônjuge sobrevivente a assinar vários papéis no dia seguinte. Caracterização. Inteligência do art. 61, caput, II, j, última parte. Do CP. Caracterizada a agravante do art. 61, caput, II, j, última parte, do CP, quando o agente se aproveita de momento difícil porque passa a vítima, sensibilizada em razão do falecimento d marido – desgraça

eminentemente particular- , para obter vantagem ilícita em sede de estelionato, utilizando-se do ardil de levar vários papéis para o cônjuge sobrevivente assinar, no dia seguinte ao falecimento” (TACRSP 48/190).

Salienta-se que, referente ao inciso II, alínea “I”, o estado de embriaguez preordenado é aquele em que o agente se embriaga propositadamente para criar condições psíquicas favoráveis para cometer o crime.

É possível, também, a ocorrência de circunstâncias agravantes em concurso de pessoas. Cita a lei que aquele que promove ou organiza a prática de crime, tratando de punir mais severamente o organizador, o chefe, o líder, o autor intelectual do crime, mais perigoso por ter tomado a iniciativa ou coordenado a atividade criminosa.

Nesse sentido, tem-se a jurisprudência do STF:

“Se o réu teve participação mais expressiva, promovendo, organizando a cooperação nos crimes e dirigindo a atividade dos demais agentes, não há se falar em bis in idem por ter o acórdão aplicado a agravante ao art. 62, I, do CP a todos os delitos praticados e não apenas ao quadrilha ou bando, como determinado na sentença” (RT 761/530-1).

Dispõe o artigo 62 do Código Penal em relação às agravantes no caso de concurso de pessoas:

“Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I- promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II- coage ou induz outrem à execução material do crime;

III- instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;  
IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”.

Importante ressaltar que ocorre, também, a agravante com relação ao agente que coage o executor à prática do crime, visto que a coação, por si só, já é ilícito penal por obstar a liberdade individual, motivo pelo qual a lei trata mais severamente aquele que obriga outrem, mediante violência ou grave ameaça, a praticar o crime.

Porém, adverte NUCCI<sup>12</sup>, que a expressão “agravantes no caso de concurso de pessoas” é tecnicamente equivocada, pois nos casos de autoria mediata por coação moral irresistível, muito embora não se enquadre ao art. 29, pode cogitar da aplicação do art. 62, ambos do CP. Assim, quis o legislador aludir aos delitos cometidos com o intercurso de mais de uma pessoa.

Há, também, as circunstâncias agravantes, na legislação extravagante, destacando-se:

---

<sup>12</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado, SP:RT, 9ª.ed., p. 420.

## 4.2 Agravantes nas Leis Especiais

### 4.2.1 Crimes contra a Economia Popular – Lei n° 1521/1951

A Lei de crimes contra a economia popular em seu artigo 4º descreve que:

“Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

- a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;
- b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.

§ 2º. São circunstâncias agravantes do crime de usura:

- I - ser cometido em época de grave crise econômica;
- II - ocasionar grave dano individual;
- III - dissimular-se a natureza usurária do contrato;

IV - quando cometido:

- a) por militar, funcionário público, ministro de culto religioso; por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;
- b) em detrimento de operário ou de agricultor; de menor de 18 (dezoito) anos ou de deficiente mental, interditado ou não.”

O artigo 13 do Decreto 22.626/1933 define o crime de usura, dispondo que:

“É considerado delito de usura, toda a simulação ou prática tendente a ocultar a verdadeira taxa do juro ou a fraudar os dispositivos desta lei, para o fim de sujeitar o devedor a maiores prestações ou encargos, além dos estabelecidos no respectivo título ou instrumento.”

#### **4.2.2 Código Penal Militar – D. L. n° 1001/69**

A legislação castrense prevê suas circunstâncias agravantes no art. 70 do CPM, desde que tais “atributos” não integrem (elementar) e tampouco qualifiquem o crime militar.

Em cotejo ao previsto no art. 61 do CP e, por amor à brevidade, evitando a redundância ao analisado supra (III.I), cabe consignar algumas particularidades observadas no diploma militar, pois constatam-se certas semelhanças e diferenças entre suas previsões.

Há semelhança nas previsões constantes do CP, art. 61, incisos I e II, alíneas “a, b, e, g, i” em respectiva relação ao CPM, art. 70, inciso I e II, alíneas “a, b, f, g, i”.

Todavia, a identidade não é verificada nas outras alíneas do inciso II tanto pela especificidade do dispositivo militar, quanto pelo maior ou menor detalhamento de suas hipóteses.

Assim, a alínea “c” do art. 70, II CPM, apesar de ter certa identidade com a alínea “i” do art. 61, I CP (ambas tratam da embriaguez) traz previsão distinta e mais detalhada: “*depois de embriagar-se, salvo se a embriaguez decorre de caso fortuito, engano ou força maior*”, situação ressaltada no parágrafo único do art. 70 do CPM, que ao excepcionar a agravante, no caso de embriaguez preordenada (coincidente à letra do CP), limita sua incidência ao crime praticado por militar.

Guardadas as proporções e a respectiva inversão, o CPM, nas alíneas “d, e” do art. 70, II, prevê hipóteses que convergem às alíneas “c, d” do art. 61, II do CP. Cumpre aclarar que a previsão de “asfixia” na alínea “e” daquele dispositivo militar encontraria guarida na norma aberta da alínea “d” do CP (art. 61, II), quando versa sobre “outro meio insidioso ou cruel”.

A alínea “h” constante no art. 70, II do diploma castrense possui limitada redação em comparação à alínea “h” do art. 61, II do CP, pois não contempla a gestante e ainda usa o termo “velho” quando, quer tratar de idoso, sem prejuízo que, quanto a isto, o magistrado possa formular juízo de valor do vocábulo velho com o parâmetro legal de “idoso”.

A alínea “j” do art. 70, II do CPM traz hipótese enriquecida em face da alínea “j” do CP (art. 61, II), ao prever casos de “encalhe e alagamento”. Todavia, esses casos podem ser contemplados na abertura normativa daquele dispositivo do CP, dada pela expressão “qualquer calamidade pública ou desgraça particular do ofendido”.

De forma ímpar – vale dizer, sem paridade ao CP – o art. 70 do CPM ainda prevê como agravantes as seguintes circunstâncias:

l – estando de serviço;

m – com emprego de arma, material ou instrumento de serviço, para esse fim procurado;

n – em auditório da Justiça Militar ou local onde tenha sede a sua administração;

o – em país estrangeiro.

Não se olvide que o seu parágrafo único faz ressalva, também, às agravantes previstas em “l, m, o”, que incidem no crime cometido por militar.

#### **4.2.3 Estatuto do Índio – Lei nº 6001/73**

O estatuto indigenista, ao tratar de crimes contra os índios, assim estabelece em seu art. 59: “No caso de crimes contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que ofendido seja índio não integrado ou comunidade indígena, a pena será agravada de um terço.”

Atento à quantificação fracionária de um terço (1/3), pode-se concluir que se trata de causa de aumento da pena a ser contabilizada na terceira fase da dosimetria da pena, pois, de acordo com a doutrina, agravantes e atenuantes não possuem indexação predeterminada. Todavia, o Prof. Mário Helton Jorge<sup>13</sup>, desembargador do E.TJPR., leciona que se cuida de circunstância agravante.

#### **4.2.4 Crimes contra a Segurança Nacional, a Ordem Política e Social, dentre outras disposições – Lei n° 7170/83**

Cuidando de crimes de lesão ou de perigo de lesão, este diploma visa à tutela da integridade territorial e soberania nacional; do regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; bem como, a pessoa dos Chefes dos Poderes da União (art. 1°). A competência para processar e julgar os crimes disciplinados nesta lei é da Justiça Militar da União, sob o regime do CPPM, com eventual possibilidade de delegação da União, mediante convênio, aos Estados e Distrito Federal, somente para a realização do inquérito policial (arts. 30 e 31).

Art. 4°. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não elementares do crime:

I – ser o agente reincidente;

II – ter o agente:

---

<sup>13</sup> Manual de técnica estrutural da sentença penal, material de apoio da EMAP, fev/2009, p. 46, nota de rodapé n° 17.

- a) praticado o crime com auxílio, de qualquer espécie, de governo, organização internacional ou grupos estrangeiros;
- b) promovido, organizado ou dirigido a atividade dos demais, no caso de concurso de agentes.

