



NOTA TÉCNICA CIJDF
N. 10/2023

**CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA
PENA-BASE**

DOUTRINA, JURISPRUDÊNCIA E PESQUISA
NOS ACÓRDÃOS CRIMINAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS.

CENTRO DE INTELIGÊNCIA DA
JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

TJDFT

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	2
1 DO OBJETO DA NOTA TÉCNICA	2
2 DA ANÁLISE JURÍDICA DA QUESTÃO	6
2.1 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	6
2.2 CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE	7
2.2.1 Um oitavo sobre o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima em abstrato	8
2.2.2 Um sexto sobre a pena mínima em abstrato	11
2.2.3 Dados do Conselho Nacional de Justiça sobre os critérios de fixação da pena-base	14
3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL	15
3.1 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	15
3.2 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS	19
4 CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS: RESULTADOS DA PESQUISA REALIZADA NOS ACÓRDÃOS CRIMINAIS ENTRE 1.1.2021 E 30.06.2022	23
4.1 CRITÉRIOS UTILIZADOS NA PESQUISA	23
4.2 RESULTADOS DA PESQUISA	25
CONCLUSÃO	31
DIRETRIZES	32
REFERÊNCIAS	33

NOTA TÉCNICA CIJDF N° 10/2023

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. PRIMEIRA FASE (ART. 59 DO CÓDIGO PENAL). CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. CRITÉRIOS MATEMÁTICOS. FRAÇÕES DE AUMENTO. 1/6 DA PENA MÍNIMA EM ABSTRATO. 1/8 SOBRE O INTERVALO ENTRE A PENA MÍNIMA E MÁXIMA COMINADAS AO CRIME. PRECEDENTES STJ E TJDFT. RESULTADOS DA PESQUISA REALIZADA NOS ACÓRDÃOS CRIMINAIS DO TJDFT.

APRESENTAÇÃO

Regulamentado pela Portaria Conjunta 140, de 5 de dezembro de 2022, compete ao Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal – CIJDF propor estudos sobre demandas judiciais estratégicas, repetitivas e de massa, bem como temas que apresentem maior número de controvérsias, emitindo notas técnicas a serem encaminhadas aos magistrados.

Por se tratar de órgão administrativo, o Centro de Inteligência não pretende se imiscuir em questões submetidas à apreciação judicial e que ainda estejam pendentes de manifestação pelos magistrados desta Corte, mas somente apresentar macroestratégias de tratamento adequado de conflitos, conferindo, assim, mais racionalidade e eficiência ao sistema de justiça.

As diretrizes apontadas nesta nota técnica têm natureza de mera recomendação e cunho informativo. Busca-se, de forma colaborativa, com a participação de diversos setores do Tribunal, contribuir para uma prestação jurisdicional de excelência, com objetivos alinhados àqueles definidos na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas – ONU, em particular aqueles relacionados com o desenvolvimento de instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis (ODS 16).

1 DO OBJETO DA NOTA TÉCNICA

O objeto de estudo da presente nota técnica insere-se no campo da dosimetria da pena, mais precisamente no que diz respeito aos critérios, ou ausência deles, para fixação da pena-base. A temática, tratada no PA SEI 0018391/2022, foi identificada com base na atuação de magistrados da área criminal, que reportam falta de uniformidade dos julgados acerca da

questão e relatam percepção de alta taxa de reversibilidade de suas decisões pelas turmas criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Ressalte-se que a taxa de reversibilidade, ou seja, a razão entre a quantidade de decisões revertidas e o total de decisões recorridas (GICO JÚNIOR, 2019, p. 13) é um indicador acompanhado pelo Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal que apresenta grande utilidade na análise do perfil de litigância e da eficiência da gestão judiciária. Nesse sentido, a Nota Técnica CIJDF n.º 8/2022 explora a taxa de reversibilidade sob outra perspectiva.

A hipótese delineada é de que a elevada probabilidade de reversão dos julgados sobre a matéria seja um dos fatores a desencadear a alta taxa de recorribilidade das sentenças condenatórias com penas-base fixadas acima do mínimo legal. Essa hipótese, a princípio, mostrou-se verossímil na medida em que prévia consulta ao percentual de reversibilidade das apelações criminais, em que o apelado é o Ministério Público, apresentou resultado com índice elevado, em torno de 40%, conforme se verifica dos dados abaixo:

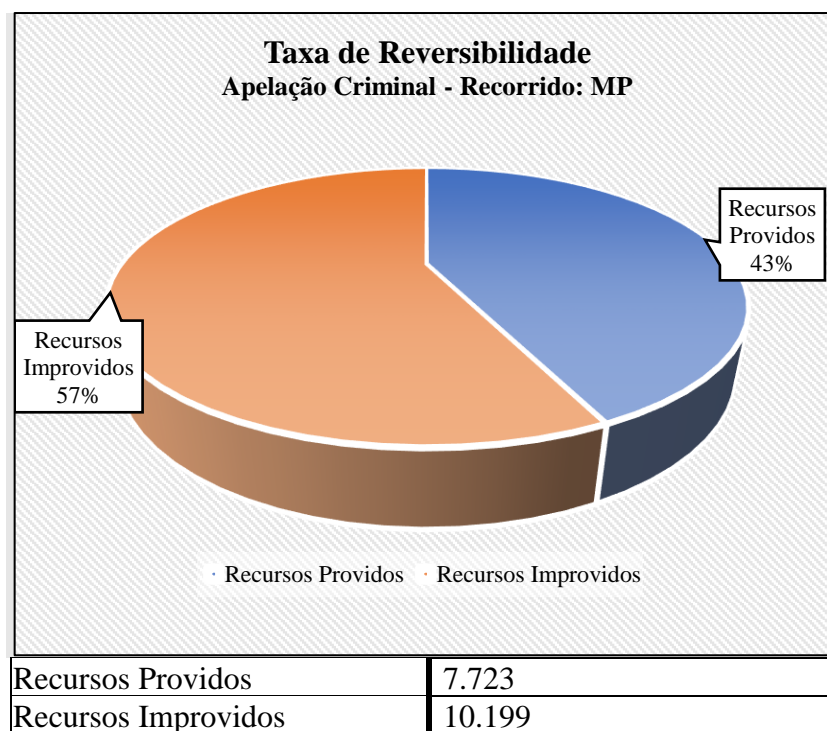


Gráfico 1. Fonte e elaboração: CIJDF/TJDFT.

Estudo que reforça a hipótese levantada foi realizado por Sorrentino (2022, p. 53), que aponta no universo selecionado – os três Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Brasília – que, do total de recursos interpostos pela defesa 30,87% foram providos e, entre os recursos providos, 66% tinham como objeto a dosimetria da pena.

Cumprido elucidar que, no processo criminal, após a instrução, comprovadas a autoria e a materialidade, o magistrado procede à aplicação da pena, que “é ato discricionário

juridicamente vinculado. O juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentro deles poderá fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da pena” (MASSON, 2020, p. 393).

Com espeque no art. 68 do Código Penal, a pena privativa obedece ao critério trifásico. Na primeira fase, fixa-se a pena-base, com apoio nas circunstâncias judiciais. Na segunda fase, aplicam-se as atenuantes e as agravantes (pena provisória). Na terceira fase, observa-se a incidência das causas de aumento ou de diminuição. Após percorrer as três fases, chega-se à pena definitiva aplicada ao delito praticado.

O presente estudo está adstrito aos critérios de fixação da pena-base, ou seja, a pena que é fixada como ponto de partida, para o caso em concreto, na primeira fase da dosimetria, quando esta é regida pelo art. 59, II, do Código, cujo teor indica que o juiz, atendendo às circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, comportamento da vítima, motivos, circunstâncias e consequências do crime), estabelecerá, conforme seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, a quantidade de pena aplicável entre as cominadas.

Nota-se que, entre os parâmetros estabelecidos no preceito secundário de cada crime – pena mínima e máxima cominadas ao tipo penal em abstrato –, reside a discricionariedade regrada do magistrado que, na análise do caso em concreto, fundamentadamente, estipula a quantidade da pena-base.

Nesse contexto, observa-se o alto grau de subjetividade que reside a temática, o que, por um lado, é salutar para que o magistrado concretize, no caso, a individualização da pena-base, de forma justa e proporcional. Por outro lado, tal subjetividade pode ocasionar, na prática, hipóteses semelhantes com penas muito díspares, ensejando insegurança jurídica.

Por conseguinte, tanto doutrina quanto jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores (STJ e STF), estabelecem alguns critérios norteadores para a dosagem da pena-base “como forma de evitar a existência de sanções penais (penas) absolutamente discrepantes, quando dosadas em casos que se revelam muito similares entre si no plano fático”. Tais critérios se mostram necessários “não apenas em busca da segurança jurídica do sistema penal punitivo, mas também porque a discricionariedade atribuída ao julgador na definição da pena em concreto não pode em hipótese alguma, ser confundida com arbitrariedade” (SCHMITT, 2022, 205-206).

O Conselho Nacional de Justiça apresentou, recentemente, relatório sobre a dosimetria da pena, em que reconhece que a desproporção de penas aplicadas a pessoas condenadas “pela mesma infração penal e que se encontrem em circunstâncias idênticas, apenas em razão da adoção injustificada de critérios distintos e em desacordo com a jurisprudência consolidada e os precedentes (stricto sensu) fixados, pode vilipendiar o direito fundamental de igualdade substancial (art. 5º, CRFB/1988)” (BRASIL. Relatório GT da dosimetria da pena, 2022, p. 7).

Portanto, a fim de racionalizar o procedimento de fixação da pena-base, verificam-se na jurisprudência basicamente dois critérios aritméticos de aumento por circunstância judicial analisada desfavoravelmente, os quais são um sexto da pena mínima em abstrato e um oitavo da diferença entre as penas máxima e mínima cominadas ao tipo penal.

Essa também é a realidade da jurisprudência criminal do TJDFT, em que predomina a utilização desses dois critérios supracitados. Ocorre que a falta de uniformidade de entendimento sobre a matéria e uma elevada taxa de reversibilidade, conforme já mencionado, são fatores que servem como incentivo à interposição de recursos pelas defesas quando a pena-base exceda ao patamar mínimo. Essa lógica acaba por sobrecarregar a segunda instância criminal local.

Portanto, faz-se necessário um estudo aprofundado com o objetivo de levantar dados sobre o panorama atual da fixação da pena-base nos acórdãos criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, a fim de trazer elementos para auxiliar os magistrados em suas reflexões, bem como oferecer subsídios para suas decisões.

Nesse sentido, o relatório do CNJ aponta um dos “caminhos para o aprimoramento do processo dosimétrico no Brasil”. Na oportunidade, destacou-se, a fim de auxiliar os magistrados no exercício da jurisdição criminal, a necessidade de os tribunais terem como compromisso o estudo permanente de “compilação dos precedentes e da jurisprudência envolvendo as circunstâncias judiciais e sua valoração”. Tudo com o intuito de identificar “pontos controvertidos e induzir a sua pacificação”, contribuindo para maior segurança jurídica (BRASIL. Relatório GT da dosimetria da pena, 2022, p.127-132). É nesse contexto que se insere o presente estudo, em que se almeja:

- a) analisar juridicamente os critérios de fixação da pena-base e suas questões subjacentes (primeira fase da dosimetria da pena);
- b) fazer um levantamento dos entendimentos exarados na jurisprudência do STJ e do TJDFT acerca do tema;

c) apresentar os resultados da pesquisa realizada nos acórdãos criminais do TJDFT que abordam os critérios matemáticos de fixação da pena-base;

d) propor reflexões e diretrizes para fixação da pena-base.

2 DA ANÁLISE JURÍDICA DA QUESTÃO

2.1 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A individualização da pena, “uma conquista do iluminismo” (BITENCOURT, 1996, p. 194), possui respaldo constitucional no rol dos direitos fundamentais do art. 5º, XLVI, que prescreve que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (I) a privação ou restrição da liberdade; (II) perda de bens; (III) multa; (IV) prestação social alternativa; (V) suspensão ou interdição de direitos”.

