



**A PENA-BASE E A JUSTIFICAÇÃO INTERNA DE SUA FUNDAMENTAÇÃO: UM ESTUDO CRÍTICO SOBRE O CRITÉRIO IDEAL ADOTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**THE BASIC-PENALTY AND THE INTERNAL JUSTIFICATION OF ITS FOUNDATION: A CRITICAL STUDY ABOUT THE IDEAL CRITERIA ADOPTED BY THE SUPERIOR TRIBUNAL OF JUSTICE**

NEWTON TORRES DOS SANTOS CRUZ\*

**Resumo**

Este trabalho aborda o contexto de justificação interna da sentença penal condenatória, durante a primeira fase da dosimetria da pena, à luz da teoria da argumentação jurídica padrão. Analisa-se a aplicação da pena-base em sentenças judiciais proferidas por juízes de distintos tribunais (TJMG e TJRJ), tomando como base os critérios ideais aceitos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em busca da racionalidade lógico-ideal oculta no processo de justificação interna da pena fixada. Utilizando-se do raciocínio dedutivo, pretende-se desenvolver uma crítica sobre os referidos parâmetros com o intuito de revelar um silogismo que possa ser aplicado universalmente na primeira fase da dosimetria da pena, em consonância com os princípios constitucionais da individualização das penas e da proporcionalidade. Conclui-se que a justificação interna na fixação da pena-base deve operar mediante um raciocínio lógico baseado em premissas universais verdadeiras que necessariamente conduzem a uma conclusão igualmente verdadeira.

**Palavras-chave:** Argumentação jurídica; Justificação interna; Fundamentação; Pena-base; Critérios ideais.

**Abstract**

This paper focuses on the internal justification context of the penal sentence, during the first phase of the penalty dosimetry, according to the standard theory of legal reasoning. It analyzes the application of the basic-penalty in judicial sentences uttered by judges of different Courts (TJMG and TJRJ), based on ideal criteria accepted by the Superior Tribunal of Justice (STJ), searching for the logical-ideal rationality hidden in the process of the internal justification of the fixed penalty. By using the deductive method, it intends to develop a critical analysis of the mentioned parameters with the purpose of revealing a syllogism which is able to be universally applied in the first phase of the penalty dosimetry, in accordance with the constitutional principles of the penalty individualization and proportionality. It concludes that the internal

\* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Mestre em Estudos da Linguagem pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Bacharel em Direito pela Universidade Potiguar – UNP. Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal do Amapá – UNIFAP. Área de atuação: Direito Penal e Processual Penal. E-mail: newtoncruz@unifap.br





justification of the basic-penalty must operate through a logical reasoning based on true universal premises which necessarily lead to an equally true conclusion.

**Keywords:** Legal reasoning; Internal justification; Foundation; Basic-penalty; Ideal Criteria.

## 1. INTRODUÇÃO

De acordo com a teoria da argumentação jurídica padrão, o discurso jurídico é dotado de uma parte dedutiva, que pode ser avaliada em função de sua justificação interna, além de uma fundamentação pragmática, também denominada de justificação externa. A justificação interna diz respeito à validade ou invalidade do argumento composto de premissas jurídicas e fáticas. A justificação externa, por sua vez, refere-se à justificação das próprias premissas, cujo teor poderá ser verdadeiro ou falso. O que se pretende discutir neste trabalho é o papel do contexto de justificação interna na dosimetria da pena, operação esta que sucede a da justificação externa das circunstâncias judiciais.

Para tanto, à luz do pensamento de autores como Manuel Atienza, Jerzy Wróblewsky, Neil MacCormick, Robert Alexy e Fábio Shecaira, discutiremos inicialmente os conceitos de justificação interna e externa na sentença penal condenatória, particularmente, na fixação da pena-base.

Em seguida, com o intuito de compreendermos como se dá a justificação da pena concreta contida na decisão judicial, analisaremos a aplicação da pena em duas sentenças proferidas por juízes de distintos tribunais, Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), tomando como base os parâmetros de fixação da pena-base aceitos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Por fim, desenvolveremos uma crítica sobre os referidos parâmetros com o intuito de revelar um argumento dedutivo baseado em um critério ideal que possa ser aplicado universalmente na primeira fase da dosimetria da pena, sem prejuízo do poder discricionário judicial na fixação da pena, em respeito aos princípios constitucionais da individualização das penas e da proporcionalidade.

## 2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A JUSTIFICAÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA





Ao julgar alguém pela prática de determinada infração penal, o juiz criminal deverá decidir, dentre outras possibilidades, se condena ou absolve o réu. Para tanto, será necessário realizar operações com base em argumentos dedutivos (justificação interna) e argumentos que vão além da lógica dedutiva (justificação externa). Para condenar o réu, utilizando-se do método dedutivo de justificação, o magistrado deverá raciocinar logicamente da seguinte forma:

- a) Quem praticar um crime – isto é, um fato típico, ilícito e culpável – deverá ser punido de acordo com a pena cominada ao crime que cometeu.
- b) Sócrates praticou fato típico, ilícito e culpável.
- c) Logo, Sócrates deve ser punido de acordo com a pena cominada ao crime que cometeu.