#### **4.2.5 Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8078/90**

Visando à proteção do consumidor, o CDC prevê, em seu art. 76, circunstâncias agravantes aos delitos nele arrolados, a saber:

- I – serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade;
- II – ocasionarem grave dano individual ou coletivo;
- III – dissimular-se a natureza ilícita do procedimento;
- IV – quando cometido:
  - a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômica-social seja manifestamente superior à da vítima;
  - b) em detrimento a operário ou rurícola, de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental, interditadas ou não;
- V – serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais.

Todavia, o CDC não prevê qualquer circunstância atenuante, falta que, se necessária, pode ser suprida com as “básicas e genéricas” constantes, respectivamente, dos arts. 65 e 66 do Código Penal.

Entretanto, cumpre identificar que certas agravantes previstas no artigo em comento gozam de certa semelhança, diante das circunstâncias judiciais e agravantes previstas no CP, dando aparências de desnecessária repetição, mas que se aplicam por ser norma especial (art. 12, CP). A mesma inferência vale para a relativa semelhança havida com o §2º do art. 4º da lei nº1521/51.

Exemplifica-se: no CDC, os incisos I e III do art. 76 têm respectiva correspondência às alíneas “j” e “c” do inciso II do art. 61, CP, ao passo que o inciso II do art. 76 do CDC pode ser espelhado na “consequência do crime” prevista no “*caput*” do art. 59, CP.<sup>14</sup>

Com relativa semelhança, também, o art. 76, IV, “b” do CDC, com o art. 61, II, “h” do CP.

Arrematam os autores do anteprojeto do CDC<sup>15</sup>, em comentário ao artigo 17 que:

“... em se tratando de “delitos contra as relações de consumo”, notadamente aos que dão efetiva força sancionadora aos dispositivos de natureza material-civil-administrativa, nada mais lógico que também as penas sejam agravadas nas mesmas circunstâncias e em outras elencadas pelo mesmo dispositivo, sobretudo quando fala em “operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais”.

---

<sup>14</sup> Costa Jr., Paulo José da. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor. Saraiva, 1997, p. 256-257. *apud in*, SILVA, José Geraldo da. Leis penais especiais anotadas. 9ª. ed., Campinas:Millennium, 2007, p. 215.

<sup>15</sup> Grinover, Ada Pellegrini, *et al.* Código brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto. RJ:Forense Universitária, 7ª.ed., 2001, p. 697.

A *mens legis* é clara, pois no sentido de apenar mais gravemente não apenas pessoas em condições socioeconômicas superiores às das vítimas de crimes contra as relações de consumo, como também, objetivamente falando, a própria condição de consumidores, estes, como já vimos, *hipossuficientes* no que concerne à sua manifesta desigualdade perante o fornecedor de bens e serviços.”

#### **4.2.6 Código de Trânsito Brasileiro – Lei n° 9503/97**

O CTB, no art. 298, prevê circunstâncias agravantes às penas dos crimes de trânsito, na hipótese de o condutor de veículo cometer a infração:

- I – com dano potencial para duas ou mais pessoas ou com grande risco de grave dano patrimonial a terceiros;
- II – utilizando o veículo sem placas, com placas falsas ou adulteradas;
- III – sem possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;
- IV – com Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação de categoria diferente da do veículo;
- V – quando a sua profissão ou atividade exigir cuidados especiais com o transporte de passageiros ou de carga;
- VI – utilizando veículos que tenham sido adulterados equipamentos ou características que afetem a sua segurança ou o seu funcionamento de acordo com os limites de velocidade prescritos nas especificações do fabricante;

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

#### **4.2.7 Lei de Crimes Ambientais – Lei n° 9605/98**

No que toca ao meio ambiente, tratou a Carta Magna de tutelá-lo em capítulo específico (Capítulo VI – art. 225), prevendo as responsabilidades administrativa, civil e penal, das pessoas físicas, jurídicas (privadas ou públicas).

No estudo em tela, a responsabilidade penal ambiental, passa igual e obrigatoriamente pela pétrea disposição constante no art. 5º, XXXIX, e aqui radica (vale dizer: se enraíza) a penalização dos seus infratores. Assim, inolvidável a fórmula “*nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*”, vale dizer, há se louvar o princípio da legalidade (criminal e penal).

Daí o esquete – dentre outros diplomas – da Lei 9605/98, que versa sobre os delitos ambientais e as sanções penais que podem ser aplicadas aos seus infratores, convergindo, assim, ao preconizado pela Lei Maior.

Todavia, cuidou o legislador ordinário em contemplar não só especificidades do direito criminal ambiental, como também, particulares critérios de punibilidade adaptados à realidade brasileira (atenuantes – art. 14, I e II), denotando clara abordagem antropocêntrica (agravantes – art. 15, II, “c, f, j” etc).<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. SP:Saraiva, 10ª. ed., 2009, p. 523 e ss.

O artigo 15 da referida lei determina as circunstâncias que agravam a pena, são eles:

“Art. 15 - São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - reincidência nos crimes de natureza ambiental;

II - ter o agente cometido a infração:

a) para obter vantagem pecuniária;

b) coagindo outrem para a execução material da infração;

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

d) concorrendo para danos à propriedade alheia;

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

f) atingindo áreas urbanas ou quaisquer assentamentos humanos;

g) em período de defeso à fauna;

h) em domingos ou feriados;

i) à noite;

j) em épocas de seca ou inundações;

l) no interior do espaço territorial especialmente protegido;

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

n) mediante fraude ou abuso de confiança;

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

- p) no interesse de pessoa jurídica mantida, total ou parcialmente, por verbas públicas ou beneficiada por incentivos fiscais;
- q) atingindo espécies ameaçadas, listadas em relatórios oficiais das autoridades competentes;
- r) facilitada por funcionário público no exercício de suas funções.”

Analisando-se o dispositivo verifica-se que as circunstâncias elencadas agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime, uma vez que, se já constitui elemento do tipo penal ou qualificador, não pode agravar a pena, sendo que a aplicação de duas penas sobre a mesma infração é vedado no Direito Penal (princípio *non bis in idem*).

Alguns exemplos de crimes que já contém uma qualificadora são os tipos descritos no artigo 29, § 4º, inc. V (crime contra a fauna em unidades de conservação) e no artigo 34 (pescar em período no qual a pesca seja proibida), ambos da Lei de Crimes Ambientais. Sendo assim, esses tipos penais não podem sofrer a incidência da agravante descrita no artigo 15, inc. II, alínea “e” e “g”.<sup>17</sup>

Sobre o tema de agravantes em crimes ambientais seguem precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. RESP. CRIME AMBIENTAL. ART. 34 DA LEI 9.605/98. PESCA EM LOCAL INTERDITADO OU PROIBIDO. NEGATIVA DE AUTORIA. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ. NÃO CONHECIMENTO. AGRAVANTE DO

---

<sup>17</sup> COPOLA, Gina. Lei dos Crimes Ambientais, comentada artigo por artigo. Disponível em: [http://www.acopesp.org.br/artigos/a\\_lei\\_dos\\_crimes\\_ambientais1.htm](http://www.acopesp.org.br/artigos/a_lei_dos_crimes_ambientais1.htm)>. Acesso em: 13 de Abril de 2009.

ART. 15, II, "E". INCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.  
UNIDADE DE  
CONSERVAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E  
DESPROVIDO.

I. Hipótese em que o recorrente foi condenado pelo art. 34 da Lei 9.605/98 porque praticava pesca em local interdito e protegido pelo IBAMA.

II. É inviável, em sede de recurso especial, a averiguação da tese de inexistência de provas acerca da autoria do fato delituoso.

III. Hipótese que ensejaria a inviável análise do contexto fático-probatório. Incidência da Súmula n.º 07/STJ.

IV. Em se tratando de área especialmente protegida (Unidade de Conservação), incide a agravante do art. 15, II, "e", da Lei 9.605/98, eis que nem todo local interdito à pesca consistirá em unidade de conservação.

V. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

(STJ – Resp 2004/68842-6 – T5 – Min. Gilson Dipp – DJ:07/03/2005. p.340)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIMES AMBIENTAIS. AGRAVANTE IMPLÍCITA NA DENÚNCIA. CONSIDERAÇÃO NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. ART. 385, DO CPP. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA CORRELAÇÃO, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA.