Entende-se que a pena deve ser individualizada nas esferas legislativa, judicial e executória, evitando-se a padronização de sanção penal. Destaca-se que:

Na primeira delas, a lei “fixa para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais a importância do bem tutelado e a gravidade da ofensa, na segunda, o julgador, tendo em conta as particularidades da espécie concreta e determinados fatores previstos em lei, fixa a pena aplicável, obedecendo o marco legal; e a terceira, é a que diz respeito ao cumprimento da pena – fase da execução da pena, que é basicamente de ordem administrativa. (PRADO, 2014, p. 117).

Para a presente nota técnica, a vertente relevante é a individualização judicial, realizada pelo magistrado ou tribunal, que analisará as peculiaridades do caso concreto para fixar a quantidade de pena proporcional e adequada à lesão ao bem jurídico e a forma de seu cumprimento.

Vale dizer que “a garantia constitucional da individualização exige fundamentação de todas as opções decisórias do juiz na fixação da pena” (AGUIAR JÚNIOR, 2000, p. 960).

Dentre as três fases de fixação da pena (primeira fase - circunstâncias judiciais; segunda fase - agravantes e atenuantes; terceira fase - causas especiais de aumento ou de diminuição), nas duas primeiras não há quantidade (quer seja de aumento, quer seja de diminuição) predefinida por lei, devendo o magistrado apenas obediência aos limites máximo e mínimo previstos no tipo penal. Todavia, na terceira fase há indicação na lei da quantidade de aumento ou de diminuição da pena, podendo os referidos limites ser ultrapassados.

Na primeira fase, conforme mencionado, o art. 59 do Código Penal apresenta oito circunstâncias a serem valoradas pelo magistrado e é fundamental que assim seja, pois para que a pena seja justa e adequada ao caso concreto deve ser particularizada. Ao se atribuir a mesma

pena a situações muito díspares, além da ofensa ao princípio da individualização da pena, abala-se a segurança jurídica.

Com efeito, o Judiciário sofre críticas doutrinárias ao que se denomina de “cultura da pena mínima”, uma vez que essa postura ignora peculiaridades do caso concreto. Guilherme de Souza Nucci explicita: “Não há explicação plausível para esse comportamento generalizado do Poder Judiciário, elegendo a pena mínima como base para a aplicação das demais circunstâncias legais. Afinal, o art. 59 do Código Penal, que menciona oito elementos distintos, almeja a aplicação da pena em parâmetros diferenciados para os réus submetidos a julgamento. A padronização da pena é injusta e contrária ao princípio constitucional da individualização, de modo que é preciso alterar essa conduta ainda predominante” (NUCCI, 2006, p. 415).

Cumprе esclarecer que as críticas doutrinárias não são tecidas na perspectiva de defesa à aplicação de penas severas e desproporcionais, mas, ao contrário, no intuito de levar à reflexão a necessidade de conduta proativa do magistrado no processo da dosimetria, analisando as particularidades do delito e do agente.

A concretização de uma pena devidamente particularizada e fundamentada é imprescindível também à efetivação do princípio da segurança jurídica. Observa-se que “o direito penal não pode ter outra meta que não a de prover a segurança jurídica, posto que este deve ser o objetivo de todo o direito” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 90). É inconteste que tanto assimetrias de decisões em casos similares, quanto simetrias de decisões em casos díspares geram insegurança jurídica e ofensa ao princípio da isonomia, na medida que não se cumpre a igualdade substancial.

2.2 CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE

Há certo consenso de que “não é possível estabelecer um único critério definitivo e absolutamente engessado para dosimetria da pena”. Qualquer tentativa nesse sentido não passaria de cálculo aritmético, incompatível com a aplicação da pena, que não é temática do campo das ciências exatas (SCHMITT, 2022, p. 204). É inconteste a necessidade de espaço para o exercício da discricionariedade¹ do magistrado, sobretudo na valoração das circunstâncias judiciais, aferindo as especificidades do caso em concreto.

Entretanto, conforme mencionado no item 1 da presente nota técnica, a jurisprudência dos tribunais superiores, em busca de maior segurança jurídica com o intuito de racionalizar o

¹ “poder atribuído ao magistrado diante de uma opção legislativa em deixar um conteúdo de valor para apreciação do julgador no caso concreto” (BURKE, 2021, p. 121).

procedimento de fixação da pena-base, sedimentou basicamente dois critérios matemáticos: critério de valoração das circunstâncias judiciais no patamar de 1/8 e critério de valoração das circunstâncias judiciais no patamar de 1/6, que serão objeto de estudo nos itens 2.2.1 e 2.2.2.

Não se desconhece que há quem defenda o critério de fixação de 1/10 (um décimo) quando se trata de crimes de tráfico de drogas e crimes militares, embora este não seja um entendimento pacífico. Na primeira hipótese, o entendimento é respaldado no art. 42 da Lei Antidrogas, que acrescenta às oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, comportamento da vítima, motivos, circunstâncias e consequências do crime) a necessidade de valoração também da natureza e quantidade da substância ou do produto. Nessa perspectiva, seriam dez circunstâncias a serem valoradas pelo magistrado e, para cada uma negatizada, o acréscimo seria de 1/10 (um décimo) obtido da diferença entre os patamares máximo e mínimo cominados abstratamente ao tipo penal.

No que diz respeito aos crimes militares, há entendimento no mesmo sentido. Conforme disposto no art. 69 do Código Penal Militar, “para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime.” São, portanto, dez circunstâncias a serem aferidas, razão pela qual há quem defenda que o peso para cada circunstância judicial negatizada em crimes militares também deve ser de 1/10 (um décimo), nos moldes do que ocorre no crime de tráfico de drogas.

Feita essa breve ressalva, retoma-se o estudo dos critérios de 1/8 (um oitavo) e 1/6 (um sexto), que serão detalhados a seguir.

2.2.1 Um oitavo sobre o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima em abstrato

Conforme mencionado, não há critérios previamente estabelecidos em lei que disciplinem o *quantum* de aumento da pena na hipótese em que foram negativamente valoradas as circunstâncias judiciais pelo magistrado.

Embora não haja previsão legal nesse sentido, depreende-se do disposto no art. 59 do CP a fração, consagrada pela jurisprudência, de 1/8, pois são oito as circunstâncias a serem analisadas para fixação da pena-base:

i) culpabilidade é entendida como juízo de reprovabilidade ou censura que recai sobre a conduta. Importante destacar que no contexto inserido nesta circunstância judicial, “não se estará valorando a culpabilidade que se mostrou como pressuposto à aplicação da pena”, este é um passo anterior em que se verifica a ocorrência dos elementos de culpabilidade do agente. Após, comprovado o crime, no momento da primeira fase da dosimetria, ao se analisar a culpabilidade o que de fato estará em questão é “a maior ou menor reprovação do comportamento do agente” (SCHMITT, 2022, 128-129).

ii) antecedentes retratam a vida pregressa do autor do fato delitivo em matéria criminal, de modo que, se possuir condenações criminais transitadas em julgado²², estas poderão ser utilizadas para valorar negativamente esta circunstância judicial.

iii) conduta social, “também conhecida como ‘antecedentes sociais’, é o estilo de vida do réu, correto ou inadequado, perante a sociedade, sua família, ambiente de trabalho, círculo de amizades e vizinhança, etc” (MASSON, 2020, p. 397).

iv) personalidade está atrelada tanto a qualidades morais quanto ao perfil psicológico. É uma circunstância judicial de alta complexidade de modo que, embora prescindível a existência de laudo técnico de especialista da área da saúde, o magistrado “deverá motivar sua análise em elementos concretos que demonstrem a índole negativa do agente, relacionados ao seu comportamento e modo de vida, a demonstrar sua real perversidade e periculosidade, como forma de justificar a exasperação da pena-base” (SCHMITT, 2022, p. 159).

v) comportamento da vítima “é o modo de agir da vítima que pode levar ao crime” (NUCCI, 2022, p. 413).

vi) motivos “são os fatores psíquicos que levam a pessoa a praticar o crime ou a contravenção penal”. Destaca-se que será objeto de valoração na primeira fase apenas se não configurar elementar do tipo, qualificadora, atenuante ou agravante circunstâncias de aumento ou diminuição (MASSON, 2020, p. 397).

vii) circunstâncias do crime “são os elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo. Embora envolvendo o delito” (NUCCI, 2022, p. 410). Por exemplo, nos crimes de violência doméstica, a jurisprudência costuma aceitar a análise desfavorável do vetor circunstâncias quando o crime é praticado na frente dos filhos menores do casal.

viii) consequências do crime “é o mal causado pelo crime que transcende ao resultado típico” (NUCCI, 2022, p. 411). É o caso, por exemplo, de vítima que desenvolve doença psiquiátrica pós-trauma decorrente do crime sofrido.

² Com fundamento no princípio da não culpabilidade o STJ editou a Súmula 444: “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar pena-base”. Exige-se, portanto, trânsito em julgado da condenação para configurar maus antecedentes.

Com efeito, são taxativamente oito circunstâncias judiciais, sem preponderância entre elas³. Some-se a isso o fato de que se deve obedecer aos limites mínimo e máximo contidos no preceito secundário do tipo penal incriminador, de modo que a pena-base não pode ser fixada acima da pena máxima, tampouco abaixo do mínimo legal. Diante dessas diretrizes, a lógica construída jurisprudencialmente é que para cada circunstância judicial avaliada de forma desfavorável pelo magistrado seja acrescido o valor correspondente a 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas máxima e mínima cominadas.

Em outras palavras, na hipótese do crime de roubo simples, a pena máxima é de 10 (dez) anos e a pena mínima é de 4 (quatro) anos, logo, o resultado da diferença entre elas é de 6 (seis) anos. Com base no critério em comento, a fração de 1/8 (um oitavo) incide sobre a diferença de 6 (seis) anos, resultando em 9 (nove) meses. Assim, considerando que o magistrado tenha analisado negativamente uma circunstância judicial, a pena seria de 4 anos e 9 nove meses; duas circunstâncias, 5 anos e 6 meses; três circunstâncias, 6 anos e 3 meses; quatro circunstâncias, 7 anos; cinco circunstâncias, 7 anos e 9 meses; seis circunstâncias, 8 anos e 6 meses; sete circunstâncias, 9 anos e 3 meses; oito circunstâncias, a pena máxima de 10 anos.

Assim, partindo-se da pena mínima, os aumentos ocorreram sucessivamente (na hipótese, a cada 9 meses) de acordo com a quantidade de circunstâncias desfavoráveis, de modo que a menor sanção é pena mínima cominada em lei e a maior corresponde à pena máxima. Cumpre esclarecer que, adotada essa sistemática, na prática, a pena-base não alcançaria a pena máxima porque “o comportamento da vítima nunca pode ser valorado negativamente ao acusado, pois se trata de circunstância judicial que somente pode abrandar a sua pena” (LUNARDI; REZENDE, 2021, p. 187) e a personalidade também é uma circunstância de difícil aferição pelo magistrado, conforme supracitado.

Insta salientar, ainda, corrente que defende o termo médio como “escudo contra o risco de excesso, ou seja, de ofensa ao princípio da proporcionalidade na individualização da pena” (BOSCHI, 2014, p. 188). O termo médio é a soma da pena mínima com a pena máxima abstratamente cominadas dividida por dois. Na hipótese do roubo, o termo médio seria fruto da seguinte operação:

³ Ricardo Schmitt afirma que “restou sedimentado na jurisprudência dos tribunais que para os crimes previstos na parte especial do Código Penal não haverá qualquer critério de preponderância ser observado entre as circunstâncias judiciais, eis que não houve qualquer previsão expressa nesse sentido pelo artigo 59 ou em qualquer outro dispositivo legal encartado na parte geral do Código Penal; ao revés, para os crimes definidos em leis penais extravagantes poderá haver critério de preponderância a ser observado no momento da valoração das circunstâncias judiciais para fins de fixação da pena-base, desde que expressamente previsto pelo legislador na respectiva lei penal especial” (SCHMITT, 2022, p. 212).

$$\text{Termo médio} = \frac{\text{pena mínima} + \text{pena máxima}}{2}$$

no caso do crime de roubo:

$$\text{Termo médio} = 4 \text{ anos (pena mínima)} + 10 \text{ anos (pena máxima)} = 14 \text{ anos} \div 2 = \mathbf{7 \text{ anos}}$$

Equação 1. Elaboração: CIJDF/TJDFT

Assim, de acordo com os defensores dessa corrente, a pena-base no crime de roubo simples não poderia exceder a 7 anos, ainda que hipoteticamente a totalidade das circunstâncias tenha sido avaliada de forma negativa ao réu. Parte-se do pressuposto de que a progressividade da pena é inerente ao sistema trifásico, de modo que fixar a pena-base acima do termo médio afrontaria esse sistema. (BOSCHI, 2014, p. 188).