O segundo método de justificação diz respeito à fundamentação das premissas a serem utilizadas na operação de justificação interna. Nesse caso, após uma instrução probatória assegurada pelo direito do réu à ampla defesa e ao contraditório, o juiz formulará sua argumentação e, ao final, decidirá: a) se o fato existiu; b) se o fato constitui infração penal; c) se o réu concorreu para a infração penal; d) se existem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena. Ao final, provada a materialidade e autoria delitiva, o juiz condenará o réu e aplicará a sanção cabível.

Da mesma forma, o procedimento de aplicação da pena também exige fundamentação idônea por parte do julgador. De acordo com Schmitt (2018, p. 101), “É indispensável que o julgador deixe esclarecido como e por que chegou à fixação da pena que impôs no seu julgamento”. Assim, trata-se não só de um dever do Estado-juiz revelar a base empírica que justifica as suas conclusões, mas, sobretudo, de um direito das partes em conhecer as razões, o método e os critérios que justificam a exasperação ou não da pena, especialmente para fins recursais.

Com efeito, o juiz deverá obedecer ao critério trifásico de cálculo da pena previsto no art. 68 do Código Penal, na seguinte ordem: 1º) a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, sem prejuízo do disposto na legislação penal especial; 2º) análise das circunstâncias agravantes e atenuantes, nos termos dos arts. 61, 62, 65 e 66, todos do Código Penal, sem prejuízo do disposto na legislação penal especial; e 3º) análise das causas de diminuição e de aumento de pena previstas na parte geral e na parte especial do Código Penal, sem prejuízo do disposto na legislação penal especial.

Dessas três fases, a primeira se distingue das demais pelo tipo de análise a ser realizada pelo julgador. O art. 59 do Código Penal estabelece oito circunstâncias judiciais que deverão



ser valoradas individual e simultaneamente para fins de aplicação da pena em concreto que, por sua vez, servirá de base para a incidência dos aumentos e reduções realizados nas fases subsequentes do cálculo penal. O problema é que a lei é omissa em relação aos critérios para elevar a pena mínima a partir da valoração individualizada das circunstâncias judiciais, permitindo ao juiz do caso realizar, de forma discricionária, uma análise de natureza subjetiva. A título de ilustração, podemos citar alguns aspectos dessa omissão legal: a) ausência de limites do *quantum* de aumento pela valoração negativa de cada circunstância judicial, se a *culpabilidade* for desfavorável, por exemplo, o juiz não sabe se o aumento por essa circunstância negativa deve ser na fração 1/8 (critério ideal fixo) ou até 1/8 (critério ideal variável); b) não há previsão se o aumento deve incidir sobre a pena mínima ou sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima (“pena média”); c) também não há indicação de preponderância de algumas circunstâncias, logo o *motivo* desfavorável tem o mesmo peso de aumento que a *conduta social* desfavorável; d) falta de parâmetros para valoração de determinadas circunstâncias de conteúdo vago, tais como *personalidade* do agente e *comportamento* da vítima etc. Neste trabalho, estudaremos a justificação da fixação da pena-base em busca da sua racionalidade lógico-ideal perdida. Ou seja, nosso foco é revelar o critério ideal de aumento por cada uma das oito circunstâncias valoradas negativamente, bem como a base de cálculo sobre a qual ela é aplicada.

### 3. A JUSTIFICAÇÃO EXTERNA E INTERNA DA FUNDAMENTAÇÃO DA PENA-BASE NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

De acordo com Atienza (2003, p. 20), os julgadores de modo geral “não precisam explicar as suas decisões; o que devem fazer é justifica-las”. Utilizando a terminologia de Hans Reichenbach, o autor aduz que *explicar* e *justificar* são atividades científicas distintas, a primeira se insere no chamado *contexto de descoberta*, enquanto a segunda no *contexto de justificação*. No âmbito jurídico, podemos compreender essa distinção da seguinte forma: o *contexto de descoberta* diz respeito às razões explicativas, os motivos, de uma determinada decisão judicial (crenças religiosas, causas psicológicas, circunstâncias sociais, questões ideológicas etc.). Já o *contexto de justificação* está relacionado com as razões fáticas e jurídicas da decisão, elas servem como critério para avaliar se ato decisório é juridicamente válido ou não. Assim sendo, a decisão não precisa ser explicada, e sim justificada.



Atienza aborda o *contexto de justificação* na perspectiva da teoria padrão da argumentação jurídica, notadamente, a partir dos estudos de MacCormick e Alexy sobre como as decisões jurídicas são de fato justificadas (caráter descritivo) e, ao mesmo tempo, como deveriam ser justificadas (caráter prescritivo). A preocupação é saber sob quais condições um argumento jurídico pode ser justificado do ponto de vista formal e material, considerando que a justificação formal se dá quando o argumento é formalmente correto e a material quando, num campo determinado, o argumento é aceitável (ATIENZA, *op. cit.*, p. 22).