I - O reconhecimento de agravante não envolve a questão da quebra de congruência entre a imputação e a sentença, por força do art. 385, do CPP (por igual, como se vê, o art. 484, parágrafo único, II, do CPP).

II - No caso concreto, inclusive, a agravante consistente na obtenção de vantagem pecuniária (art. 15, II, "a", da Lei nº 9.605/98) aparece implicitamente na exordial acusatória.

III - Por outro lado, não pode ser reconhecida pelo Juízo a quo a agravante que, tecnicamente, não encontra adequação ao fatos. No caso em tela, é o que ocorre com a agravante referente ao emprego de fraude e/ou abuso de confiança (art. 15, II, "n", da Lei nº 9.605/98), razão pela qual não poderia ter sido considerada pelo Magistrado quando da dosimetria da pena.

Recurso parcialmente provido.

(STJ, 5ª. T, REsp 867938/PR, FELIX FISCHER, v.u., j. 22/05/07)

CRIMINAL. RESP. CRIME AMBIENTAL. ART. 34 DA LEI 9.605/98. PESCA EM LOCAL INTERDITADO OU PROIBIDO. NEGATIVA DE AUTORIA. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ. NÃO CONHECIMENTO. AGRAVANTE DO ART. 15, II, "E". INCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

I. Hipótese em que o recorrente foi condenado pelo art. 34 da Lei 9.605/98 porque praticava pesca em local interditado e protegido pelo IBAMA.

II. É inviável, em sede de recurso especial, a averiguação da tese de inexistência de provas acerca da autoria do fato delituoso.

III. Hipótese que ensejaria a inviável análise do contexto fático-probatório. Incidência da Súmula n° 07/STJ.

IV. Em se tratando de área especialmente protegida (Unidade de Conservação), incide a agravante do art. 15, II, "e", da Lei 9.605/98, eis que *nem todo local interditado à pesca consistirá em unidade de conservação*.

V. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

(STJ, 5a. T., REsp 68007/SC, GILSON DIPP, v.u., j. 15/02/05)

#### **4.2.8 Crimes contra a Ordem Tributária – Lei n° 8137/1990**

O artigo 12 desta lei prevê que:

“São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º:

I - ocasionar grave dano à coletividade;

II - ser o crime cometido por servidor público no exercício de suas funções;

III - ser o crime praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde.”

Porém, cabe ressaltar – de plano, com apoio na jurisprudência e na doutrina de José Paulo Baltazar Júnior<sup>18</sup> que o referido art. 12 em que pese empregar o verbo “agravar”, cuida, a bem da verdade, de causas de aumento da pena, conclusão que se justifica pela previsão legal do quantitativo a ser computado (de um terço até metade) na terceira fase da individualização da pena.

Assim, muito embora numa primeira leitura da letra da lei se identifique como “agravantes” da pena, trata-se de causa de aumento, pois, como visto nas exposições gerais do presente estudo, as agravantes e atenuantes não possuem quantificação preterdeterminada, ou seja, não há índice específico, como ocorrem com as causas de aumento e de diminuição.

Nesse sentido, o STJ pronuncia:

HABEAS CORPUS. PENAL. PRESCRIÇÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 12, INCISO I, DA LEI N.º 8137/90. ARTIGO 109, INCISO IV, DO CP. ORDEM DENEGADA.

1. Diferentemente das circunstâncias atenuantes e agravantes que possuem índices não fixados previamente, as causas especiais são dotadas de patamares prefixados.

---

<sup>18</sup> Baltazar Jr., José Paulo. Crimes federais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª. ed., 2008, p. 445.

2. Segundo entendimento desta Corte, as causas especiais de aumento de pena devem ser consideradas para fins de contagem de prescrição em abstrato.

3. Ordem denegada.

(STJ, 6ª. T., HC45452/SP, HELIO QUAGLIA BARBOSA, v.u., j. 30/05/06)

No mesmo compasso, o TRF da 4ª Região:

PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ART. 12, I, DA LEI Nº 8.137/90. DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADES NÃO VERIFICADAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ...

3. Considerando que o fato foi descrito claramente na denúncia, de modo a permitir o contraditório e a ampla defesa do apelante, que - constata-se - foram efetivamente exercidos no curso processual, descabe a alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa em face do reconhecimento da causa especial de aumento da pena prevista no artigo 12, inciso I, da Lei nº 8.137/1990. (TRF4, ACR 2002.70.01.015317-1, Sétima Turma, Relator Néfi Cordeiro, D.E. 29/10/2008)

## 5. Das Circunstâncias Atenuantes

### 5.1 Das Circunstâncias Atenuantes no Código Penal

As circunstâncias atenuantes específicas estão previstas no artigo 65 do Código Penal:

“Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II – o desconhecimento da lei;

III – ter o agente

- a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
- b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
- c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
- d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
- e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

A menoridade, considerada como atenuante, é a do agente menor de 21 (vinte e um) anos e maior de 18 (dezoito) anos. Os menores de 18 (dezoito) anos estão fora do alcance do Direito Penal em face da inimputabilidade, suas eventuais infrações são disciplinadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8069/90).

Súmula 74/STJ – “Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”.

A menoridade, para fins de atenuação da pena, é aquela havida na data do fato delituoso. A atenuante prevalece, ainda, que se tenha cessado a incapacidade pela emancipação por qualquer das hipóteses elencadas no artigo 5º, parágrafo único, do Código Civil.

Neste sentido, são os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“Pena (aplicação). Circunstância atenuante (menoridade). Civil (menoridade). Cód. Penal, art. 65, I, e Cód. Civil, art. 5º.

1. É circunstância que sempre atenua a pena ser o agente, na data do fato, menor de 21 (vinte e um) anos.
2. É certo que a menoridade civil cessa aos dezoito anos completos, no entanto a norma civil não alterou a norma penal, cujo significado encontra razões na imaturidade da pessoa.
3. A norma penal há de ser alterada por norma da mesma espécie. Soa estranho possa ela ser alterada por outras ordens de idéias – de natureza civil, por exemplo.

4. Ordem de habeas corpus concedida a fim de que se refaça o cálculo da pena.”

(STJ – HC 40041 – 2004/0170963-1/MS – 6ª T. – Rel. Min. Nilson Naves – DJ 13.06.2005 – p. 353)

“*HABEAS CORPUS* . ROUBO QUALIFICADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. EXACERBAÇÃO INJUSTIFICADA. NULIDADE. ATENUANTE DA MENORIDADE. PREPONDERÂNCIA SOBRE AS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS, INCLUSIVE, SOBRE OS MAUS ANTECEDENTES.

2. A atenuante da menoridade deve preponderar sobre qualquer outra circunstância, inclusive sobre a reincidência, por sua vez mais gravosa do que os maus antecedentes, sob pena de malferimento ao princípio da individualização da pena.

3. Ordem concedida tão-somente para, mantida a condenação, reformar a sentença e o acórdão na parte relativa à dosimetria da pena, nos termos explicitados no voto.”

(STJ – HC 33919 – 2004/0023390-4/SP – 5ª T. – Rel. Min. Laurita Vaz – DJ 07.03.2005 – p. 290)

“*HABEAS CORPUS* - PENAL - ROUBO QUALIFICADO – ATENUANTE DE MENORIDADE - INOBSERVÂNCIA PELO TRIBUNAL *A QUO*, EM SEDE DE APELAÇÃO.

- Ao analisar o procedimento de fixação da pena adotado pelo magistrado, que foi confirmado pelo e. Tribunal *a quo*, verifica-se a inobservância da aplicação da atenuante da menoridade. Infere-se dos autos que os fatos se deram “no dia 4 de abril de 1974, por volta das

treze horas" (fl. 56). A certidão de nascimento, juntada à fl. 21, dá conta que nessa época o paciente contava com 19 anos, detinha, portanto, a circunstância legal da menoridade relativa.

- Conforme orientação jurisprudencial, a atenuante da menoridade deve preponderar sobre todas as circunstâncias, legais ou judiciais, desfavoráveis ao condenando, quando a pena-base for fixada acima do mínimo legal. Precedentes.

- Ordem concedida, para que o Tribunal *a quo* considere a atenuante genérica da menoridade a que se refere o art. 65, inciso I, do Código Penal, na fixação da pena.”

(STJ – HC 29765 – RJ - 5ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezini – DJ 10.05.2004 – p. 314)

Também, é atenuada a pena do agente maior de 70 (setenta) anos. Neste caso, não importa a idade na data do fato, mas sim na data da sentença. A data da sentença deve ser entendida no sentido lato, ou seja, data da sentença condenatória e não do acórdão julgado em sede de recurso.