Entretanto, cumpre esclarecer que este entendimento não encontrou grande ressonância nos tribunais, sobretudo no STJ, que hoje tem adotado predominantemente em sua jurisprudência os critérios de 1/8 (um oitavo) – sem a limitação do termo médio – e 1/6 (um sexto).

2.2.2 Um sexto sobre a pena mínima em abstrato

O critério de 1/6 (um sexto) decorre do entendimento de que o aumento oriundo da análise desfavorável de uma circunstância judicial não pode ser superior ao advindo de uma agravante e há um consenso jurisprudencial de que 1/6 (um sexto) é a fração a ser observada na segunda fase. Veja-se:

Inexiste na jurisprudência dos tribunais qualquer patamar (valor) que se revele como sendo absoluto e intransponível para se estabelecer a censura máxima de uma circunstância judicial negativa. No entanto, pelo fato de os Tribunais Superiores terem firmado o entendimento de que, na ausência de valores definidos pelo legislador para as atenuantes e agravantes, a fração paradigma mínima ideal de valoração é 1/6 (um sexto) para a segunda fase do processo de aplicação da pena, o referido patamar (1/6) tem aparecido com maior frequência nos julgados como sendo aquele que motivadamente, o juiz sentenciante pode (e deve) alcançar quando registrar uma maior relevância (desvalor) para determinado vetor desfavorável (negativo) (SCHMITT, 2022, p. 214)

A questão subjacente desse entendimento, defendido por parcela da doutrina, é a hierarquia das fases da dosimetria da pena. Há um descompasso, sob a ótica da progressividade, de “uma circunstância judicial ter patamar de valoração superior ao aplicado na segunda ou na terceira fase do sistema trifásico de aplicação da pena” (SCHMITT, 2022, p. 214).

Nessa perspectiva, o maior aumento pela incidência de uma circunstância judicial desfavorável ao condenado seria de 1/6 (um sexto). Assim, o critério de 1/8 (um oitavo), por

ser uma fração menor, a princípio não apresentaria grande resistência aos defensores dessa corrente, pois o aumento estaria logicamente inferior ao aumento de $1/6$ (um sexto).

Ocorre que esta não é a regra. Embora seja contraintuitivo, observa-se, na prática, na maioria dos casos concretos, o aumento da fração de $1/8$ (um oitavo) superior ao de $1/6$ (um sexto) porque as frações recaem sobre parâmetros distintos. O cálculo da fração de $1/8$ (um oitavo), conforme explicitado no item 2.2.1, incide sobre o resultado da diferença entre a pena máxima e mínima cominadas, ao passo que a fração de $1/6$ (um sexto) incide sobre o valor da pena mínima em abstrato.

Vale dizer que o parâmetro do intervalo entre a pena mínima e a pena máxima em abstrato “vai resultar em penas mais altas somente quando a diferença entre a pena máxima e a pena mínima for superior a pena mínima” (BRASIL. Relatório GT da dosimetria da pena, 2022, p. 21).

Insta salientar que esses parâmetros sobre os quais incidem as frações $1/6$ e $1/8$ são os comumente utilizados na jurisprudência e confirmados na recente pesquisa realizada pelo CNJ sobre dosimetria da pena. Com efeito, entre os juízes que responderam à referida pesquisa, os “que adotam a fração de um oitavo a aplicam mais frequentemente sobre o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima cominada. Em outro giro, entre aqueles que aplicam a fração de um sexto, a incidência se dá mais frequentemente sob a pena mínima cominada” (BRASIL. Relatório GT da dosimetria da pena, 2022, p. 21).

Considerando o exemplo do roubo simples, $1/6$ (um sexto) de 4 (quatro) anos (pena mínima) são 8 (oito) meses, valor inferior aos 9 (nove) meses oriundos do cálculo decorrente do critério de $1/8$ (um oitavo).

Conforme dados extraídos do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – Sisdepen, no que diz respeito à quantidade de incidências por tipo penal de janeiro a junho de 2022, a realidade prisional do Distrito Federal é a seguinte: 49,49% dos presos são decorrentes do cometimento de crime contra o patrimônio; 19,46%, crimes referentes às Leis Antidrogas (6.368/1976 e 11.343/2006); 15,92%, crimes contra pessoa; 6,93%, decorrem de outros crimes previstos na legislação específica (por exemplo, posse ou porte ilegal de arma de fogo, tortura, homicídio culposo em condução de veículo); 4,89%, referem-se a crimes contra dignidade sexual; seguidos de outros (contra fé pública, administração pública e paz pública) com percentuais sem expressividade (BRASIL, Sisdepen – Dados estatísticos do sistema penitenciário, 2022, p. 4).

Nesse cenário, ao analisar os três grandes grupos de crimes responsáveis pelos maiores índices de encarceramento no Distrito Federal (crimes contra o patrimônio, previstos nas Leis Antidrogas e contra pessoa), os quais refletem, em certa medida, as grandes demandas processuais penais do Distrito Federal, confirma-se que o aumento por circunstância judicial desfavorável oriundo da utilização do critério de 1/8, em regra, é maior do que o advindo do critério de 1/6. Segue quadro comparativo:

AUMENTO POR CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL				
TIPO PENAL		CRITÉRIO 1/8	CRITÉRIO 1/6	
P A T R I M Ô N I O	1º Roubo circunstanciado (Art. 157, § 2º, do CP)	9 meses	8 meses	
	2º Furto qualificado (Art. 155, § 4º, do CP)	9 meses	4 meses	
	3º Roubo simples (Art. 157, <i>caput</i> , do CP)	9 meses	8 meses	
	4º Receptação (Art. 180, <i>caput</i> , do CP)	4 meses e 15 dias	2 meses	
	5º Furto simples (Art. 155, <i>caput</i> , do CP)	4 meses e 15 dias	2 meses	
	6º Latrocínio (art. 157, § 3º, II, do CP)	1 ano e 3 meses	3 anos e 4 meses	
	7º Estelionato (Art. 171 do CP)	6 meses	2 meses	
	8º Extorsão (art. 158 do CP)	9 meses	8 meses	
D R O G A S	1º Tráfico (Art. 33 da Lei 11.343/06)	1 ano e 3 meses	10 meses	
	2º Associação para o tráfico (Art. 35 da Lei 11.343/06)	10 meses e 15 dias	6 meses	
P E S S O A S	1º Homicídio qualificado (Art. 121, § 2º, do CP)	2 anos e 3 meses	2 anos	
	2º Homicídio simples (Art. 121, <i>caput</i> , do CP)	1 ano e 9 meses	1 ano	
	3º Lesão corporal (art. 129 <i>caput</i> e §1º, 2º, 3º e 6º)	129, <i>caput</i> :	1 mês e 3 dias	15 dias
		129, § 1º:	6 meses	2 meses
		129, § 2º:	9 meses	4 meses
		129, § 3º:	1 ano	8 meses
		129, § 6º:	15 dias	10 dias
4º Violência doméstica (art. 129, § 9)	4 meses e 3 dias	15 dias		
5º Sequestro e cárcere privado (art. 148, <i>caput</i> , do CP)	3 meses	2 meses		

Tabela 1. Elaboração: CIJDF/TJDFT

Nota-se que, diante dessa amostra de dezenove tipos penais, nos quais incidiram mais de 80% das pessoas que se encontravam presas no Distrito Federal, segundo relatório Infopen de junho de 2022, apenas no latrocínio o aumento por circunstância judicial desfavorável decorrente da utilização do critério de 1/6 é superior ao do critério de 1/8. Em números absolutos, de 21.653 crimes tentados/consumados verificados no relatório, foram identificados 241 latrocínios, que representam 1,1%. Essa amostragem confirma o que na prática é frequentemente experienciado, ou seja, em virtude dos parâmetros utilizados conjuntamente com as frações 1/6 e 1/8, os aumentos decorrentes desta última tendem a ser mais elevados (BRASIL, Sisdepen 12º Ciclo Infopen – Distrito Federal, 2022, p.13/14).

2.2.3 Dados do Conselho Nacional de Justiça sobre os critérios de fixação da pena-base

O Conselho Nacional de Justiça divulgou recentemente os dados de pesquisa empírica realizada pelo grupo de trabalho para a elaboração de diretrizes envolvendo a dosimetria da pena nos processos criminais.

A fim de diagnosticar “o panorama atual do processo dosimétrico na justiça criminal brasileira, foi elaborado formulário eletrônico aplicado a magistrados”. Mil setecentos e trinta e dois magistrados responderam a doze perguntas contidas no formulário e os resultados foram apresentados em relatório elaborado pelo CNJ (BRASIL. Relatório GT da dosimetria da pena, 2022, p.10).

É salutar para a presente nota técnica destacar os resultados da referida pesquisa no que diz respeito à primeira fase da dosimetria, notadamente quanto aos critérios utilizados para fixação da pena-base.

No que concerne à utilização de frações para valorar cada uma das circunstâncias judiciais por ramo da Justiça, os dados levantados demonstram que, na Justiça estadual, 58.1% responderam que sempre utilizam fração como referência; 23,8%, frequentemente; 5,9%, raramente; 12,2%, nunca (BRASIL. Relatório GT da dosimetria da pena, 2022, p. 15).

Dentre os que responderam que nunca utilizam fração como referência, a justificativa mais indicada como motivo para tanto foi: “Tenho total discricionariedade para valorar cada vetor (circunstância judicial), sem vinculação a critérios meramente matemáticos” (BRASIL. Relatório GT da dosimetria da pena, 2022, p. 16).

Os dados revelam, ainda, que entre os respondentes da pesquisa 50,3% utilizam a fração de 1/8 (um oitavo) para valoração de cada uma das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. O segundo maior índice refere-se à fração de 1/6 (um sexto), apontada por

28,2% dos respondentes. Destaca-se que 16,5% informaram não usar nenhuma fração como referência.

A frequência de utilização da fração também foi outro fator questionado, revelando que “os respondentes que fazem uso da fração um oitavo são aqueles que, em maior porcentagem, afirmaram aplicar sempre essa mesma fração” (BRASIL. Relatório GT da dosimetria da pena, 2022, p. 17).

Entre os magistrados que responderam que utilizam frações, 50,7% entendem que deve incidir sobre a pena mínima cominada; 44,6% concordam que deve incidir sobre o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima cominada em abstrato; e 3,7% afirmam que deve incidir sobre o intervalo entre a pena mínima cominada e o termo médio. Destaca-se que entre os participantes da Justiça estadual, o TJDFT aparece como terceiro tribunal com o maior percentual – 68,6 % – de magistrados que entendem ser adequada a incidência sobre intervalo entre pena mínima e pena máxima cominada (BRASIL. Relatório GT da dosimetria da pena, 2022, p. 19/20).

O relatório aponta “que a opção pelo intervalo assegura proporcionalidade com a escala penal estabelecida pelo legislador, enquanto a opção pela incidência sobre a pena mínima cinge-se a esta, ignorando a pena máxima” (BRASIL. Relatório GT da dosimetria da pena, p. 21).

Quanto aos critérios de fixação da pena-base, o relatório finaliza correlacionando a fração utilizada e a adequação de sua incidência. Destaca, como mencionado no item 2.2.2, que os respondentes da pesquisa que adotam a fração de 1/8 (um oitavo) a aplicam frequentemente sobre o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima cominada, ao passo que com aqueles que aplicam a fração de 1/6 (um sexto) a incidência ocorre com mais frequência sobre a pena mínima cominada (BRASIL. Relatório GT da dosimetria da pena, 2022, p. 21-22).

3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

3.1 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É de importante relevo avaliar e identificar o cálculo da primeira fase da dosimetria da pena sob a ótica dos tribunais superiores, sobretudo, do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que é o responsável por propiciar uniformidade à interpretação de lei federal no Brasil e por serem seus acórdãos norteadores das instâncias iniciais.