Com base nessa noção de justificação, Atienza (*op. cit.*, p. 39-40) afirma ser possível a formulação de esquemas de justificação baseados em argumentos dedutivos. A argumentação dedutiva se utiliza do silogismo para justificar a passagem de uma premissa normativa e de uma fática para uma conclusão normativa. Trata-se de um raciocínio lógico comumente utilizado na solução de casos simples, como ocorre na aplicação de uma pena concreta fixada nos limites mínimo e máximo da sanção abstratamente cominada na lei penal. Por outro lado, há casos mais complexos que podem exigir uma justificação fundada em argumentos externos ao sistema normativo, é o que ocorre em situações em que a lei não oferece uma resposta jurídica apropriada para a solução de determinados conflitos da relação humana.

Impõe-se destacar que a ideia de que o silogismo cumpre um papel central na argumentação jurídica ainda é motivo de controvérsia entre teóricos da argumentação jurídica. Para MacCormick (2008), o pensamento dominante entre teóricos americanos do século XX, a exemplo de John Dewey, Oliver Wendell Holmes Jr. e Karl Llewellyn, era de que os juristas deveriam abandonar a lógica da dedução de certezas por uma lógica de previsão das possibilidades. As razões para considerar que a lógica e o formalismo não teriam mais espaço no campo da argumentação jurídica estariam fundadas no caráter interpretativo do Direito, que não é uma ciência exata.

Entretanto, MacCormick (*op. cit.*, p. 44) adota uma visão diferente ao postular que “o silogismo desempenha um papel estruturante fundamental no pensamento jurídico, ainda que este não seja exaurido por essa estrutura apenas”. Nesse sentido, o autor reconhece a importância da argumentação probabilística sem negar o papel central desempenhado pela argumentação dedutiva.

MacCormick (*op. cit.*) explica que diversas situações jurídicas podem ser resolvidas pela técnica da subsunção do fato à norma, quando os advogados são capazes de relacionar sem maiores dificuldades as circunstâncias particulares do ofendido que sofreu um dano às



categorias prescritas na lei. Para ilustrar, o autor cita uma hipótese de dano causado a um consumidor pelo fato do produto defeituoso adquirido diretamente de um determinado fornecedor.

Nesse caso, considerando que a lei consumerista garante o direito do consumidor a ser indenizado em caso de dano decorrente do defeito do produto adquirido, e que essa relação de consumo é baseada, em regra, pela responsabilidade objetiva que afasta a necessidade de análise da culpa do fornecedor, a própria petição inicial é construída na forma de silogismo: a lei é a premissa maior universal e o fato, com suas circunstâncias, é a premissa menor particular, cujo argumento poderia ser representado da seguinte forma: “... se *c* for um consumidor de produtos e se *t* for um produto, e se *p* for o produtor de *t*, e se *c* sofrer um dano e se a causa do dano sofrido por *c* for um defeito em *t*, então *p* será responsável por indenizar *c*.” (MACCORMICK, *op. cit.*, p. 49).

É importante ressaltar que MacCormick reconhece que em certas situações a aplicação da lei ao caso concreto pressupõe uma argumentação interpretativa. Dessa forma, não se poderia falar em conclusões certas, mas em resultados possíveis ou prováveis determinados não apenas por um silogismo jurídico. Ainda assim, o autor insiste na necessidade da argumentação dedutiva porque é ela “que fornece a moldura dentro da qual os outros argumentos fazem sentido enquanto argumentos jurídicos” (MACCORMICK, *op. cit.*, p. 57).

Outra questão importante levantada por MacCormick é o fato de que a crítica ao silogismo jurídico encontra voz em sistemas da *common law*, que tratam os precedentes judiciais como fontes do direito. Nesses sistemas, “as regras gerais de conduta e de responsabilidade são consideradas como estando implícitas nos casos, contidas nas decisões judiciais emitidas pelos juízes ao resolvê-los” (MACCORMICK, *op. cit.*, p. 59). Por outro lado, a argumentação dedutiva encontra maior significado em sistemas codificados de *civil law*.

Considerando a relevância e a aplicabilidade do silogismo jurídico no sistema jurídico brasileiro de caráter *civil law*, passaremos a discutir o argumento dedutivo como forma de justificação que permite a análise dos fundamentos utilizados na parte dispositiva da sentença penal condenatória que trata da fixação da pena-base.

Ao tratar da justificação como forma de controle de conteúdo da decisão judicial, Wróblewsky chamou essas duas racionalidades argumentativas, respectivamente, de justificação interna e justificação externa. A justificação interna situa-se no plano da validade formal das razões que vinculam as premissas com a decisão judicial, situação na qual as



diretrizes de inferência são determinadas pela lógica jurídica. A justificação externa, por sua vez, lida com diretrizes e avaliações relacionadas com a validade das normas, com a avaliação das provas do fato e com a determinação das consequências legais desses fatos dentro das margens de decisão fornecidas (WRÓBLEWSKY, 1971, p. 417-418).

Neil MacCormick entende que essas duas formas de justificação podem operar conjuntamente em numa decisão judicial. Todavia, a justificação externa, quando exigida, lida com questões que são objeto de divergência argumentativa. Não havendo controvérsias, ou seja, se todas as questões forem pragmaticamente claras, “é possível justificar uma decisão de um modo puramente dedutivo” (MACCORMICK, *op. cit.*, p. 95).