Este é o entendimento da jurisprudência:

“CRIMINAL. HC. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA. PACIENTE MAIOR DE 70 ANOS DE IDADE NA DATA DO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO. ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que se alega que a paciente teria completado 70 anos de idade antes da data de julgamento do acórdão do apelo defensivo, ressaltando que a expressão “data da sentença” deve ser entendida em

sentido lato para permitir que a aplicação da atenuante prevista no art. 65, inciso I, do Código Penal.

II. A disposição legal é clara ao instituir que somente se atenuará a pena se o agente contar com 70 anos na data da sentença condenatória, e, não, da confirmação da condenação em sede de recurso.

III. Caso o legislador pretendesse estender a atenuante àqueles cuja idade de 70 anos fosse completada até a data do acórdão, teria se utilizado da expressão “na data do trânsito em julgado da condenação” ou mesmo “na data da condenação”.

IV. Precedentes desta Corte e do STF em situação análoga, concernente à redução do prazo prescricional.

V. Ordem denegada.”

(STJ – HC 36923 – 2004/0101781-6/RJ - 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJ 21.02.2005 – p. 198)

Luiz Regis Prado entende que nestas duas hipóteses (menor de 21 e maior de 70 anos), a atenuante atua sobre a medida da culpabilidade, por ser menor a censurabilidade pessoal da conduta típica e ilícita<sup>19</sup>.

A “ignorância do Direito ou o desconhecimento da lei”, como preconizado pelo artigo 21, “*caput*” do Código Penal, é inescusável. No entanto, entende-se que incide a menoridade do art. 65, II em razão do vasto número de diplomas legais existentes, o erro de vigência conduz à atenuação da pena por ser menor a magnitude da culpabilidade<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 4. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 268.

<sup>20</sup> PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 4. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 268-269.

A motivação de relevante valor social ou moral atenua a pena em virtude da menor reprovabilidade pessoal da conduta típica e antijurídica. É o que se depreende da alínea “a” do art. 65, III.

Com relação a esta atenuante, Cezar Roberto Bitencourt<sup>21</sup> leciona que:

(a) *relevante valor social*: importante, considerável valor social, isto é, que seja de interesse coletivo;

(b) *relevante valor moral*: igualmente importante, considerável *valor moral*, isto é, adequado aos princípios éticos dominantes, segundo aquilo que a moral média reputa nobre e merecedor de indulgência. O valor social ou moral do motivo deve ser considerado sempre objetivamente, segundo a média existente na sociedade, e não subjetivamente, segundo a opinião do agente.

A previsão de ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, trata do esforço feito pelo agente para reduzir as conseqüências da conduta delituosa e não ao resultado efetivo de seu intento, “*ex vi*” da alínea “b” do inciso III do art. 65 do CP. É necessário que o esforço seja logo após o crime, com espontaneidade e com eficiência.

Difere do arrependimento eficaz (artigo 15, 2ª parte, CP), pois ao contrário do que ocorre neste, para a configuração da atenuante não se exige a interrupção da produção do resultado pelo agente.

---

<sup>21</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 234.

Prevê a atenuante por conta da reparação do(s) dano(s), no sentido de o agente infrator indenizar a vítima. Para configurar a atenuante, basta que, no caso concreto, o dano seja reparado pelo agente, antes do julgamento.

Neste sentido:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. REPARAÇÃO DO DANO. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

Comprovada nos autos a reparação do dano, e sendo imposta reprimenda final acima do mínimo legal, é obrigatória a concessão da atenuante do art. 65, III, "b", do Código Penal, por parte do julgador. Em sede de recurso especial não cabe reexame do conjunto fático-probatório dos autos, pois se trata de matéria constitucional, própria do recurso extraordinário, além de ser vedado pela Súmula 07 do STJ. Precedentes. Não comporta conhecimento matéria que não foi devidamente prequestionada. Dissídio jurisprudencial não demonstrado nos moldes regimentais (art. 255 do RISTJ), pois o recorrente limitou-se a citar as ementas dos acórdãos paradigmas, sem proceder ao necessário cotejo analítico entre eles. Recurso especial conhecido e parcialmente provido, para que o Juízo de primeiro grau venha a proferir nova decisão, corrigindo a pena definitiva com a conseqüente aplicação da atenuante do art. 65, III, "b", do Código Penal.”

(STJ – RESP 631250/RJ - 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJ 08.11.2004 – p. 284)

A alínea “c” do art. 65, III do CP, para melhor análise, será fragmentado, vejamos:

A coação, quando irresistível é causa de exclusão da ação ou causa de exclusão da culpabilidade. Se for física (*vis absoluta*), exclui a ação; e se for moral (*vis compulsiva*), exclui a culpabilidade.

No entanto, se a coação física ou moral for resistível, haverá atenuação da pena.

O subordinado tem o dever de cumprir as ordens de seu superior hierárquico, mas apenas as ordens que forem legais. Não tem, no entanto, obrigação de cumprir ordens ilegais. Se forem inoportunas ou inconvenientes, mas legais, não tem o subordinado direito de discutir.

Todavia, se a ordem for eivada de ilegalidade, o subordinado tem o dever de apontá-la e negar o seu cumprimento. Quando cumpre, respeitando ordem superior, tem direito ao benefício da atenuante.<sup>22</sup>

Se o agente estiver tomado por violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima, será beneficiado com a atenuação da pena. Este é o entendimento da jurisprudência:

“Violenta emoção, ainda quando existente, não vale para exculpar, mas apenas atenua a reprimenda que se deva impor.” (TACrimSP, Ap., Rel. Luiz Ambra, *RT*, 727:528)

---

<sup>22</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 235.

Quanto à confissão espontânea (art. 65, II, d), aplica-se a atenuante sempre que houver a confissão da autoria do fato delituoso por parte do agente, seja esta perante a autoridade policial ou perante a autoridade judicial.

Há quem entenda que a confissão feita perante a autoridade policial e retratada em juízo não configura a atenuante. No entanto, quando a confissão extrajudicial servir para embasar a condenação do agente, a atenuante deverá ser considerada, mesmo se houver a retratação em juízo. Neste sentido:

“*HABEAS CORPUS* . TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. FASE INQUISITORIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. CONDENAÇÃO BASEADA EM ELEMENTOS DA CONFISSÃO. ATENUANTE. RECONHECIMENTO.

1. Aplica-se a atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal) quando a confissão extrajudicial efetivamente serviu para alicerçar a sentença condenatória, ainda que tenha havido retratação em juízo. Precedentes.

2. Ordem concedida para, reformando-se o acórdão ora atacado, anular a sentença condenatória no tocante à dosimetria da pena, para que nova decisão seja proferida, com o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.”

(STJ – HC 39870/MS – 5.<sup>a</sup> T. – Rel. Min. Laurita Vaz – DJ 14.03.2005 – p. 402)

“PENAL. HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NA FASE POLICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. APLICAÇÃO DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, III, "D", CP. INVIABILIDADE.

Inviável a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, alínea "d", do CP, se a confissão feita na fase inquisitorial, posteriormente retratada em Juízo, não foi utilizada para a condenação, que, in casu, foi embasada em vários outros elementos probatórios. Writ denegado.”

(STJ – HC 35313/MG – 5.<sup>a</sup> T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJ 08.11.2004 – p. 260)

Para a aplicação da atenuante ao agente que comete delito sob a influência de multidão em tumulto (art. 65, III, e), a conduta delituosa deve ter sido influenciada pelo tumulto, desde que o agente não o tenha provocado.

Cezar Roberto Bitencourt entende que “nos tumultos, em momentos de grandes excitações, com a facilidade de manipulação de massas, anula-se ou reduz-se consideravelmente a capacidade de orientar-se segundo padrões éticos, morais e sociais”.<sup>23</sup> Este entendimento justifica a atenuante.

## **5.2 Atenuantes inominadas (art. 66, do Código Penal)**

Sem olvidar da taxatividade das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e das atenuantes especificadas nos incisos do art. 65, há, no art. 66 do CP, as denominadas atenuantes inominadas ou genéricas.

Como ensina GUILHERME DE SOUZA NUCCI<sup>24</sup>, trata-se de circunstância legal extremamente aberta sem qualquer apego à forma, permitindo ao juiz imenso arbítrio para analisá-la e aplicá-la.