No que concerne aos critérios de fixação da pena-base, o STJ, tendo por escopo a discricionariedade vinculada do julgador e o princípio da proporcionalidade, admite como

aumento da pena-base, por circunstância judicial desfavorável, tanto a fração de 1/8 (um oitavo) entre o mínimo e o máximo da pena em abstrato, quanto 1/6 (um sexto) da pena mínima em abstrato. De igual modo, aceita a não adoção de critério matemático, desde que haja fundamentação idônea e concreta.

Ademais, o STJ já manifestou que o réu não possui direito subjetivo à adoção de alguma fração específica de exasperação para cada circunstância judicial desfavorável, seja ela de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base, seja de 1/8 (um oitavo) do intervalo entre as penas mínima e máxima ou mesmo outro valor. Tais frações são parâmetros aceitos pela jurisprudência do STJ, mas não se revestem de caráter obrigatório, exigindo-se apenas que seja proporcional o critério utilizado pelas instâncias ordinárias.⁴

Confirmam-se a esse respeito recentes julgados do STJ:

[...] 1. A respeito da dosimetria da reprimenda, vale anotar que sua individualização é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, às Cortes Superiores é possível, apenas, o controle da legalidade e da constitucionalidade na dosimetria.

2. "A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito." (AgRg no REsp 143071/AM, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015). Isso significa que não há direito subjetivo do réu à adoção de alguma fração específica para cada circunstância judicial, seja ela de 1/6 sobre a pena-base, 1/8 do intervalo supracitado ou mesmo outro valor. Tais frações são parâmetros aceitos pela jurisprudência do STJ, mas não se revestem de caráter obrigatório, exigindo-se apenas que seja proporcional o critério utilizado pelas instâncias ordinárias.

[...] (AgRg no REsp n. 1.996.583/RN, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022.)”.

[...] 5. Inexiste, na espécie, ilegalidade no procedimento dosimétrico. Os vetores da culpabilidade e das consequências do crime foram justificados em elementos concretos, devidamente extraídos dos autos. Além disso, a jurisprudência desta Corte vem advertindo que o julgador não está vinculado a rígidos critérios matemáticos para a exasperação da pena-base, pois isso está no âmbito da sua discricionariedade, embora, ao fazê-lo, deva fundamentar com elementos concretos da conduta do acusado, inexistindo direito subjetivo do réu à utilização das frações de 1/6 sobre a pena-base, 1/8 do intervalo entre as penas mínima e máxima ou mesmo outro valor, porquanto o que se exige das instâncias ordinárias é a fundamentação concreta e adequada, além da proporcionalidade na exasperação da pena, o que foi observado no caso em tela. [...] (AgRg no AREsp n. 2.142.170/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 22/9/2022.)

[...] 1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada

⁴ AgRg no REsp 1951442/PE, relator: ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe 29/11/2021.

flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

2. Não há um critério matemático para a escolha das frações de aumento em função da negativação dos vetores contidos no art. 59 do Código Penal, sendo garantida a discricionariedade do julgador para a fixação da pena-base, dentro do seu livre convencimento motivado e de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Acerca do tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem aplicado critérios que atribuem a fração de 1/6 sobre o mínimo previsto para o delito para cada circunstância desfavorável; a fração de 1/8 para cada circunstância desfavorável sobre o intervalo entre o mínimo e o máximo de pena abstratamente cominada ao delito; ou ainda a fixação da pena-base sem nenhum critério matemático, sendo necessário apenas nesse último caso que estejam evidenciados elementos concretos que justifiquem a escolha da fração utilizada, para fins de verificação de legalidade ou proporcionalidade. Precedente. (HC n. 751.984/RJ, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 29/11/2022.)

[...] VI - O entendimento atualmente dominante nesta Corte é de que não há um critério matemático absoluto, predominando uma discricionariedade regrada e motivada também neste ponto. Diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador.

Deveras, tratando-se de patamar meramente norteador, que busca apenas garantir a segurança jurídica e a proporcionalidade do aumento da pena, é facultado ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada, adotar quantum de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior desvalor do agir do réu. [...] (AgRg no HC n. 737.545/PE, relator Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 26/8/2022.).

Como se observa, a Quinta e a Sexta Turmas do STJ, ao tratarem sobre a primeira fase da dosimetria da pena, consolidaram seus entendimentos de forma uníssona para considerarem válida a adoção tanto do critério de 1/8 (um oitavo) do intervalo entre as penas máxima e mínima cominadas ao tipo penal, quanto do critério de 1/6 (um sexto) da pena mínima em abstrato.

Importante destacar que, em linhas gerais, em seus diversos acórdãos, o STJ ressalta que a dosimetria da pena não é mera operação aritmética em que critérios matemáticos se aplicam de forma impositiva tal como se caracterizam as normas de natureza cogente. Registra-se que o caso concreto pode ensejar a aplicação de critério diverso dadas as circunstâncias em que ocorreu o crime ou se as condições pessoais do réu assim permitirem.

Nessa seara, os aludidos parâmetros de fixação da pena-base servem de balizas para verificação da proporcionalidade da dosimetria da pena, pois, no momento de sua decisão o juízo sentenciante deverá ter por base as circunstâncias fáticas do caso concreto e as particularidades subjetivas do réu.

Todavia, a jurisprudência atual do STJ representa uma evolução quanto às frações utilizadas para fixação da pena-base, uma vez que, em parte de decisões, datadas do ano de 2021 e de anos anteriores, a referência para a fixação da pena-base era a fração de 1/6 (um

sexto) da pena mínima abstratamente cominada ao tipo penal para cada circunstância judicial negativa. A título exemplificativo, colacionam-se os seguintes excertos de acórdãos:

[...] 1. A exasperação da pena basilar, pela existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve seguir o parâmetro de 1/6 (um sexto) para cada vetorial valorada negativamente, fração esta que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, salvo a apresentação de elementos concretos, suficientes e idôneos que justifiquem a necessidade de elevação em patamar superior.[...] (AgRg no AREsp n. 1.816.037/GO, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 30/9/2021.)”.

[...] 3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Diante disso, a exasperação superior à referida fração, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial. Precedentes. [...] (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.952.203/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 20/9/2021.)”.

Precedentes nesse sentido motivaram advogados de defesa a pleitearem a adoção da fração de 1/6 (um sexto) da pena mínima, não só em sede de alegações finais como também em razões recursais, fazendo com que a discussão sobre a temática tivesse palco nos tribunais de justiça. Desse modo, neste Tribunal de Justiça a problemática acerca da fração de aumento para cada circunstância judicial negativa passou a ser tema recorrente gerando divergências de entendimentos quanto ao critério mais adequado para a fixação da pena-base.

Todavia, como visto, o entendimento do STJ modificou-se. O critério de 1/6 (um sexto) da pena mínima não é mais adotado como o único adequado para a negativação de cada circunstância judicial negativa, uma vez que o critério de 1/8 (um oitavo) da diferença entre a pena mínima e máxima definida para o tipo penal também passou a ser mencionado em decisões como critério aceito pelos tribunais de justiça. Nesse sentido:

[...] 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, na primeira fase da dosimetria, a adoção do critério de aumento de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo das penas mínima e máxima previstas no tipo penal, para cada vetorial desabonadora, revela-se proporcional e adequado (ut, AgRg no AREsp n. 2.073.621/DF, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe de 22/8/2022).[...] (AgRg nos EDcl no AREsp n. 2.139.545/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022.)

Avaliado o panorama da jurisprudência do STJ quanto aos critérios de exasperação da pena-base por circunstância judicial negativa, é importante verificar e estudar o impacto dessas decisões na jurisprudência deste Tribunal de Justiça, conforme se verá no tópico seguinte.

3.2 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

O entendimento anterior do STJ contribuiu para que, neste TJDFT, o tema da fração de fixação da pena-base em decorrência da avaliação negativa das circunstâncias judiciais não seja unânime entre as turmas e inclusive na própria Câmara Criminal.

A Câmara Criminal deste Tribunal, ao julgar Embargos Infringentes e de Nulidade (EIR nº 02172760820118070001), pronunciou-se, no ano de 2021, por maioria, afirmando que prevalece neste Tribunal o critério de 1/8 (um oitavo) da diferença entre a pena máxima e mínima cominada ao tipo penal.

A relatora designada, ao conduzir a divergência, destacou que: a) o legislador não determinou a aplicação de qualquer critério lógico ou matemático para a fixação da pena-base; b) a jurisprudência compreende que a mera adoção de parâmetros matemáticos, por meio de fórmulas, são insuficientes para atender ao princípio da individualização da pena, bem como ao princípio da proporcionalidade e da vedação da proteção deficiente; c) tem prevalecido na Câmara Criminal o entendimento de que se aplica para cada circunstância judicial a fração de 1/8 (um oitavo) entre a diferença entre a pena mínima e máxima cominada ao crime; d) o critério de 1/8 (um oitavo) é o que melhor atende ao princípio da individualização da pena e da proporcionalidade, tendo em vista que, nos casos em que as circunstâncias forem consideradas em sua totalidade desfavoráveis ao réu, a pena ficará próxima do valor máximo, situação que não ocorreria com a utilização do critério de 1/6 (um sexto) da pena mínima, pois, ainda que a totalidade das circunstâncias judiciais seja considerada de maneira negativa ao réu, a pena-base resultaria em um valor muito abaixo do máximo cominado ao tipo penal; f) tanto a fração de 1/6 (um sexto) quanto a de 1/8 (um oitavo), ou fração diversa pode ser adotada desde que em consonância com o princípio da individualização da pena, da proporcionalidade e da fundamentação das decisões judiciais.

O relator originário do recurso, ao fundamentar seu voto, asseverou que: a) existe divergência jurisprudencial entre a adoção do critério de 1/6 (um sexto) e 1/8 (um oitavo); b) o Código Penal não estabelece limite máximo e mínimo para a exasperação da pena-base para cada circunstância judicial negativada; c) ausente a previsão legal de qualquer critério matemático, a jurisprudência passou a aceitar a adoção da fração de 1/6 (um sexto) e de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância judicial desfavorável; d) o STJ e o TJDFT passaram a utilizar a fração de 1/6 (um sexto) da pena mínima para exasperar cada circunstância judicial desfavorável; e e) o uso de fração superior a 1/6 (um sexto) só seria viável diante de fundamentação idônea baseada na situação concreta que justificasse a adoção de critério diverso.

Nesse cenário, o julgamento no acórdão 1374967, o qual ficou assim ementado:

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE. 1/8 (UM OITAVO) SOBRE O INTERVALO ENTRE OS LIMITES MÍNIMO E MÁXIMO COMINADOS PARA O TIPO PENAL. FRAÇÃO NORTEADORA. PREVALÊNCIA DOS VOTOS MAJORITÁRIOS. I - No que diz respeito ao quantum de aumento adequado para a primeira fase da dosimetria, o legislador não impôs a observância de qualquer critério. II - A jurisprudência tem entendido por inadequada a aplicação da pena-base por meio de fórmulas matemáticas ou rígidos esquemas objetivos, devendo ser analisado o caso concreto para a devida valoração das circunstâncias judiciais e aplicação de aumento justo e adequado para reprovação e prevenção do crime. III - A mera utilização de fórmulas matemáticas para fixar a sanção penal não observa o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF/88), com desdobramento no princípio da proporcionalidade, o qual deve compreender não somente a proibição do excesso, mas também a obrigação de proteger os bens jurídicos de maneira adequada, ou seja, a proibição da proteção deficiente. IV - Considerando a ausência de critério legal, a jurisprudência sedimentou o entendimento de que é adequada a aplicação de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo entre os limites mínimo e máximo abstratamente cominados no tipo legal, para aumento da pena-base em razão da análise desfavorável de cada uma das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. V - Recurso conhecido e desprovido.

(Acórdão 1374967, 02172760820118070001, Relator: ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO, Relator Designado: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, Revisor: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Câmara Criminal, data de julgamento: 27/9/2021, publicado no DJE: 19/10/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Registre-se que, durante a exposição dos votos dos desembargadores, se arguiu acerca da necessidade de amadurecimento quanto à discussão acerca de 1/8 (um oitavo) entre os limites máximo e mínimo cominados ao tipo penal ou 1/6 (um sexto) calculado com base na pena mínima. A Corte manifestou preocupação quanto aos reflexos que, ora decisões em um sentido, ora decisões em outro, poderiam provocar no primeiro grau de jurisdição.