Considerando que a argumentação dedutiva pode ser suficiente em decisões judiciais mais simples, MacCormick (*op. cit.*, p. 66) cita como exemplo a sentença no processo *Daniels v White and Tarbard*. Trata-se de um caso em que um comerciante foi responsabilizado pelo dano causado ao cliente por um produto defeituoso fornecido (uma garrafa de limonada que continha ácido carbólico). O autor explica que a noção de simplicidade sustentada na hipótese diz respeito à clareza da aplicação do Direito ao caso concreto. Em outras palavras, o caso era simples na medida em que as premissas fático-jurídicas não permitiam qualquer decisão distinta da que lhe foi atribuída pelo juiz da causa. Já o caso difícil seria aquele “no qual há fortes argumentos a favor de cada entendimento ou interpretações rivais do Direito apresentadas por ou em favor de cada uma das partes” (MACCORMICK, *op. cit.*, p. 66).

Ao interpretar MacCormick, Shecaira (2018) explica que a justificação interna está no centro da razão judicial. Nesse sentido, um juiz fundamenta a sua decisão demonstrando que ela decorre inexoravelmente de uma norma legal válida e de um conjunto de fatos provados. Também as partes que se manifestam no processo costumam estruturar suas argumentações numa forma que revela suas crenças no poder do silogismo.

Shecaira (*op. cit.*) alerta que a justificação interna no silogismo jurídico pode conter falhas e cita o fato de que em geral as premissas normativas empregam expressões vagas ou obscuras, dificultando assim a adequado subsunção do fato à norma. Quando isso ocorre, o silogismo não é válido. Ao contrário da interna, a justificação externa não pertence ao campo da validade, mas sim da aceitabilidade de suas premissas. Ela é exigida sempre que se questiona a prova que sustenta a verdade de uma premissa factual, ou sobre a validade da norma constante na premissa maior. Com efeito, o autor deixa claro que o silogismo perfeito deve ser justificado internamente e externamente.

Nessa mesma perspectiva, Alexy (2014, p. 194) define a justificação interna como sendo um atributo de argumentos dedutivos que podem ser representados a partir “dos enunciados e predicados da lógica e da lógica deôntica”. Esse esquema possui uma forma simples de fundamentação silogística e outra de maior complexidade para casos mais complicados. Pela sua adequação na representação do discurso jurídico, utilizaremos aqui a lógica deôntica para ilustrar essas duas formas de fundamentação.

1) Justificação interna simples:

- a) Quem comete um homicídio simples (Termo Médio) – isto é, quem mata outra pessoa nos termos do *caput* do art. 121 do Código Penal – deve ser castigado com a pena de prisão menor (Termo Maior).
- b) X (Termo Menor) matou Y (Termo Médio).
- c) Deve-se impor a X (Termo Menor) a pena de prisão menor (Termo Maior).

Esta primeira argumentação lógica retrata um silogismo jurídico perfeito: a) a norma legal é a premissa maior; b) a descrição dos fatos corresponde a premissa menor; e c) a aplicação da norma legal corresponde à conclusão.

2) Justificativa interna complexa:

- a) Quem comete um homicídio qualificado deve ser castigado com a pena de prisão maior.
- b) Quem mata mediante meio insidioso comete homicídio qualificado.
- c) Quem usa veneno para matar uma pessoa se utiliza de um meio insidioso.
- d) X matou Y utilizando veneno.
- e) Deve-se impor a X a pena de prisão maior.

Nesse segundo argumento, como se vê, não é possível efetuar diretamente a inferência dedutiva. Dessa forma, a justificação interna deverá estabelecer diversos passos de desenvolvimento até que a aplicação da norma ao fato não possa mais ser discutível. Logo, regras de justificação interna podem ser adicionadas para solução da questão mais complicada.

A justificação externa, por outro lado, diz respeito à fundamentação das premissas. De acordo com Alexy, as premissas no discurso jurídico podem ser divididas em três tipos: a) regras de Direito positivo que servem para mostrar a validade da norma com base em critérios do sistema; b) enunciados empíricos relacionados aos métodos das ciências empíricas, às máximas da presunção racional e às regras processuais probatórias; e c) enunciados de reformulação de normas que recorrem às regras da justificação externa (ALEXY *apud* ATIENZA *op. cit.*, p. 174).



Considerando que o foco deste trabalho é a etapa de justificação interna na dosimetria da pena, não nos ocuparemos aqui com as definições e interpretações das regras e formas da justificação externa. O importante é compreender que a fundamentação na aplicação da pena precisa ser feita de modo a determinar com a máxima precisão possível as premissas fáticas e normativas relevantes à decisão e assim possibilitar a construção de um silogismo válido e aceitável.

No que diz respeito à fixação da pena-base, que ocorre na primeira fase do cálculo da pena, a justificação tem como parâmetro as oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo diploma legal, a saber: a) culpabilidade, b) antecedentes, c) conduta social, d) personalidade do agente, e) motivos determinantes, f) circunstâncias do crime, g) consequências do crime, e h) comportamento da vítima. O juiz realiza uma análise jurídica dos fatos e provas relacionados a cada uma dessas circunstâncias e, ao final, decide se há vetores que devam ser valorados negativamente. Exemplo: a partir de uma análise sobre a existência de antecedentes criminais do agente, o juiz decide motivadamente se determinada condenação penal anterior gera ou não maus antecedentes (se a condenação anterior existente gerar reincidência, não pode a mesma condenação gerar maus antecedentes sob pena de ocorrer o *bis in idem* proibido; se a condenação anterior ainda não transitou em julgado, não pode gerar reincidência e nem maus antecedentes etc.). Se restar provada a existência de antecedentes criminais no histórico da vida pregressa do condenado, a circunstância deverá ser valorada como negativa e a pena deverá ser aumentada.