---

<sup>23</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 236.

<sup>24</sup> Código Penal comentado. 9<sup>a</sup>. ed. 2009, pag. 434, nota 88 ao art. 66, do CP.

Assim, constitui atenuante inominada qualquer circunstância relevante ocorrida antes ou depois do crime, ainda que sem previsão legal.

A propósito, vislumbra-se que outros dados ou características acidentais, mas relevantes, deverão ser aquilatadas através do prudente talante do magistrado, pois se trata de direito subjetivo do réu.

Antes da reforma processual de 2008, com relação aos processos afetos ao Tribunal do Júri, havia a correspondência dessas circunstâncias ao quesito genérico de atenuante constante do art. 484, § único, incs. III e IV, do Código de Processo Penal.

Todavia cabe advertir que a norma penal proíbe tanto o “*bis in idem*” – dupla valoração – em prejuízo do réu, quanto em seu favor. Significa dizer, não poderão ser novamente valoradas, sob o rótulo de atenuantes genéricas, as circunstâncias favoráveis já apreciadas com base em outros dispositivos.

Como atenuantes inominadas, a doutrina<sup>25</sup> cita como exemplos: a) o caso do réu acometido de doença grave, terminal; b) arrependimento sincero, caracterizado pela tentativa de reparação, impossibilitada por ser dano em questão irreparável, de modo que não se configura o arrependimento posterior nem a atenuante do art. 65, III; c) extrema pobreza; d) co-culpabilidade, entendida como uma diminuição da capacidade de autodeterminação em virtude de condicionantes sociais; e) comportamento do réu durante o processo, apresentando-se voluntariamente embora sabedor da prisão preventiva decretada.

---

<sup>25</sup> Baltazar Jr., José Paulo. Op. cit., p. 186.

### **5.3 Circunstâncias Atenuantes nas Leis Especiais**

#### **5.3.1 Código Penal Militar – D.L nº 1001/69**

Assim como a legislação castrense prevê as circunstâncias agravantes, cuja análise anteriormente realizada arrolou certas semelhanças com o previsto no CP, de igual modo ocorre, inclusive, em relação às circunstâncias atenuantes. É dizer, ambos os diplomas trazem hipóteses atenuantes similares, bem como traz o CPM algumas específicas à sua seara.

No diploma militar, em seu art. 72, os incisos I e III, alíneas “a, b” possuem respectiva semelhança à previsão do CP, art. 65, incisos I e III, alíneas “a, b”.

Há distinções significativas no que tange ao “desconhecimento da lei” (art. 65, II, CP) que não possui qualquer correspondência no CPM, que em seu art. 72, II, contempla o meritório comportamento anterior do militar. Sem qualquer identidade, também, a alínea “e” do dispositivo militar que diz: “sofrido tratamento com rigor não permitido em lei”, ao passo que o CP, traz a previsão do agente que cometeu crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou (alínea “e”, art. 65, III).

Por outro lado, mostra parcial correspondência a alínea “c” do inciso II, art. 72 do COM, em face ao art. 65, III, “c” do CP, que, como visto (IV.III.III), traz enriquecida hipótese do crime cometido sob resistível coação ou em cumprimento à ordem hierárquica superior. A hipótese militar versa somente do crime cometido sob a influência de violenta emoção injustamente provocada pela vítima.

Com parcial identidade ao CP, também, a alínea “d” da norma militar que versa sobre a confissão espontânea, perante a autoridade, da autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem.

Imprescindível frisar que as atenuantes da lei militar podem ou não ser computadas pelo magistrado, quando a sanção máxima cominada for a pena de morte, conforme preconiza o parágrafo único do art. 72 do CPM.

### **5.3.2 Lei nº 6001/73 – Estatuto do Índio**

Consta expressamente no art. 56 do Estatuto do Índio a obrigação do magistrado de atenuar a pena do silvícola.

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Em relação à aplicação do dispositivo, o entendimento jurisprudencial é esclarecedor:

“O art. 56, da Lei nº 6.001/73, se destina apenas aos índios em fase de aculturação e não àqueles já completamente integrados à civilização dos brancos” (STJ, 5ª.T., HC 11862/PA, José Arnaldo da Fonseca, v.u., 22.08.00)<sup>26</sup>

“5. A existência de direitos e deveres dos membros das comunidades indígenas em nossa ordem constitucional exige a verificação concreta do nível de aculturação sofrido. Nestes autos, os acusados de origem indígena estão plenamente integrados à civilização. A saber, Valdir e Ivo

---

<sup>26</sup> Célebre caso do índio Paulinho Paiakan.

são semi-alfabetizados, falam a língua portuguesa, as testemunhas narram comportamentos normais a vida em sociedade (fls. 477/478; 487; 489, por exemplo), foram interrogados em juízo sem ter sido apontado qualquer traço de insociabilidade, portanto devem ser considerados imputáveis. Por outro lado, anoto que a legislação invocada, qual seja, o Estatuto do Índio (Lei n. 6001/73) é aplicável aos indígenas em processo de aculturação. Precedente do STJ.” (TRF4, ACR 2002.04.01.047966-9, Sétima Turma, Relator Fábio Bittencourt da Rosa, DJ 02/07/2003)

### **5.3.3 Crimes Ambientais – Lei nº 9.605/1998**

A Lei 9.605/1998, como visto, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. No artigo 14 desta lei, estão previstas as circunstâncias atenuantes, as quais devem ser particularmente consideradas para os delitos contra o meio ambiente.

“Art. 14. São circunstâncias que atenuam a pena:

I – baixo grau de instrução ou escolaridade do agente;

II – arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano ou limitação significativa da degradação ambiental causada;

III – comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental;

IV – colaboração com os agentes encarregados de vigilância e do controle ambiental.

Quanto à atenuante da pouca instrução ou baixa escolaridade equivale à prevista no inciso II do artigo 65, do Código Penal (desconhecimento da lei), que refere-se à impossibilidade real de o agente conhecer satisfatoriamente todos os mandamentos contidos em normas, ainda mais em nosso ordenamento em que se adiciona leis a todo momento.

Guilherme de Souza Nucci<sup>27</sup> entende que:

“[...] associado ao número abusivo de leis penais existentes, é fundamental reconhecer o *baixo grau de instrução* (conhecimentos adquiridos) ou *escolaridade* (aprendizado auferido na escola) de muitos brasileiros, que podem não compreender, com o alcance demandado pela norma penal, a proteção almejada para o meio ambiente.”

É por este motivo que, quando o agente estiver sendo processado por um crime ambiental, o julgador deverá observar o seu grau de instrução e escolaridade, para, se for o caso, atenuar a sua pena.

Há, ainda, atenuante que contempla o arrependimento do infrator, cujo delito causou limitado prejuízo ambiental, bem como daquele agente que espontaneamente buscou reparar o dano ambiental, antes da prolação da sentença.

---

<sup>27</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 853.

Com relação à comunicação prévia, ao aviso ou alarme de iminente perigo, segundo o entendimento de NUCCI<sup>28</sup>, são hipóteses de incidência desta atenuante:

- a) O agente já consumou os atos executórios, mas o resultado danoso ao meio ambiente ainda não se deu; ele avisa a autoridade competente e esta consegue evitar a degradação. Houve arrependimento eficaz;
- b) o agente já findou a execução, mas o resultado se dá, a despeito de ter sido avisada a autoridade competente da iminente degradação. Cabe somente a atenuante do inciso III do art. 14 desta Lei.

Arremata o doutrinador que “é interessante considerar que, ao comunicar previamente a iminente degradação ambiental, o agente está, também, se autodenunciando. Se o fizer de maneira espontânea, cremos que essa comunicação pode ser tida como manifestação positiva de sua personalidade, o que representa uma atenuante preponderante (art. 67, CP)”.

Conclui-se, dessa forma, que esta atenuante pode significar tanto uma situação de arrependimento eficaz, um mero arrependimento ou ainda a confissão espontânea da autoria do crime.

Por fim, há atenuante ao agente que colabora, que coopera com os demais envolvidos na vigilância, monitoramento e controle ambiental. Esta atenuante pode ser tida, também, como outra hipótese de arrependimento, onde o agente atua junto com os responsáveis pelo controle e vigilância do meio ambiente, a fim de que outras situações similares não venham a ocorrer.

---

<sup>28</sup> Op. cit., p. 854.