Ultrapassado mais de um ano desde o julgamento do mencionado EIR nº 02172760820118070001, ainda prevalece na Câmara Criminal deste Tribunal o reconhecimento da razoabilidade e proporcionalidade da adoção do critério 1/8 sobre a diferença entre as penas mínima e máxima cominadas ao delito. Confira-se:

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. ARROMBAMENTO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. COMPROVAÇÃO POR TESTEMUNHAS E VÍDEOS DO LOCAL. PENA-BASE. MAJORAÇÃO EM 1/8 (UM OITAVO). RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. EMBARGOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. 1. Embargos infringentes e de nulidade nos quais a defesa requer que prevaleça o voto minoritário para que seja decotada a qualificadora de rompimento de obstáculo e readequada a pena do embargante, observando-se o parâmetro de 1/6 a partir da pena mínima em abstrato para cada circunstância judicial desfavorável na primeira fase da dosimetria.

(...) 3. Conforme entendimento jurisprudencial prevalente considera-se proporcional e razoável aumentar a pena-base em 1/8 (um oitavo) do intervalo entre as penas, por cada circunstância judicial desfavorável, bem como a aplicação da fração de 1/6 (um sexto), no caso de atenuantes ou agravantes. 4. Embargos infringentes conhecidos e desprovidos. (Acórdão 1638101, 07341964820218070001, Relator: CESAR LOYOLA, Revisor: JOSAPHA FRANCISCO DOS SANTOS, Câmara Criminal, data

de julgamento: 9/11/2022, publicado no PJe: 23/11/2022. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

REVISÃO CRIMINAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 621, I, CPP. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXASPERAÇÃO DE 1/6 DA PENA-BASE PARA CADA UMA DELAS. INVIABILIDADE. DIFERENÇA ENTRE A PENA MÁXIMA E A MÍNIMA. AUMENTO SUPERIOR A 1/8 PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA NEGATIVA. READEQUAÇÃO. SEGUNDA FASE. INCIDÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. REDUÇÃO AQUÊM DE 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REVISÃO ADMITIDA E JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

(...) 2. Tratando-se de dosimetria da pena, prevalece no colendo Superior Tribunal de Justiça e neste egrégio Tribunal, o entendimento no sentido de que para cada circunstância judicial considerada desfavorável deve ser exasperada a pena-base na fração de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao crime, por ser razoável e proporcional.

(...) 4. Revisão criminal julgada parcialmente procedente.

(Acórdão 1602366, 07398034520218070000, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Câmara Criminal, data de julgamento: 3/8/2022, publicado no PJe: 25/8/2022. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

No mesmo sentido é o posicionamento adotado pelas Primeira e Terceira Turmas Criminais:

“(...) 4. Com relação ao quantum de exasperação, consigne-se que, na primeira fase, não se pode deixar de ressaltar que o critério majoritariamente aceito por esta egrégia Corte de Justiça estabelece que as circunstâncias judiciais devem ser sopesadas com base na fração de 1/8 (um oitavo) da diferença entre a pena mínima e a máxima cominadas abstratamente ao delito.

[...] (Acórdão 1648277, 07397737520198070001, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 1/12/2022, publicado no PJe: 21/12/2022. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. ESCALADA. CONCURSO DE AGENTES. REPOUSO NOTURNO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL. AVALIAÇÃO DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO. 1/8. ADEQUAÇÃO. REGIME. INICIAL FECHADO. ADEQUADO.

(...) II - Ausente determinação legal acerca do quantum de aumento da pena-base, a par da análise desfavorável de circunstância judicial, a jurisprudência entende como norteadora a fração de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo entre os limites mínimo e máximo abstratamente cominados no tipo legal.

[...] (Acórdão 1650311, 07007428620228070019, Relator: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, 3ª Turma Criminal, data de julgamento: 7/12/2022, publicado no PJe: 21/12/2022. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

(...) 3. Para o estabelecimento da quantidade da pena-base, o Código Penal determina que o julgador fixe o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, dentro dos limites previstos abstratamente no tipo penal, tendo a jurisprudência firmado a orientação de aplicar-se a fração imaginária de 1/8 (um oitavo) sobre a quantidade de pena encontrada entre as penas mínima e máxima do tipo penal incriminador para valorar cada circunstância judicial, pois, por serem 8 (oito) as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, estaria atendida a proporcionalidade.

4. Apelação desprovida. (Acórdão 1650029, 07228321020208070003, Relator: ASIEL HENRIQUE DE SOUSA, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 7/12/2022, publicado no PJe: 19/12/2022. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS. CABIMENTO. DOSIMETRIA. COEFICIENTE DE 1/8 SOBRE O INTERVALO ENTRE AS PENAS MÍNIMA E

MÁXIMA ABSTRATAMENTE COMINADAS AO DELITO. PENA INTERMEDIÁRIA. HIERARQUIA DAS FASES. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL. SENTENÇA MANTIDA.

(...) 3. Considerando a ausência de critério legal, a jurisprudência sedimentou o entendimento de que é adequada a aplicação de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo entre os limites mínimo e máximo abstratamente cominados no tipo legal para a fixação da pena-base em razão da análise desfavorável de cada uma das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

(...) 6. Recurso conhecido e desprovido.

(Acórdão 1644033, 07069407620218070019, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, 3ª Turma Criminal, data de julgamento: 24/11/2022, publicado no PJe: 7/12/2022. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Em sentido diverso, acórdãos oriundos da Segunda Turma Criminal deste Tribunal consagram que o parâmetro razoável é a utilização da fração de 1/6 (um sexto) da pena mínima para exasperação da pena-base, para cada circunstância judicial considerada desfavorável. Os argumentos que subsidiam a adoção do critério de 1/6 (um sexto) adotam por premissa que essa é a fração adotada pelo STJ e que mais beneficia o réu. É o que se extrai dos seguintes excertos:

[...] PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. (...). 3. Dosimetria redefinida para se adequar à proporção de 1/6 (um sexto) da pena mínima em abstrato por circunstância judicial desfavorável na primeira fase da dosimetria.

[...] (Acórdão 1650178, 07167662620218070020, Relator: ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 7/12/2022, publicado no PJe: 24/12/2022. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

[...] 4. Consoante entendimento jurisprudencial com o qual coaduno, no cálculo da pena-base é cabível a aplicação da fração de 1/6 (um sexto) sobre a pena mínima cominada ao tipo penal, para cada circunstância judicial analisada negativamente. Na hipótese, necessária a redução da pena-base determinada na instância a quo para que o acréscimo, em razão dos maus antecedentes, se amolde ao patamar recomendado e mais favorável ao réu. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido. (Acórdão 1650060, 07417840920218070001, Relator: JOSAPHA FRANCISCO DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 7/12/2022, publicado no PJe: 20/12/2022. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

[...] 3. O Superior Tribunal de Justiça considera proporcional a fração de 1/6 (um sexto) de aumento, a partir da pena mínima em abstrato, para cada circunstância judicial desfavorável, salvo se houver fundamento específico para a elevação em fração superior.

[...] (Acórdão 1644592, 00043633020158070003, Relator: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 24/11/2022, publicado no PJe: 5/12/2022. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Em linhas gerais, verifica-se que o critério de 1/8 (um oitavo) do intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao tipo penal para cada circunstância judicial negativa prevalece na Primeira e Terceira Turmas Criminais e Câmara Criminal. Em contrapartida, apesar de a atual jurisprudência do STJ considerar razoáveis e proporcionais os critérios de 1/8 (um oitavo) e 1/6 (um sexto), ou até mesmo critério diverso, desde que

devidamente motivado; tal alteração ainda não se refletiu na maioria dos julgados da Segunda Turma Criminal do TJDFT, que mantém como um dos argumentos para a aplicação da fração de 1/6 (um sexto) a utilização desse critério pelo STJ, sem considerar a possibilidade de manutenção das penas-base em que se tenham adotado critérios diversos deste.

Embora as turmas criminais do TJDFT adotem em seus acórdãos os critérios aceitos pelo STJ, a divergência entre elas quanto à fração adequada (1/6 ou 1/8) gera dissonâncias que dificultam a orientação e a observância pelos juízes de primeiro grau, a uniformização do entendimento e favorece maior manejo de recursos com o objetivo de se ter aplicada fração de exasperação da pena-base que mais favoreça o réu, ou o manejo de recursos pelo Ministério Público de modo a fazer incidir critério mais gravoso para cada circunstância judicial desfavorável.

Sob a ótica do princípio da segurança jurídica, a uniformização do entendimento das turmas criminais, permitiria melhor orientação aos juízos de 1º grau, com potencialidade de repercussão no quantitativo de recursos com o objetivo de ter a pena-base reformada.

4 CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS: RESULTADOS DA PESQUISA REALIZADA NOS ACÓRDÃOS CRIMINAIS ENTRE 1.1.2021 E 30.06.2022

4.1 CRITÉRIOS UTILIZADOS NA PESQUISA

Diante da necessidade de realização de diagnóstico acerca da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, no que diz respeito aos critérios de fixação da pena-base, foi elaborada pesquisa em acórdãos publicados entre 01.01.2021 e 30.06.2022 pelas turmas criminais, turmas recursais e Câmara Criminal.

O intuito principal da pesquisa foi identificar o comportamento desses órgãos criminais em relação à utilização dos dois principais critérios utilizados, quais sejam, 1/6 (um sexto) da pena mínima em abstrato e 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo da pena máxima e da pena mínima em abstrato.

Para tanto, a Coordenadoria de Doutrina e Jurisprudência – CODJU deste Tribunal realizou a pesquisa em duas etapas, utilizando os seguintes argumentos de pesquisa: 1ª etapa - ("um sexto" ou "1/6") ("circunstancias judiciais" ou "circunstancia judicial") (pena adj1base), 2ª etapa - ("um oitavo" ou "1/8") ("circunstancias judiciais" ou "circunstancia judicial") (pena adj1base).

A pesquisa “1/6”⁵ retornou 656 (seiscentos e cinquenta seis) acórdãos e a pesquisa “1/8” 486 (quatrocentos e oitenta e seis) acórdãos totalizando 1142 (mil cento e quarenta e dois) acórdãos para análise. Desse montante foram identificados e excluídos 220 (duzentos e vinte) acórdãos duplicados (aqueles que apareceram nas duas pesquisas), resultando 922 (novecentos e vinte e dois) acórdãos únicos.

Após análise dos 922 (novecentos e vinte e dois) acórdãos, identificou-se que alguns deles apresentavam a utilização de mais de um critério para fixação da pena-base no mesmo acórdão. Desse modo, esses casos excepcionais foram computados mais de uma vez, perfazendo o quantitativo final de 957 (novecentos e cinquenta e sete) registros. Cumpre esclarecer que, embora incomum a utilização de mais de um critério na primeira fase da dosimetria, esses casos se deram em razão da multiplicidade de réus, multiplicidade de crimes ou sopesamento diferenciado entre as circunstâncias judiciais.

Ressalva-se que, nas hipóteses de acórdãos contendo apenas um critério, ainda que com múltiplos réus e/ou crimes, esses foram contabilizados somente uma vez – como um único registro.

Diante da análise dos acórdãos criminais, constatou-se, tal como mencionado no item 2.2.2, que o critério de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo da pena máxima e da pena mínima em abstrato normalmente resulta em penas mais altas que o critério de 1/6 (um sexto) da pena mínima. O resultado desse estudo pode ser apresentado com base na análise das seguintes subcategorias:

1. REDUÇÃO da pena para aplicar critério de 1/6;
2. REDUÇÃO da pena para aplicar critério INFERIOR a 1/6;
3. MANUTENÇÃO da pena: critério 1/6;
4. MANUTENÇÃO da pena: critério INFERIOR a 1/6;
5. AUMENTO da pena para aplicar o critério de 1/6;
6. REDUÇÃO da pena para aplicar o critério de 1/8;
7. REDUÇÃO da pena para aplicar critério INFERIOR a 1/8;
8. MANUTENÇÃO da pena: critério de 1/8;
9. MANUTENÇÃO da pena: critério INFERIOR a 1/8;

⁵ Ressalta-se que sempre que se fala critério de 1/6 ou critério de 1/8, quer dizer critério de 1/6 (um sexto) da pena mínima ou critério de 1/8 sobre o intervalo da pena máxima e da pena mínima em abstrato. Suprimiram-se os parâmetros para fins de clareza textual.