Em termos gerais, o aumento da pena nessa primeira fase está diretamente relacionado com a quantidade de circunstâncias valoradas como negativas. Logo, se nenhuma das circunstâncias for valorada como negativa, a pena-base deverá ser fixada no mínimo legal. Por outro lado, quanto maior for o número de circunstâncias judiciais desfavoráveis, maior será o aumento da pena que se afastará do mínimo legal e se aproximará do máximo da pena cominada em abstrato.

#### **4. ANALISANDO A JUSTIFICAÇÃO INTERNA DA FUNDAMENTAÇÃO DA PENA-BASE EM CASOS CONCRETOS**

Neste tópico será analisada a justificação da fixação da pena-base em duas decisões judiciais, sendo uma extraída do banco de sentenças do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro –



TJRJ (Comarca de Itaboraí, Processo nº: 0018140-33.2008.8.19.0023 - 2008.023.018343-2), e outra do repositório de sentenças do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG (Comarca de Poços de Caldas, Processo nº: 0518.10.018719-5). A escolha desses dois tribunais se deu justamente pelo fato de que ambos possuem um banco de sentenças disponível ao público, o que facilitou o acesso a diversos julgados aleatoriamente. Já a seleção das sentenças, para fins de descrição da primeira fase da dosimetria da pena e comparação critérios de cálculos utilizados por distintos julgadores, levou em consideração a aparente discrepância no percentual de aumento da pena-base resultante da quantidade de circunstâncias valoradas negativamente em cada decisão (uma com cinco e a outra com quatro). Nos chamou a atenção o fato de que a sentença que teve cinco circunstâncias judiciais julgadas desfavoráveis apresentou um percentual de aumento sobre a pena mínima significativamente inferior àquela com quatro circunstâncias negativas, como veremos a seguir.

**Tabela 1: Caso 1**

Identificação	Processo nº: 0018140-33.2008.8.19.0023 (2008.023.018343-2) Comarca de Itaboraí – Juizado Especial Adjunto Criminal Juiz: Marcelo Alberto Chaves Villa Sentença disponibilizada em 21.11.2012
Dispositivo	“Ex positis, JULGO PROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL constante da denúncia oferecida pelo Parquet para condenar (...), como incurso nas penas do 214 c/c 224, “a”, c/c 226, II, do código Penal, na redação anterior à Lei nº 12.015/09, por diversas vezes, com incidência da Lei 11.340/06, pelo que passo a aplicar a dosimetria da pena que entendo justa e necessária, observado o que dispõe o artigo 68 do mesmo diploma legal. (...). Com efeito, apesar da primariedade, como as circunstâncias judiciais referidas (antecedentes, culpabilidade, circunstâncias do crime, personalidade e consequências do crime) são desfavoráveis ao réu, fixa-se a pena-base acima do mínimo legal, a saber, 07 (sete) anos de reclusão, sendo esta a pena que considero justa e necessária para a reprovação e prevenção desta espécie de crime. (...)”.
Tipo penal	Art. 214 c/c 224, “a”, c/c 226, II, do código Penal, na redação anterior à Lei nº 12.015/09.
Pena cominada	Pena – reclusão, de 06 a 10 anos.
Circunstâncias judiciais negativas	05 (cinco): antecedentes, culpabilidade, circunstâncias do crime, personalidade e consequências do crime.
Pena-base fixada	07 (sete) anos de reclusão.

Na decisão do TJRJ o réu foi condenado por um crime contra a dignidade sexual com pena cominada de reclusão, de 06 a 10 anos. Das oito circunstâncias judiciais, o juiz considerou cinco desfavoráveis (antecedentes, culpabilidade, circunstâncias do crime, personalidade e consequências do crime). Com base nelas, fixou a pena-base em sete anos de reclusão, ou seja, aumentou a pena mínima em um ano, fixando a pena-base em **sete anos de reclusão**.



Em termos de percentual, o aumento da pena mínima foi de 16,6%. No que tange ao tempo de pena acrescido por cada circunstância, o juiz aplicou em média um aumento de 2 meses e 12 dias. Nesse caso, o aumento por cada circunstância valorada negativamente pode ser quantificado na fração exata de 1/20 aplicável sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima, isto é, 1/20 de 4 (quatro) anos.