## **6. Função das Circunstâncias Legais**

Contrariamente à função das circunstâncias judiciais (art. 59, CP) que são operadas “ope judicis”, com vistas a sempre elevar a pena base acima de seu mínimo previsto no tipo penal, quando forem desfavoráveis ao agente, não podendo ser compensadas com outras favoráveis, as circunstâncias legais se operam “ope leges”, ou seja, uma vez configuradas são da aplicação obrigatória, ora para elevar a pena-base já aplicada, na primeira fase, ora para reduzi-la, limitada ao mínimo e ao máximo da pena prevista no preceito secundário da norma penal. Ainda, se na concorrência entre circunstâncias legais atenuantes e as agravantes (art. 67, CP) não houver preponderância, pode haver compensação.

Em resumo: as circunstâncias legais tem a função tanto de elevar, como de atenuar a pena, podendo ser compensadas, de acordo com as suas naturezas.

## 7. Quantificação da pena pelas circunstâncias

A quantificação da pena, em face das qualificadoras, ou das causas de aumento e de diminuição, está identificada nos tipos penais. Em regra, as penas nos crimes qualificados são previstas em quantidades fixas e as de aumento e de diminuição são também em quantidades fixas, terço, dobro ou triplo, e em quantidades variáveis<sup>29</sup> num intervalo fracionário, 1/6 a 2/3 a 1/2.

### **Exemplificando:**

*Art. 155 (furto simples): reclusão de 01 a 04 anos;*

*Art. 155 § 4º (furto qualificado) : reclusão de 02 a 08 anos;*

*Art. 157 (roubo) reclusão de 04 a 10 anos;*

*Art. 157 § 2º, II (causa de aumento, por concurso de pessoas) – aumento da pena de 1/3 a 1/2. A tentativa de crime (art. 14, § único, CP), constante da Parte Geral, prevê a diminuição da pena de 1/3 a 2/3.*

De relevante a destacar é que a pena mínima prevista para o delito qualificado é o ponto de partida para a fixação da pena-base, na primeira fase.

### **Exemplificando:**

*No crime de dano qualificado (art. 163, I CP), para a fixação da pena-base parte-se do mínimo de 6 meses de detenção que poderá chegar ao máximo de 03 anos, se todas as circunstâncias judiciais forem desfavoráveis ao réu.*

Já, nos delitos onde haja previsão de causa de aumento, para fixação da pena base, parte-se da mínima prevista no tipo.

### **Exemplificando:**

---

<sup>29</sup> Constata-se que o percentual de 1/3 (mínimo) prepondera entre as causas de aumento; o máximo é de 2/3. Entre as causas de diminuição, o percentual de 1/3 (mínimo) prepondera, sendo máximo o de 2/3.

*No crime de apropriação indébita (art. 168, § 1º, I, CP), a pena mínima é de 01 ano e a máxima de 04 anos. Somente na terceira fase é que se aumentará a pena de 1/3.*

Importante registrar que as circunstâncias qualificadoras e as (causas) de aumento e de diminuição têm maior relevância que as agravantes e atenuantes genéricas, porque as primeiras são específicas para aqueles delitos, enquanto que as segundas são genéricas para todos os delitos.

Neste contexto, é sugestiva a conclusão de que, se as causas de aumento possuem maior relevância do que as agravantes genéricas, a quantificação da pena pela agravante não pode ser igual ou superior àquela decorrente de uma causa de aumento, sob pena de revelar excesso de penalização. O mesmo raciocínio vale também para as causas de diminuição, em relação às atenuantes.

Diferentemente, as circunstâncias judiciais e as legais agravantes e atenuantes não prevêm a quantidade de pena que se acrescenta ou se retira ao delito praticado, sendo certo que varia, em face da consideração de cada circunstância existente, entre o mínimo e o máximo da pena privativa de liberdade, da pena pecuniária previstas no tipo penal (ou da multa na parte geral, de 10 a 360 dias-multa) e da restritiva de direitos, previsto por exemplo no art. 302, do Código de trânsito Brasileiro.

### **7.1. Quantificação da pena representativa de cada circunstância:**

O artigo 59 do Código Penal define as circunstâncias judiciais, em número de oito, as quais devem ser levadas em consideração para a fixação da pena-base, entre os limites da sanção previstos abstratamente no tipo legal. Deve pois o julgador levar em conta a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, o motivo, as circunstâncias, conseqüências do crime e o comportamento da vítima. Essas circunstâncias retratam a biografia moral do réu e as particularidades que envolvem o fato delituoso.

Entre o mínimo e o máximo da pena privativa de liberdade, de multa e de restritivas de direito, deve ser fixada a quantidade da pena, sendo indiscutível que todas as circunstâncias judiciais concorrem igualmente para essa determinação. Não existe qualquer sinalização de que haja preponderância das circunstâncias judiciais umas sobre as outras (STF – RT 550/406), como ocorre no concurso das circunstâncias legais (art. 67, CP). Portanto, todas as oito circunstâncias devem ser valoradas e motivadas pelo julgador, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal).

Assim, considerando, pode-se afirmar que cada circunstância judicial pode elevar a pena mínima em até 1/8 da variação prevista no tipo penal.

#### **Exemplificando:**

*No crime de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, CP) a pena mínima é de 04 anos e a máxima é de 12 anos, de reclusão. A diferença entre*

*os extremos é de 08 anos. Cada circunstância judicial tem peso máximo de elevação de até 01 ano (8 anos – 8 circunstâncias = 1 ano) na fixação da pena-base.*

Sob hipótese, no delito tipificado no artigo 129, § 3º, CP, poderia o julgador, ao examinar a culpabilidade, dependendo do grau de reprovabilidade, elevar a pena mínima em até 01 ano ou nada elevar; se o réu possuir bons antecedentes e ótima conduta social, nada aumentar, na circunstância personalidade, se o réu possuir boa índole, poderia nada elevar, se o crime for impulsionado por sentimento negativo – motivação – a pena poderia ser elevada em 04 meses; as circunstâncias do crime poderiam elevar a pena em 05 meses; as conseqüências, em 07 meses, e em relação ao comportamento, em 06 meses. Na grande maioria dos delitos praticados, as vítimas nada concorrem para a sua efetivação, razão pela qual esta circunstância deveria sempre pesar contra o condenado. Quanto menor a influência da vítima para ocorrência do delito, maior deveria ser a elevação da pena mínima.

Importa ressaltar que não basta indicar a existência ou inexistência da circunstância, mas sim demonstrá-la com fatos concretos. As fórmulas vazias, estereotipadas de “personalidade motivo, circunstâncias e conseqüências normais para a espécie”, demonstram a má instrução do processo e uma forma de burlar um dos mais significativos atos processuais da individualização da pena, devendo ser banidas da prática processual penal.

Ademais, para fixação da pena-base, no mínimo legal, devem também ser demonstradas todas as circunstâncias judiciais, não bastando a simples menção de que todas são favoráveis ao réu, considerando que o órgão

acusador tem o direito de saber como o julgador chegou a essa conclusão, até eventualmente para impugnar a decisão.

O que se admite concluir, no contexto, é que a fixação da pena-base ficaria mais transparente, se o julgador destacasse a quantidade de pena correspondente a cada circunstância judicial<sup>30</sup> – que não pode ultrapassar a 1/8 da variação entre o mínimo e o máximo da pena prevista in abstracto – o que facilitaria o exame de sua correta aplicação, ou seja, se bem dosada, evitando-se a elaboração de outros cálculos aritméticos.