10. MANUTENÇÃO da pena: critério SUPERIOR a 1/8;
11. AUMENTO da pena para aplicar o critério de 1/8;
12. AUMENTO da pena para aplicar critério SUPERIOR a 1/8.

Os 957 (novecentos e cinquenta e sete) registros foram inseridos nas correspondentes subcategorias supracitadas e os dados serão analisados no item abaixo.

4.2 RESULTADOS DA PESQUISA

Considerando o total de 957 registros, o Gráfico 2 demonstra o percentual/quantitativo de registros existentes em cada uma das subcategorias identificadas na análise dos dados.

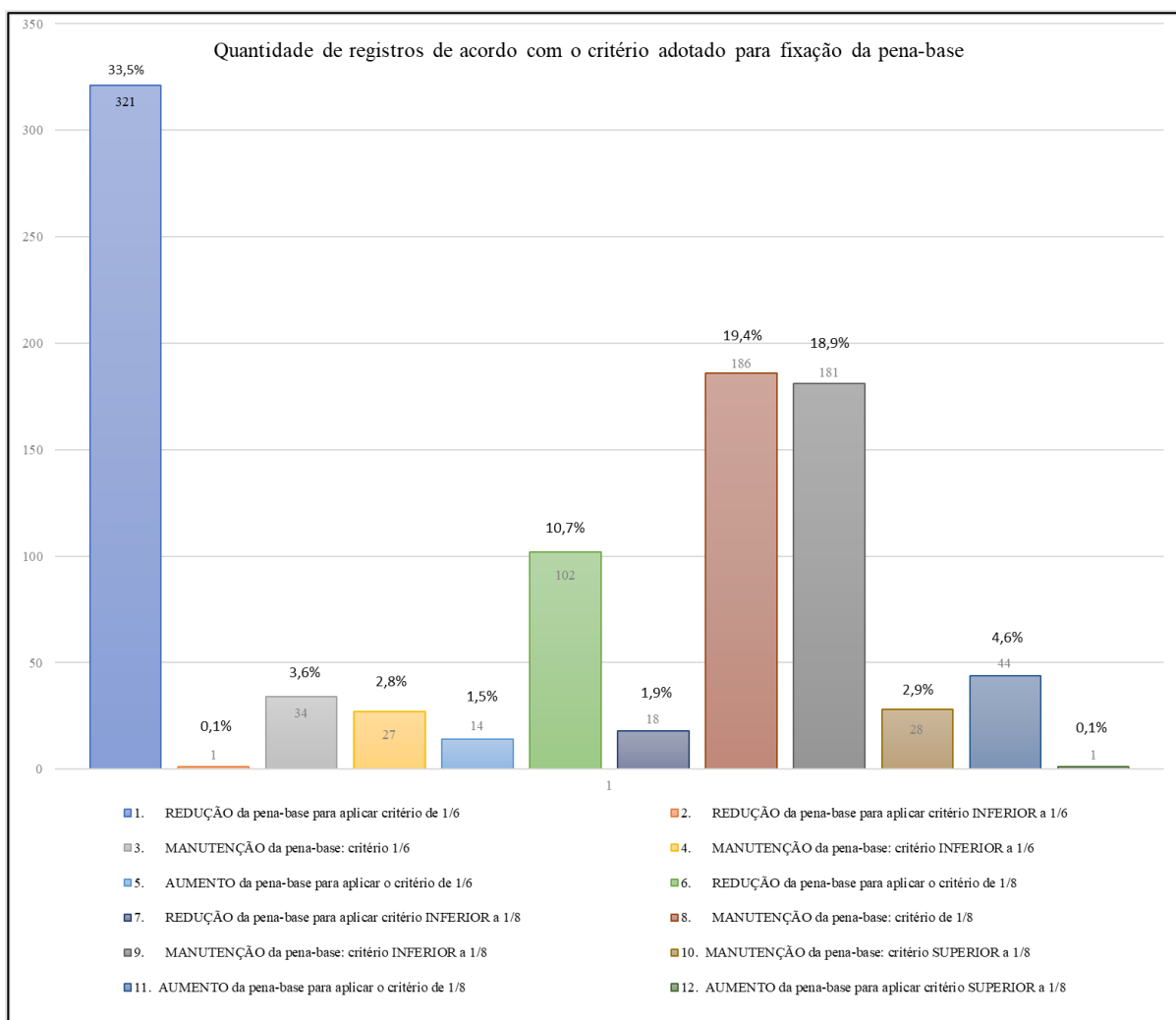


Gráfico 2. Fonte: CODJU/TJDFT. Elaboração: CIJDF/TJDFT.

A maior quantidade encontrada, 321, que representa o percentual de (33.5%), refere-se a registros de redução da pena para aplicar o critério de 1/6. O quantitativo é alto comparado aos demais, mas há uma justificativa para tanto. A análise dos acórdãos revelou que grande parte dos recursos são exclusivos da defesa, em busca da redução da pena por meio da utilização

de critério mais benéfico ao réu, que em regra é a fração de 1/6 para cada circunstância penal negativa.

O segundo e terceiro maiores percentuais apresentados são respectivamente 19,4% dos registros, em que foi mantido o critério de 1/8 fixado na sentença e 18,9% dos registros, em que a pena-base foi mantida em patamar inferior ao critério de 1/8. Cumpre ressaltar que, na composição deste último percentual, com frequência foi observada a reserva de entendimento pela adoção do critério de 1/8, por alguns desembargadores, diante da impossibilidade de aumento de pena quando a sentença é impugnada exclusivamente pela defesa. Todo esse cenário evidencia a polarização acerca da temática na segunda instância em matéria criminal do TJDFT.

Os dados analisados demonstram que 38% dos registros informam a aplicação do critério de 1/6, ao passo que 35% relatam a incidência de 1/8. A análise estanque dos dados aparenta um leve predomínio do critério de 1/6, o qual não se confirma na análise global. Parte considerável da composição dos 27% de registros que reportam a aplicação de critério diverso advém do terceiro maior percentual (181 registros, item 9, Gráfico 2), no qual os desembargadores que adotam o critério de 1/8, nos recursos exclusivos da defesa, ressalvam o seu entendimento, conforme supramencionado. Nessa perspectiva, o critério de 1/8 predomina.

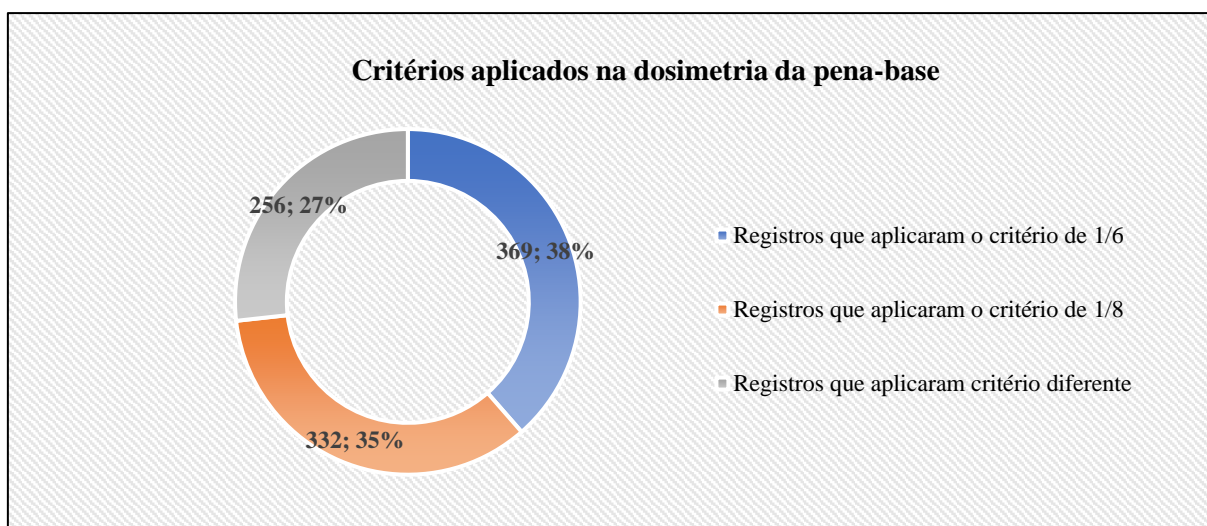


Gráfico 3. Fonte: CODJU/TJDFT. Elaboração: CIJDF/TJDFT.

No que diz respeito aos registros que adotaram o critério de 1/8, o maior percentual (56%) é de decisões que mantiveram as penas-base que originariamente já haviam adotado este critério, ao passo que 31% reduziram e 13% aumentaram as penas-base para aplicar o critério de 1/8.

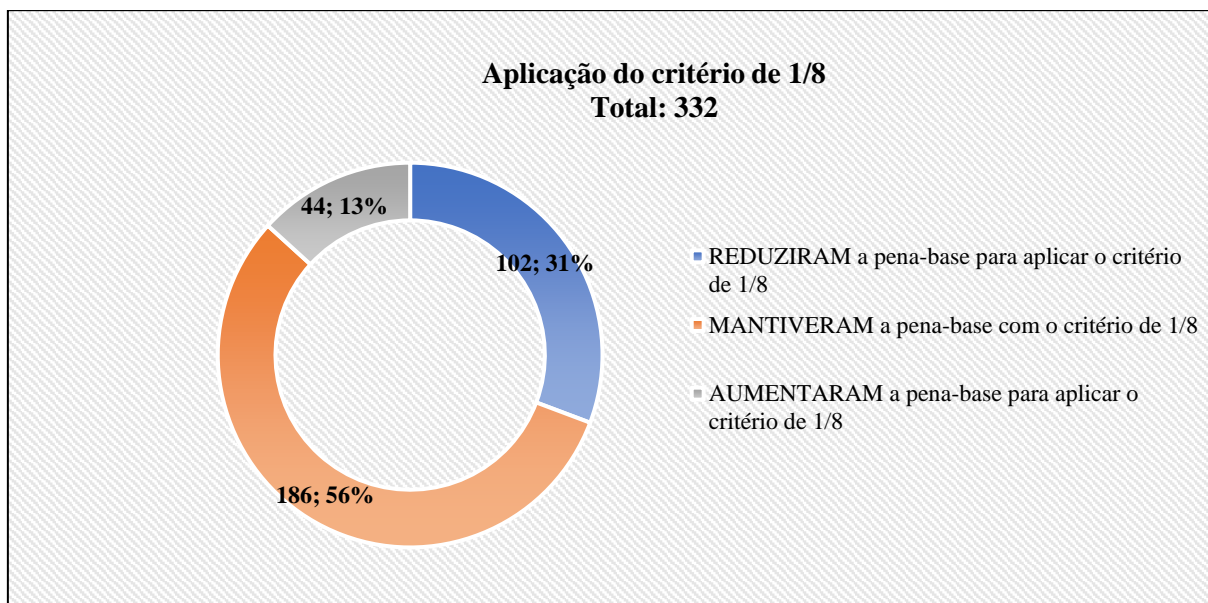


Gráfico 4. Fonte: CODJU/TJDFT. Elaboração: CIJDF/TJDFT.

Se, por um lado, o maior percentual referente à utilização do critério de 1/8 está relacionado com decisões de manutenção das penas-base fixadas no primeiro grau; por outro lado, o cenário refletido pelos percentuais que apontam a adoção do critério de 1/6 é diametralmente oposto. Na composição do gráfico dos registros que aplicaram critério de 1/6, nota-se que 87% se referem às reformas das decisões de primeiro grau para reduzir as penas-base. 9% foram para manutenção e 14% foram para aumento da pena-base.