**Tabela 2: Caso 2**

Identificação	Processo nº: 0518.10.018719-5 Comarca de Poços de Caldas/MG Juiz: Narciso Alvarenga Monteiro de Castro Sentença publicada em 08/02/2013
Dispositivo	“DIANTE DO EXPOSTO, julgo procedente a AÇÃO para CONDENAR os réus: A.C.Z., como incurso nas sanções dos artigos 15 e 16 da Lei 9.434/97; C.R.C.F. e C.R.F.S., nas penas previstas no parágrafo primeiro do artigo 14 da Lei 9.434/97 e J.A.G.B. no parágrafo único do artigo 15 da Lei 9.434/97, todos combinados com o artigo 29 do Código Penal Brasileiro, pois concorreram de algum modo para a prática dos crimes, na medida de suas culpabilidades. VII- DA DOSIMETRIA DAS PENAS Atento às diretrizes traçadas no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal e no disposto nos artigos 59 e 68, todos do Código Penal Brasileiro, passo a dosar e aplicar as penas aos réus: ACZ Para o delito do artigo 16 da Lei 9434/97 1. Quanto à culpabilidade, verifica-se que o grau de reprovabilidade do delito é elevado, extrapolando os limites da normalidade, haja vista que o réu, fazendo uso de sua profissão de médico, realizou transplantes de tecidos em desacordo com disposição legal, sem mostrar nenhuma preocupação com a infeliz vítima ou sua família; antecedentes, personalidade e conduta social indiferentes para a fixação da pena ou sem dados para avaliar; quanto aos motivos, faço um juízo negativo, mais gravoso, posto que foram os mais baixos possíveis, de auferir lucros fáceis; as consequências do delito foram graves, mais exacerbadas que o normal da espécie, extrapolando os limites da normalidade, tendo em vista o mal causado pelo réu à vítima ou à sua família e à própria sociedade, que perde a confiança em seus médicos, acreditava que não seria punido, como vinha conseguindo; a vítima não contribuiu para a prática do delito. Assim, entendo tais circunstâncias como preponderantemente desfavoráveis, fixando a pena base em 5 (cinco) anos de reclusão (...)”.
Tipo penal	Art. 16 da Lei 9434/97
Pena cominada	Pena - reclusão, de um a seis anos, (...).
Circunstâncias judiciais negativas	04 (quatro): culpabilidade, motivos, consequências do crime e comportamento da vítima.
Pena-base fixada	05 (cinco) anos de reclusão (...).

Já no TJMG, selecionamos uma condenação pelo crime previsto no art. 16 da Lei 9434/97, cuja pena privativa de liberdade cominada é de reclusão, de um a seis anos. Nesse caso, o julgador fundamentou sua valoração negativa em quatro circunstâncias judiciais (culpabilidade, motivos, consequências do crime e comportamento da vítima), fixando a pena-



base em **cinco anos de reclusão**, acrescentando assim 04 (quatro) anos à pena mínima. Considerando que por cada circunstância desfavorável foi acrescentado 1 (um) ano, a fração aplicada no caso em tela ficou no valor de 1/5 do intervalo entre as penas mínima e máxima cominadas (5 anos). Nesse caso o aumento percentual da pena mínima foi de 400%.

O fato é que, conscientemente ou não, cada juiz utilizou uma razão diferente para valorar as circunstâncias judiciais na dosimetria da pena-base. Se de um lado vimos percentuais de aumentos da pena mínima que variaram de 16% a 400%, de outro lado descobrimos frações de aumento utilizadas para valorar cada circunstância judicial no patamar variável de 1/20 a 1/5 incidente sobre o intervalo de apenamento da pena cominada. O problema é que nenhum dos juízes justifica claramente o critério de aumento da pena-base adotado em suas sentenças.

Mas afinal, será que existe uma fração ideal que possa ser aplicada universalmente como critério de aumento de pena na justificação da fixação da pena-base? Para responder a essa questão, decidimos recorrer à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que interpreta as normas de aplicação da pena do ordenamento jurídico brasileiro. No próximo tópico discutiremos os critérios ideais de fixação da pena-base aceitos pelo STJ.

## 5. ENTENDENDO OS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE EM PRECEDENTES DO STJ

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, "A aplicação da pena, na primeira fase, não se submete a critério matemático, devendo ser fixada à luz do princípio da discricionariedade motivada do juiz. Precedentes." (AgRg no REsp n. 1.785.739/PA, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28/06/2019; AgRg no AREsp 1997061/GO, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, DJe 17/2/2022). Todavia, o próprio STJ aceita dois critérios ideais de aumento para cada circunstância judicial: a) a fração de 1/6 sobre a pena mínima cominada; e b) a fração de 1/8 do intervalo entre as penas mínima e máxima cominadas. Nesse sentido é o recente julgado:

(...) 2. **Para elevação da pena-base, podem ser utilizadas as frações de 1/6 sobre a pena mínima ou de 1/8 sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima, exigindo-se fundamentação concreta e objetiva para o uso de percentual de aumento diverso de um desses.** Incidência da Súmula n. 83 do STJ. (...) (AgRg no AREsp 1942233/DF, Quinta Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgado em 24/05/2022, DJe 26/05/2022). **Grifo nosso.**



Como se vê, embora essas duas frações (1/6 e 1/8) não possam ser considerados critérios matemáticos rígidos, o STJ exige fundamentação concreta e objetiva para o uso de percentual de aumento diverso de um deles. Mas antes de discutirmos essa fundamentação concreta e objetiva para o percentual diverso, precisamos entender melhor os dois critérios judiciais aceitos, inclusive se há divergências quanto aos seus efeitos no aumento da pena.