---

<sup>30</sup> A título ilustrativo destaco a fixação da pena-base, na sentença prolatada nos autos nº 410/2002, de DELITO DE RECEPÇÃO (art. 180 § 1º e 2º, CP, pena mínima de 03 anos de reclusão e 10 dias multa) na Comarca de São José dos Pinhais (PR), pelo Juiz Roberto Luiz dos Santos Negrão: “Culpabilidade: o grau de reprovabilidade da conduta perpetrada pelo réu é acentuado...Assim elevo a pena-base em 06 meses de reclusão e 05 dias multa; Antecedentes: pelas certidões juntadas aos autos verifica-se que o réu é primário e não registra antecedentes desabonadores; Personalidade: não há aos autos elementos suficientes para avaliar a personalidade do réu, restando, pois prejudicada a análise dessa circunstância. Conduta Social: em que pese os depoimentos das testemunhas arroladas pela defesa, tem que se o envolvimento do réu com a receptação de veículo de procedência ilícita, está a se demonstrar o seu desrespeito ao patrimônio alheio, e, portanto, não se pode dizer que tenha ele um bom comportamento social. Motivos do crime: foi a busca do lucro fácil, em detrimento do patrimônio alheio. Motivo normal para o crime de receptação. Circunstâncias do Crime: O réu mantinha em depósito no interior do imóvel onde funcionava a sua oficina mecânica o veículo Opala, placa BGH 0241, cuja procedência sabia ser ilícita, além de placas e agregados de outros veículos. Conseqüências do Crime: As conseqüências foram de relativa gravidade, sobretudo em relação à vítima Nivaldo que teve seu veículo modificado contra a sua vontade. Sendo que o prejuízo foi estimado na ordem de R\$ 1.000,00, ou seja, 1/5 do valor avaliado do veículo. Assim e considerando que não houve ressarcimento dos prejuízos causados, elevo a pena base em 04 meses de reclusão e dois dias de multa. Comportamento da Vítima: As vítimas em nada contribuíram para a conduta ilícita praticada pelo réu. PENA BASE: 03 ANOS E 10 MESES E 17 DIAS-MULTA.

## **8. Aplicação da Pena Intermediária (2º fase):**

Fixada a pena-base, o Juiz deverá passar a segunda etapa da aplicação da pena, verificando a existência das circunstâncias atenuantes para, em razão delas, proceder a um processo de agravação ou de atenuação, elevando ou reduzindo a quantidade da pena-base.

Se houver circunstâncias agravantes, a pena-base será acrescida; se houver atenuantes, reduzida.

A lei não estabelece um quantum de agravação ou de atenuação, devendo ele ser estabelecido pelo Juiz que, com prudente arbítrio, fundamentando a sua decisão, determinará a quantidade da redução ou de elevação que fará incidir sobre a pena-base.

Mas, se o Código Penal não fornece parâmetro seguro para a quantificação da pena, em face das circunstâncias legais, o sistema penal, sim. Neste sentido, o artigo 285 do Código Eleitoral e o artigo 77 do Código Penal Militar.

Preceitua o artigo 285 do Código Eleitoral: " Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o quantum, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados limites da pena cominada ao crime".

Igualmente, o Código Penal Militar, em seu art. 73, preceitua:

*" Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o quantum, deve o juiz fixa-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime"*

Assim, dependendo da natureza subjetiva ou objetiva da atenuante ou da agravante pode-se aplicar, por analogia, a quantidade de pena prevista nos diplomas penais destacados, de 1/5 a 1/3. Entretanto, se assim não se entender pelo argumento da matematização da aplicação da pena, de qualquer forma as atenuantes e agravantes genéricas não poderão alcançar os percentuais previstos para as circunstâncias (causas) de aumento ou de diminuição, pelo critério da maior relevância. Não se faz menção às qualificadoras, porque estas têm maior relevância do que as causas de aumento e de diminuição, cujos tipos penais qualificados são dotados de maior quantificação penal. Assim, se as circunstâncias legais não podem atingir o quantum de pena das causas de aumento e de diminuição, muito menos o quantum de pena das qualificadoras.

Por outro lado, questão de mais alta importância é saber se o Juiz que tiver fixado a pena-base no mínimo, diante de uma circunstância atenuante, poderia fazer incidir uma diminuição, trazendo a pena para um patamar abaixo do grau mínimo? A doutrina e a jurisprudência dominantes são no sentido negativo de que as circunstâncias atenuantes não tem o poder de trazer a pena aquém do grau mínimo. Aliás a matéria está sumulada pelo Superior Tribunal

de Justiça, nº 231 *“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”*

No entanto, a lei não proíbe, não havendo nenhuma norma limitando essa possibilidade, tal como a regra do art. 59. O Juiz atenuará, conforme seja o necessário e suficiente, dentro do seu prudente arbítrio. Não há um critério expresso e especificadamente determinado, como nas causas de diminuição, mas a regra da suficiência e necessidade.

Ex:

*“Num crime de estupro, o Juiz fixou a pena-base em nove anos de reclusão, incorretamente, pois muito próxima do grau máximo. Presente uma circunstância atenuante, por exemplo, a da idade do agente (19 anos), o Juiz pode aplicá-la, reduzindo a pena de quanto tempo: seis meses, um, dois, ou três anos? Qual orientação legal para o Juiz? Não há, é claro, um quantum máximo ou mínimo redutor, mas, nem por isso, se pode afirmar inexistir qualquer critério. Este é o da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime.”*

Por essas razões, correto é o entendimento segundo o qual as circunstâncias atenuantes autorizam a redução da pena-base aquém do grau mínimo, desde, é evidente, que estejam presentes e fundamentalmente, o Juiz demonstre que assim vem decidindo, o que faz encontrar a pena necessária e suficiente para reprovar e prevenir o crime.

## 8.1 - Circunstâncias Agravantes

As circunstâncias agravantes estão definidas nos artigos 61 e 62 do Código Penal.

As circunstâncias sempre agravarão a pena, quando não constituírem ou qualificarem o crime. É dizer, só serão consideradas, nesta segunda fase, circunstâncias que integram os tipos legais de crime, como um de seus elementos nem as que constituem uma de suas formas qualificadas ou agravadas. Vejamos:

*“Art. 61 – São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:*

- Reicidência;*
- Motivo Fútil ou torpe;*
- Finalidade de facilitar ou assegurar outro crime;*
- Recursos que dificultam ou impossibilitam a defesa do ofendido;*
- Meios insidiosos ou cruéis, ou dos quais resulta perigo comum;*
- Ascendente, Descendente, irmão ou cônjuge;*
- Abuso de autoridade, de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;*
- Abuso de poder ou violação do dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;*
- Criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida;*
- Ofendido sob imediata proteção da autoridade;*

*- Incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou desgraça particular do ofendido;*

*- Embriaguez preordenada.”*

*Art. 62 – A pena será ainda agravada em relação ao agente que:*

*I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;*

*II – coage ou induz outrem à execução material do crime;*

*III- instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude da condição ou qualidade pessoal;*

*IV- executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.*

## **8.2 – Circunstâncias Atenuantes**

As circunstâncias atenuantes estão definidas no art. 65 do Código Penal. Vejamos quais são elas:

*- Menor de 21 anos e maior de 70 anos;*

*- Desconhecimento da lei;*

*- Motivo de relevante valor social ou moral;*

*- Evitar ou minorar eficientemente as consequências do crime;*

- *Reparação do dano;*
- *Coação resistível e cumprimento da ordem;*
- *Violenta emoção;*
- *Confissão espontânea;*
- *Multidão em tumulto;*

### **8.3 – Concorrência de circunstâncias agravantes**

A segunda fase da individualização da pena corresponde ao momento que em será fixada a pena provisória com a observância das circunstâncias agravantes e atenuantes. Neste passo, a dosimetria tem uma elevação ou uma só redução, de acordo com as circunstâncias que se fazem predominantes no caso concreto. Portanto, diante de uma agravante, haverá elevação da pena, regra válida tanto para o CP quanto para o CPM.

### **8.4 – Concorrência de circunstâncias atenuantes**

A segunda fase da individualização da pena corresponde ao momento que em será fixada a pena provisória com a observância das circunstâncias agravantes e atenuantes. Neste passo da dosimetria há uma só elevação ou uma só redução, de acordo com as circunstâncias que se fazem presentes no caso concreto. Portanto, havendo uma atenuante, reduz-se a pena, lógica válida tanto para o CP quanto para o CPM.

### 8.5- Concorrência entre circunstâncias agravantes e atenuantes

Em havendo concurso de circunstâncias atenuantes e agravantes, preponderam as de caráter subjetivo, conforme entendimento de HELENO CLAUDIO FRAGOSO<sup>31</sup>. Verifica-se, também, a compensação, ou seja, uma agravante anula uma atenuante e a pena permanece constante, ou seja, a pena básica não é modificada.

A orientação, também, é válida à legislação castrense, cujo art. 75, ao cuidar do concurso das circunstâncias agravantes e atenuantes além de estabelecer a predominância das subjetivas conclui ainda que, se houver equivalência, há se entender pela sua inoccorrência.