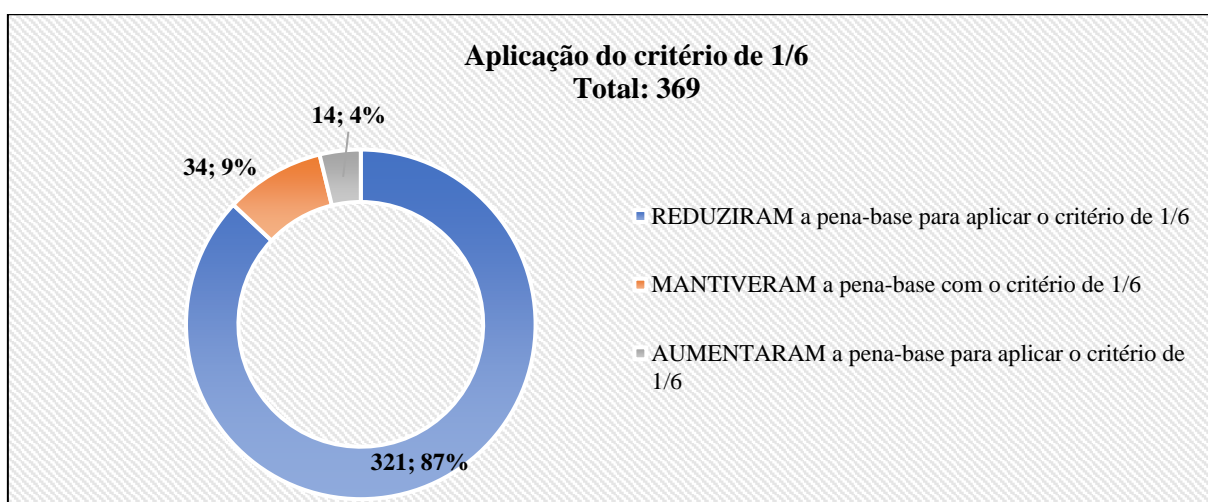


Gráfico 5. Fonte: CODJU/TJDFT. Elaboração: CIJDF/TJDFT.

Importante destacar que, tanto na análise do critério de 1/6, como na do critério de 1/8, os menores percentuais dizem respeito ao aumento da pena-base. Esses percentuais revelam um

dado de realidade sensível na prática que é o largo predomínio de recursos da defesa em comparativo com os da acusação.

Outra questão a ser destacada é quanto aos registros que adotaram critério diverso de 1/8 e de 1/6. Verifica-se que os três maiores percentuais dessa amostra são de manutenção das penas-base da sentença - 71% mantiveram pena-base com critério inferior a 1/8; 11% mantiveram pena-base com critério superior a 1/8; e 11% mantiveram pena-base com critério inferior a 1/6.

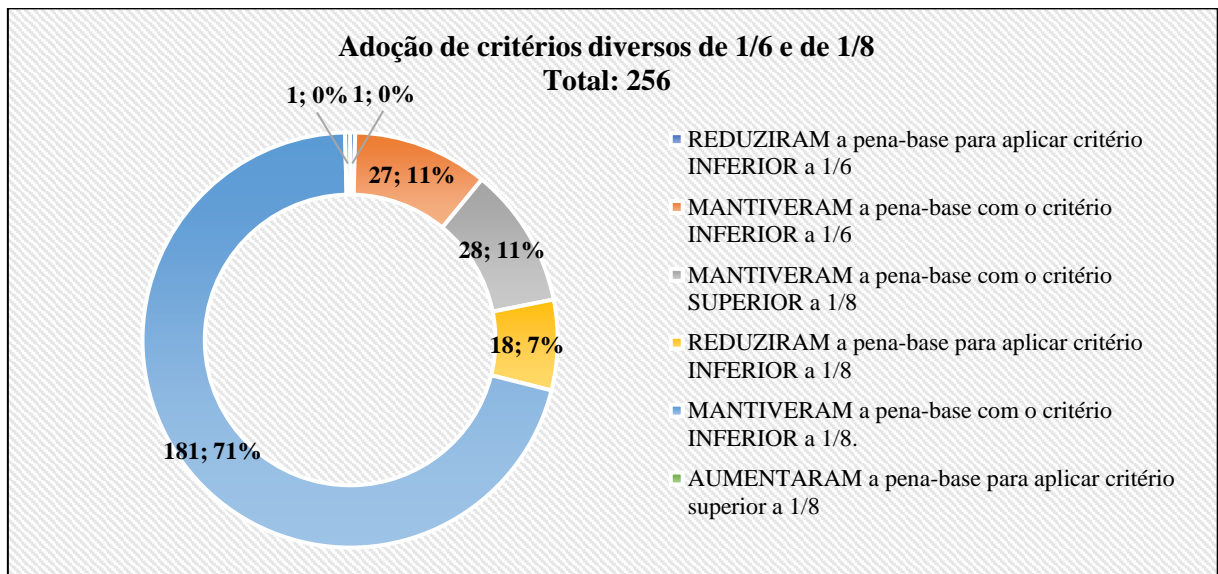


Gráfico 6. Fonte: CODJU/TJDFT. Elaboração: CIJDF/TJDFT.

Dentre todos os registros analisados, 48% mantiveram a pena-base fixada pelo juiz de primeiro grau, 46% reduziram a pena-base e 6% aumentaram a pena-base, conforme demonstra o Gráfico 7 abaixo:

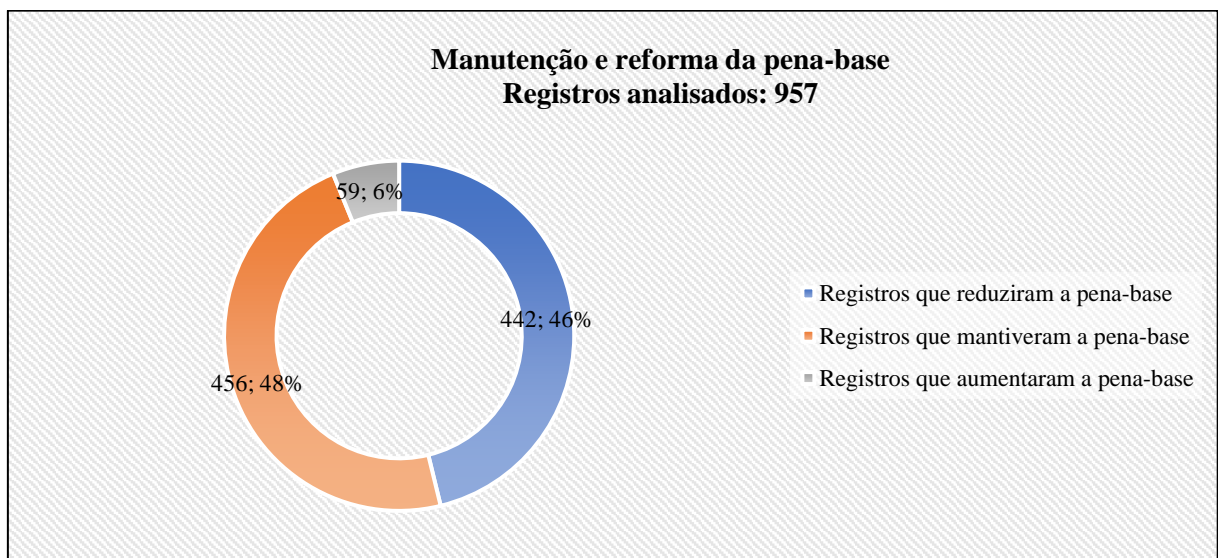


Gráfico 7. Fonte: CODJU/TJDFT. Elaboração: CIJDF/TJDFT.

Dáí resulta uma taxa de reversibilidade de 52%, a demonstrar que mais da metade dos recursos foram providos para reformar as penas-base fixadas pelos magistrados de primeira instância. Esse cálculo é realizado da seguinte forma:

$$\frac{\text{Soma de todos os registros que reduziram ou aumentaram a pena – base}}{\text{Quantidade total de registros da amostra}}$$

Equação 2. Elaboração: CIJDF/TJDFT

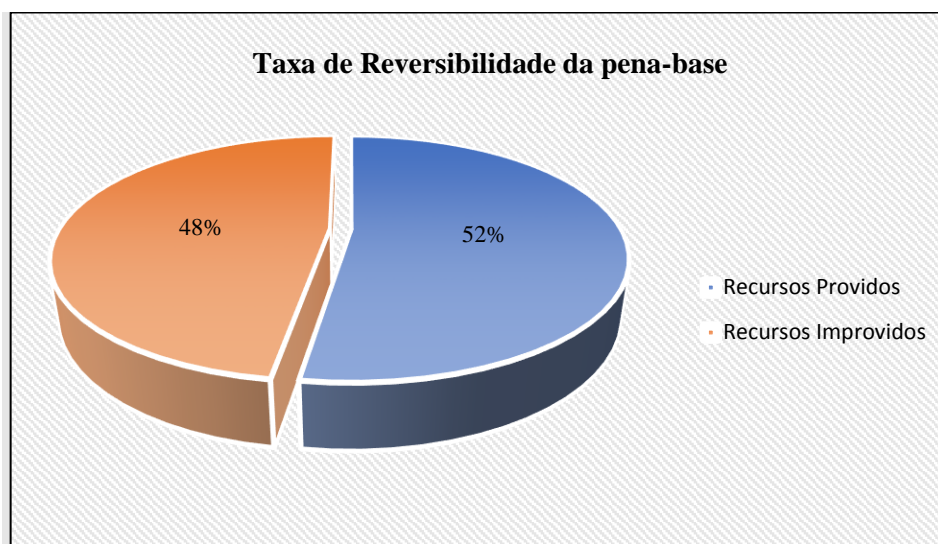


Gráfico 8. Fonte: CODJU/TJDFT. Elaboração: CIJDF/TJDFT.

A análise da composição da taxa de manutenção revela que as sentenças que adotaram o critério de 1/8 para fixação da pena-base tiveram maior índice de confirmação em segunda instância (40,8%).

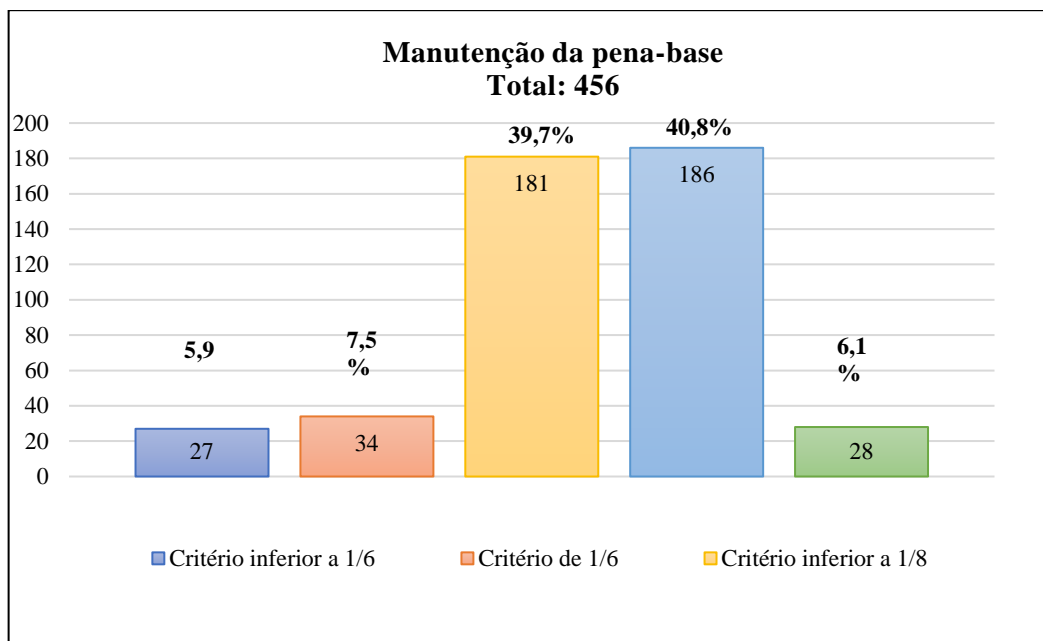


Gráfico 9. Fonte: CODJU/TJDFT. Elaboração: CIJDF/TJDFT.

Por outro lado, dentro da taxa de reversibilidade, a composição referente aos 46% dos acórdãos em que houve redução de pena (Gráfico 7), o maior impacto está no índice de reforma para aplicação do critério de 1/6 – 72,6%.