O primeiro critério tem como parâmetro o mesmo percentual de aumento utilizado pelo STJ para cada atenuante ou agravante reconhecida na segunda fase do cálculo da pena. 1/6 é ainda o menor montante fixado para causas de diminuição e aumento de pena aplicadas para cada vetorial na terceira fase. (AgRg no HC 634.754/RJ, Sexta Turma, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021).

Já o segundo critério é baseado no número de circunstâncias judiciais expressas no art. 59 do Código Penal, ou seja, 8 (oito). É por isso que a fração de 1/8 é aplicável sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima. No latrocínio (art. 157, §3º do CP), por exemplo, esse intervalo é de 10 anos (30 – 20 = 10). Aplicando-se o acréscimo de 1/8, chega-se ao incremento de 1 ano e 3 meses por cada circunstância vetorial desabonadora. Logo, se valoradas negativamente duas circunstâncias judiciais, a pena-base seria então fixada em 22 anos e seis meses.

Por outro lado, se aplicarmos o critério ideal de 1/6 sobre a pena mínima (20 anos), no mesmo caso, obteremos o resultado de aproximadamente 3 anos e 4 meses de acréscimo para cada circunstância desfavorável, ou seja, a pena-base poderia ser fixada em 26 anos e 8 meses. Percebemos que nesse caso a opção do julgador pelo critério de 1/6 acarretará um aumento extra da pena-base em 25 meses de reclusão para cada vetor desfavorável. Não nos parece razoável a existência de dois critérios “aceitáveis” que produzam resultados tão discrepantes.

A desproporcionalidade entre esses dois critérios fica ainda mais evidente na medida em que se aumenta a quantidade de circunstâncias judiciais valoradas negativamente. Imaginemos, considerando a mesma hipótese acima, que todas as oito vectoriais sejam valoradas como desfavoráveis ao réu, se aplicarmos o raciocínio do acréscimo de 1/8 de 10 (1 ano e 3 meses) multiplicado por 8 circunstâncias negativas, teremos um total de 10 anos, que somados aos 20 anos da pena mínima resultará em um total de 30 anos, ou seja, exatamente o máximo da pena cominada.



Por outro lado, se adotarmos o acréscimo de  $1/6$  da pena mínima (3 anos e 4 meses) multiplicado por 8 circunstâncias negativas, o resultado será de 26 anos e 8 meses. A soma desse resultado com os 20 anos da pena mínima (46 anos e 8 meses) extrapolaria o máximo da pena cominada (30 anos).

Também parece não haver proporcionalidade nos resultados da aplicação desses dois critérios quando se trata de crimes cuja pena mínima é relativamente baixa. Para ilustrar essa situação, observemos o que aconteceria com a aplicação desses dois critérios em caso de condenação de alguém pelo crime de furto simples (art. 155 do CP) na hipótese de serem valoradas quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis, por exemplo. Considerando os valores mínimo e máximo da pena privativa de liberdade cominada para o furto simples (reclusão de 1 a 4 anos), duas soluções discrepantes: a) ao aplicar o referido critério ideal de  $1/8$  sobre o intervalo de 3 anos (4 meses e 15 dias) multiplicado por 4 (18 meses), a pena-base seria fixada em 2 anos e 6 meses (resultado da soma de 1 ano da pena mínima + 18 meses); e b) no caso de  $1/6$  de 1 ano (2 meses) multiplicado por 4 (8 meses), a pena-base seria fixada em 1 ano e 8 meses. Ou seja, a depender do *quantum* da pena mínima, a escolha de um ou de outro critério ideal produziria um resultado ou mais benéfico ou mais prejudicial ao réu.

Resta evidente então que o critério mais razoável seria o do acréscimo de  $1/8$  aplicado sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima porque, ainda que todas as circunstâncias judiciais sejam desfavoráveis ao agente, a fixação da pena-base, além de resguardar a proporcionalidade do aumento para quaisquer valores de pena cominada, respeita os limites estabelecidos no preceito secundário do tipo penal incriminador.

Contudo, ainda há uma outra questão a ser resolvida: será que devemos adotar de forma rígida o critério aritmético de acréscimo de  $1/8$  do intervalo das penas cominadas no caso concreto?

O problema da rigidez aritmética é que ela é baseada numa lógica binária do tudo ou nada. Nesse sentido, sempre que a circunstância judicial for valorada negativamente, a fração de  $1/8$  conduz ao máximo da pena. Da mesma forma, sempre que o vetor circunstancial for favorável, a mesma fração conduz à pena mínima cominada. Assim, se todas as 8 circunstâncias forem desfavoráveis, o juiz fixará a pena-base no máximo legal ainda na primeira fase (de três) da dosimetria da pena.