Porém, a compensação não se opera quando uma circunstância preponderar sobre a outra (STJ, REsp 199500366029, 14/10/96, RT 738/585; TRF3, AC 93030919734/SP, Aricê Amaral, 2ª. T., v.u., 11/04/95; TRF5, AC 200305000001901/PB, Marcelo Navarro, 4ª. T., v.u., 19/10/04), mas se compensam, agravante e atenuante, se ambas são preponderantes (STF, HC 71469/SP, Sydney Sanches, 1ª.T, v.u., DJ 18.8,95). Nesse diapasão, compensando-se, anulam-se, mas em havendo uma terceira circunstância, esta poderá ser considerada para agravar ou atenuar a pena, sempre como única operação.

“Atenuante e agravante incidem sobre o mesmo quantitativo, ou seja, a pena-base, não havendo como considerar a agravante e, sobre o

---

<sup>31</sup> *Lições de direito penal*, parte geral. Forense. 16ª. ed., p. 435.

resultado, fazer incidir a percentagem alusiva à atenuante” (STF, HC 74471/GO, Marco Aurélio, 2ª. T., v.u., DJ 25.04.97)

Havendo agravante preponderante e uma atenuante não-predominante, a pena será agravada, mas em menor grau:

“A reincidência prevalece sobre a confissão espontânea. Não obstante, a referida atenuante, ainda que não-preponderante, não pode ser desprezada, havendo de ser o quantum de aumento da sanção inferior ao que seria se inexistisse a atenuante” (TRF4, AC 2004.70.03.005883-8/PR, Maria de Fátima F. Labarrère, 7ª. T., maioria, 22.11.05).

José Paulo Baltazar Junior<sup>32</sup> entende como razoável a compensação de duas agravantes não-preponderantes com uma atenuante preponderante, ou vice-versa.

As circunstâncias, como já aduzido, podem ser objetivas-reais ou subjetivas-pessoais. São dados relevantes para determinar a comunicabilidade e a preponderância, respectivamente, arts. 30 e 67 do CP.

Assim, conforme a inteligência de tais dispositivos, consideram-se preponderantes as circunstâncias relativas aos motivos, personalidade e reincidência (art. 61, I, CP). Concernem aos motivos as agravantes previstas nas alíneas “a, b, c” do art. 61 e inc. IV do art. 62, todos do CP, bem como a atenuante prevista na alínea “a” do inc. III do art. 65. Como circunstância relativa à personalidade entende-se a menoridade (art. 65, I, CP).

---

<sup>32</sup> Baltazar Jr, José Paulo. Sentença penal, op. cit., p. 164.

Em decorrência do art. 67 do CP, a jurisprudência assenta que:

“No concurso da circunstância atenuante relativa à confissão (art. 65, III, d, do CP) com a circunstância agravante da promessa de recompensa (art. 62, IV, do CP), prepondera esta porque vinculada ao motivo determinante do crime” (TRF 1, AC 94.0119261-8/MT, Nelson Gomes da Silva, 4ª. T, DJ 22.9.94)

“A reincidência prepondera sobre a confissão” (TRF4, AC 2000.70.00.20029223/PR, Volkmer de Castilho, 8ª.T, v.u., DJ 5.6.02)

Muito embora a jurisprudência do TRF4 acima conclua pela preponderância, a 6ª. Turma do STJ, recentemente concluiu pela compensação, vejamos:

CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA. Conforme recente entendimento adotado pela Sexta Turma, a atenuante da confissão espontânea pode ser compensada com a agravante da reincidência. Precedente citado: HC 94.051-DF, DJ 22/9/2008. ([HC 121.681-MS](#), Rel. Min. Paulo Gallotti, julgado em 17/3/2009) (Informativo 387 – de 16 a 20 de março de 2009)

A menoridade, além de ser considerada ligada à personalidade (STJ, HC 39989/SP, Helio Quaglia Barbosa, 6ª.T., u., 26.04.05), prevalece sobre as próprias preponderantes legais, incluída a reincidência (STF, HC 66605; HC 70873; HC 72323, Sepúlveda Pertence, 1ª. T., v.u., DJ 19.5.95).

Com aceitação restrita, há posicionamentos que admitem a confissão como circunstância preponderante por estar ligada à personalidade do agente,

e assim, poderia ser compensada com a reincidência (STJ, RESp 565407/DF, Hamilton Carvalhido, 6ª. T., v.u., 16.2.04) e prevalecer sobre as agravantes genéricas (TRF 1, AC 94.0118997-8/BA, Fernando Gonçalves, 3ª. T., DJ 3.4.95).

“No concurso entre agravantes e atenuantes obrigatórias, de natureza subjetiva, prepondera a mais benéfica ao réu.” (TRF4, AC 96.04.00856-0/PR, Tânia Escobar, 2ª. T, DJ, 27.3.96)

Com relação aos crimes ambientais disciplinados pela Lei 9605/98, as operações lógicas na dosimetria – individualização – da pena serão realizadas em semelhança à fórmula genérica do Código Penal (arts. 59 e 68). Quer dizer, para a punição de seus delitos, deverá ser observada, na primeira fase, o que dispõe do art. 6º da Lei 9605/98, para, em seguida, na segunda fase, serem contempladas a atenuantes e agravantes (arts. 14 e 15) e, finalmente, na terceira fase, incidirem as causas de aumento e diminuição, se previstas ao crime ambiental a que se julga.

Todavia, cumpre ressaltar e justificar tal inferência, porquanto as disposições do Código Penal têm aplicação subsidiária, diante da previsão do art. 79 daquele diploma criminal ambiental.

## 9. Conclusão

Portanto, para concluir o presente trabalho e corroborando com os argumentos já expostos é interessante deixar claro que o cálculo (dosimetria) da pena é um dos pontos fundamentais da sentença condenatória, seja pelo Juiz Monocrático, nos delitos de sua competência, seja pelos membros do Conselho de Justiça.

Três são as fases para o cálculo mencionado: o da pena base (circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal), o da pena provisória (agravantes e atenuantes, do art. 70 e 71 do Código Penal) e o da pena final (majorantes e minorantes), devendo-se observar a sequência mencionada e o cálculo da operação deve incidir sobre o quantum obtido anteriormente.

Seja qual o critério adotado pelo Juiz na aplicação da pena, deve ele explicitá-lo na sentença para demonstrar de onde partiu o seu cálculo de quais as operações realizadas para se chegar à pena final, apontado-se a quantidade obtida em cada fase da dosimetria.

Enfim, conclui-se que deve ser observado o concurso de agravantes e atenuantes, para que não haja erro na pena aplicada, bem assim observando a fase da individualização da pena, cabível ao Juiz na sentença.

## Referências

Baltazar Jr., José Paulo. Sentença penal. Porto Alegre:Verbo Jurídico, 3ª.ed. 2007.

\_\_\_\_\_. Crimes federais. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 3ª. ed., 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 3ª.ed. SP: Saraiva, 2005.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, parte geral, v. 1, ed. Saraiva, 6ª. ed. 2003,

COPOLA, Gina. Lei dos Crimes Ambientais, comentada artigo por artigo. Disponível em:  
[http://www.acopesp.org.br/artigos/a\\_lei\\_dos\\_crimes\\_ambientais1.htm](http://www.acopesp.org.br/artigos/a_lei_dos_crimes_ambientais1.htm)>. Acesso em: 13 de Abril de 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. SP:Saraiva, 10ª. ed., 2009

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal, parte geral. SP:Forense. 16ª. ed.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. Código brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto. RJ:Forense Universitária, 7ª.ed., 2001.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal, SP:Saraiva, 14ª.ed., v.1, parte geral, 1990,

JORGE, Mário Helton. Manual de técnica estrutural da sentença penal. Inédita. EMAP.Curitiba, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código Penal Interpretado, São Paulo, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. SP:RT., 9ª. ed. 2009.

\_\_\_\_\_. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 3ª. ed. SP:RT., 2008.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. SP:RT, 7ª. ed. v. 1, parte geral, 2007.

\_\_\_\_\_. Comentários ao Código Penal. São Paulo:RT. 4ª.ed. 2007

SILVA, José Geraldo da. Leis penais especiais anotadas. 9ª. ed., Campinas:Millennium, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, V. 1 – Parte Geral. 7ª. ed., SP: RT.

Sítios da rede mundial de computadores – *sites*:

Link: Legislação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 setembro. 2009.

Link: jurisprudência. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 06 de outubro de 2.009.

Link: jurisprudência. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 08 de outubro de 2.009.