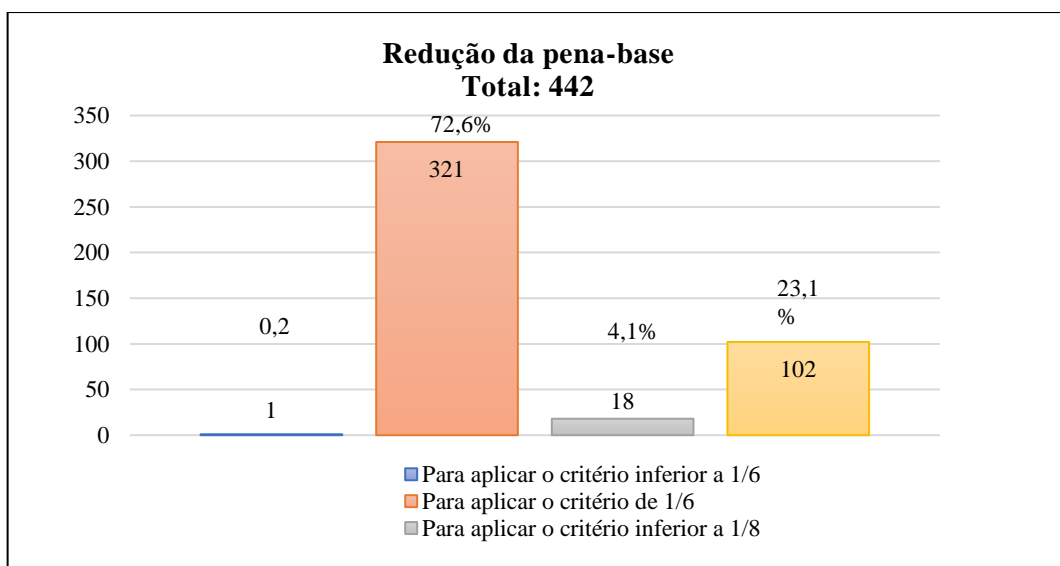


Gráfico 10. Fonte: CODJU/TJDFT. Elaboração: CIJDF/TJDFT

Por fim, dentre os registros que aumentaram a pena, que representam um quantitativo diminuto, pelas razões expostas, 74,6% foram para aumentar a pena para aplicar o critério de 1/8.

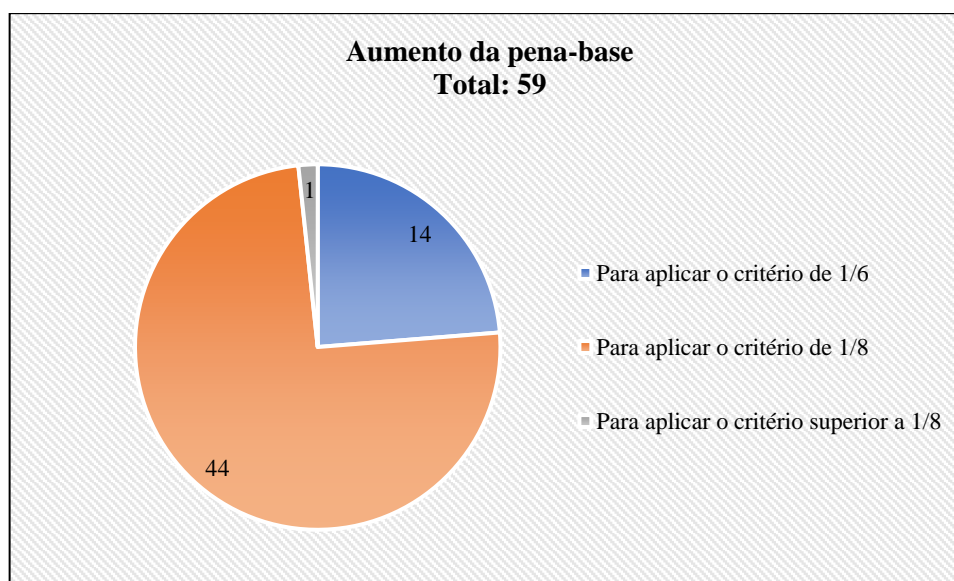


Gráfico 11. Fonte: CODJU/TJDFT. Elaboração: CIJDF/TJDFT

CONCLUSÃO

O estudo da presente nota técnica revelou que a jurisprudência do STJ e a doutrina seguem no sentido de que, presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu (art. 59, CP), não há regra matemática absoluta a determinar o quantitativo de aumento da pena base, fazendo-se, em qualquer caso, necessária a fundamentação. Ou seja, o *quantum* do aumento da pena-base em vista das circunstâncias desfavoráveis ao condenado faz parte da discricionariedade vinculada do julgador. Desde que haja fundamentação idônea e concreta, é válida a adoção do critério de 1/8 sobre o intervalo entre o mínimo e o máximo da pena em abstrato, a adoção do critério de 1/6 sobre a pena mínima, ou mesmo a adoção de outro critério, que não utilize uma fórmula matemática exata.

Entretanto, a adoção de forma absoluta de um ou outro critério por cada órgão fracionário da segunda instância criminal pode gerar, na prática, decisões díspares em casos similares ou decisões similares em casos díspares. Daí, observa-se um problema, sobretudo na ótica da justiça criminal, pois acarreta insegurança jurídica na tutela de um direito extremamente sensível que é a liberdade.

O cenário delineado na pesquisa desta nota técnica é de polarização no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Câmara, Primeira e Terceira Turmas Criminais, prioritariamente, aderem ao critério de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo da pena mínima e máxima previstas no tipo penal, ao passo que a Segunda Turma Criminal majoritariamente aplica 1/6 (um sexto) da pena mínima em abstrato.

Entretanto, uma análise mais acurada dos dados revela o predomínio do critério de 1/8 (um oitavo), o qual tem sido validado pela jurisprudência do STJ e apontado no relatório do CNJ como critério que assegura proporcionalidade com a escala penal estabelecida pelo legislador. Ademais, a jurisprudência do TJDFT demonstra que a fração de 1/8 incide em regra sobre o parâmetro consistente no intervalo entre a pena mínima e a pena máxima em abstrato.

Dadas essas premissas, para fins de uniformização, resguardadas a discricionariedade dos magistrados e a excepcionalidade de casos peculiares, sugere-se que prioritariamente seja adotado o critério de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima em abstrato para valoração de cada uma das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

Acrescente-se, mais uma vez, que é pressuposto do princípio da individualização da pena a fundamentação das escolhas decisórias do magistrado no processo dosimétrico. Desse modo, verifica-se a importância de constar expressamente nas decisões (sentenças/acórdãos) quais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP foram valoradas na primeira fase, qual o critério e qual o parâmetro adotado no cálculo da pena-base.

A consonância de entendimentos é desejável para que se evitem insegurança jurídica - decisões discrepantes em casos similares – e recursos inócuos. A devolutividade aos tribunais de apelação deve ficar adstrita a questões que não sejam pacíficas nas instâncias superiores. No caso, o STJ tem entendimento firme no sentido de que, desde que devidamente fundamentada a sentença, ambos critérios matemáticos são admissíveis para determinar o *quantum* da pena-base, ou mesmo outros critérios que reflitam as peculiaridades de cada caso.

Com efeito, faz-se necessário o estabelecimento de diretrizes mínimas que preservem “um importante vetor de orientação: se todos são iguais perante a lei, também devem sê-lo perante a jurisprudência” (BRASIL. Relatório GT da dosimetria da pena, 2022, p. 35). E o ideal de excelência na prestação jurisdicional a ser buscado perpassa necessariamente pela segurança jurídica e pela previsibilidade das decisões judiciais. Para tanto, é desejável a uniformidade de entendimento proposta na presente nota técnica, sem qualquer prejuízo ao comando do art. 93, IX, da Constituição Federal ou à discricionariedade do julgador na avaliação das peculiaridades de cada situação concreta.

DIRETRIZES

Ante o exposto, o CIJDF sugere:

1. a formação de grupo de trabalho, no âmbito deste Tribunal, para acompanhamento dos precedentes e jurisprudência envolvendo circunstâncias

judiciais e sua valoração nos termos do que propõe o relatório do CNJ (BRASIL. Relatório GT da dosimetria da pena, 2022, p.132).

2. o encaminhamento da presente nota técnica, por meio do Gabinete da Presidência, ao Comitê do PJe, a fim de que seja verificada a viabilidade de criação de complementos para o andamento processual, sentença/procedência/parcial procedência a fim de que se proceda ao levantamento dos critérios utilizados para fixação da dosimetria da pena. Sugere-se a inclusão das seguintes opções:

- quantidade de pena aplicada;
- critério para fixação da pena-base:
 - ✓ 1/8 sobre o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima;
 - ✓ 1/6 sobre a pena mínima;
 - ✓ Outro;

3. o encaminhamento da presente nota técnica, por meio do Gabinete da Corregedoria, a todos os magistrados do primeiro grau, especialmente os de competência criminal; bem como a todos os servidores, especialmente para aqueles que atuam em unidades judiciais de competência criminal;

4. o encaminhamento da presente nota técnica, por meio do Gabinete da Presidência, a todos os desembargadores e juízes de direito substitutos em segundo grau;

5. o encaminhamento, por meio da COCIJDF, da presente nota técnica ao Centro de Inteligência do Poder Judiciário – CIPJ, para ciência e providências, em atenção ao art. 2º, inciso VII, da Resolução 349, do CNJ;

6. ampla divulgação da presente nota técnica pela Assessoria de Comunicação Social.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado de. Aplicação da pena. Revista brasileira de ciências criminais, RBCCrim 32/2000, 2000. *In*: FRANCO, Alberto Silva. NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas essenciais Direito Penal**, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. O arbítrio judicial na dosimetria penal. Revista dos Tribunais. RT 723/1996, 1996. *In*: FRANCO, Alberto Silva. NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas essenciais: Direito Penal**, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Relatório GT da Dosimetria da Pena**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v5.pdf> . Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN 12º Ciclo - INFOPEN Distrito Federal, 2022**. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/DF/df-junho-2022.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN. **Dados estatísticos do sistema penitenciário**. Quantidade de incidências por tipo penal - período de janeiro a junho de 2022 – por tipificação no Distrito Federal. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiY2Q3MmZlNTYtODY4Yi00Y2Q4LWFIZDUtZTcwOWI3YmUwY2IyIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 19 dez. 2022.

BURKE, Anderson. Os critérios matemáticos de quantificação da pena-base. p.105/121. In: BEDÊ Jr **Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade individualização e proporcionalidade**. Américo Gabriel Silveira Campos. Salvador: Juspodvm 2021.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Taxa de Recorribilidade, Taxa de Reversibilidade e Eficiência Judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, p. 1–23, 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31820/pdf>>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2023.

LUNARDI, Fabrício Castagna. REZENDE, Luiz Otávio. **Curso de sentença penal: técnica, prática e desenvolvimento de habilidades**. 5. ed. Salvador: Juspodvm, 2021.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**.13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: teoria e prática**.16. Ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

SORRENTINO, Luciana Yuki F. **Taxa de Reversibilidade: Estudo de Caso na Seara das Sentenças Criminais e da Dosimetria da Pena.** Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça, v. 8, n. 2., p. 49-61, 2022.

ZAFFARONI Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** v.1 São Paulo RT.2010.

Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios CIJDF

Grupo Decisório

Des. Angelo Passareli

Primeiro Vice-Presidente do TJDFT e Presidente do CIJDF

Juiz Caio Brucoli Sembongi

Representante da Presidência

Juíza Marília Garcia Guedes

Representante da Primeira Vice-Presidência

Juiz David Doudement Campos Joaquim Pereira

Representante da Segunda Vice-presidência

Juíza Clarissa Menezes Vaz Masili

Representante da Corregedoria

Juíza Luciana Yuki F. Sorrentino

Coordenadora do CIJDF

Juíza Cristiana Torres Gonzaga

Coordenadora do CIJDF

Grupos Temáticos

Juíza Paula Afoncina Barros Ramalho

Coordenadora do Grupo Temático de Direito Criminal

Juíza Acácia Regina Soares de Sá

Coordenadora do Grupo Temático de Direito Público

Juiz Arthur Lachter

Coordenador do Grupo Temático de Direito Privado

Equipes Técnicas

Coordenadoria do Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal - COCIJDF

Caio Pompeu Monteiro Barbosa

Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona

Marília Limongi de Castro

Flávio Pimenta de Souza

Núcleo de Gestão da Informação do Centro de Inteligência - NUGICI

Philippe Teixeira Campos

Lorenzo Goulart Rodrigues Silva

Anderson Evangelista Silva

Unidades de apoio à elaboração da Nota Técnica

Coordenadoria de Sistemas e Estatísticas da Primeira Instância - COSIST
Coordenadoria de Gestão dos Sistemas da 2ª Instância – CGSIS
Coordenadoria de Doutrina e Jurisprudência – CODJU