E se algumas circunstâncias forem favoráveis e outras desfavoráveis? Continua sendo aplicada a lógica do tudo ou nada, senão vejamos: quatro circunstâncias desfavoráveis no crime



de estupro simples (art. 213 do CP) pode elevar a pena mínima (6 anos) para 8 anos. O raciocínio aritmético de  $1/8$  nesse caso pode ser descrito também da seguinte forma: multiplique-se as quatro circunstâncias desfavoráveis pela pena máxima do estupro ( $4 \times 10 = 40$ ) e as quatro favoráveis pela pena mínima ( $4 \times 6 = 24$ ), soma-se os dois resultados ( $40 + 24 = 64$ ) e divide-se por 8 ( $64 / 8 = 8$ ). Como se vê, a fixação de 8 anos de reclusão na pena-base para o crime de estupro simples é resultado da lógica do tudo ou nada.

Mas afinal, o que há de errado com a lógica do tudo ou nada? Simplesmente ela viola o princípio constitucional da individualização da pena previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988, quando aplica indistintamente a todos os condenados o valor máximo da pena a cada circunstância judicial desfavorável. Seria razoável aplicar o mesmo grau de aumento a dois condenados com antecedentes criminais na hipótese de um possuir vários antecedentes por crimes dolosos da mesma natureza e o outro apenas um antecedente por crime de natureza culposa? A nós, isso não parece razoável.

Precisamos compreender que o aumento baseado no referido critério ideal de  $1/8$  é máximo, logo não há impedimento para o aumento decorrente de cada vetor seja individualizado. Nesse sentido, considerando os casos retro analisados, consideramos razoável um juiz aplicar um acréscimo à pena mínima na proporção de  $1/20$  (menor de  $1/8$ ) do intervalo entre as penas mínima e máxima, ao contrário do aumento pela fração de  $1/5$  (maior de  $1/8$ ).

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com base nos postulados da teoria da argumentação jurídica padrão, este trabalho analisou a justificação interna utilizada na aplicação da pena em duas sentenças criminais prolatadas por dois magistrados de diferentes tribunais brasileiros (TJRJ e TJMG) com o objetivo de identificar os critérios lógicos utilizados pelos julgadores no cálculo da pena-base. O resultado dessa análise dedutiva revelou que, após valorar as circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria da pena, cada juiz utilizou uma fração de aumento da pena distinta para cada circunstância judicial negativa (respectivamente,  $1/20$  e  $1/5$ ).

Vimos que o STJ adota dois critérios ideais de aumento para cada circunstância judicial valorada negativamente, (1) a fração de  $1/6$  sobre a pena mínima cominada e (2) a fração de  $1/8$  do intervalo entre as penas mínima e máxima, exigindo fundamentação concreta e objetiva para o uso de percentual de aumento diverso de um deles. Nas sentenças analisadas foram utilizadas

frações de aumento de pena diversas do ideal aceito pelo STJ, mas em nenhuma delas o juiz justificou o critério utilizado de forma concreta e objetiva. Apenas para fins de registro, a falta de fundamentação dos pesos atribuídos a cada circunstância pode configurar um problema de justificação externa das sentenças, o que demonstra que a argumentação jurídica na dosimetria da pena não se limita a justificação interna das sentenças.

Em relação aos critérios de aumento na pena-base adotados pelo STJ, estes também se revelaram discrepantes quando se compararam os seus resultados. O critério ideal de 1/8, aplicável sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima, demonstrou-se proporcional para todo e qualquer tipo de crime e de pena. Já o aumento de 1/6 sobre a pena mínima cominada apresentou-se problemático na medida em que produz resultados desproporcionais a depender de duas situações: a) do *quantum* da mínima cominada e b) da quantidade de circunstâncias judiciais valoradas negativamente. Ou seja, quanto maior for a pena mínima ou quanto maior for a quantidade de circunstâncias valoradas negativamente, maior será a discrepância em termos de proporcionalidade dos resultados entre os dois critérios ideais adotados pelo STJ.

Dessa forma, entendemos que a fração de aumento mais razoável seria a de 1/8 aplicado sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima, por ser este o único critério capaz de garantir a proporcionalidade na aplicação da pena. Todavia, compreendemos que o referido critério ideal estabelece apenas o valor máximo de aumento por cada circunstância judicial negativa, logo, em atenção ao princípio constitucional da individualização da pena, é possível que o julgador aplique outras frações que incidam em um aumento menor.

Concluimos então que, nesse contexto específico de justificação interna do cálculo da pena, a lógica dedutiva aparece como instrumento necessário para o controle dos argumentos judiciais utilizados na dosimetria da pena, embora não suficiente, considerando que a discussão sobre problemas de justificação externa nos parecem inevitáveis sempre que o juiz tiver um motivo para crer que a fração de 1/8 não seja adequada para todas as circunstâncias. De qualquer forma, a partir de regras extraídas dos precedentes judiciais supracitados, entendemos ser possível construir um raciocínio logicamente válido que possa ser aplicado na fixação da pena-base em toda e qualquer sentença penal condenatória, qual seja:

- a) Se a circunstância judicial X for valorada negativamente, então a pena-base deve ser aumentada em uma fração menor ou igual a 1/8 do intervalo entre as penas cominadas.
- b) A circunstância judicial X foi valorada negativamente.
- c) Logo, a pena-base deve ser aumentada em uma fração menor ou igual a 1/8 do intervalo entre as penas cominadas.



Em suma, a justificação interna na fixação da pena-base deve operar mediante um raciocínio lógico baseado em premissas universais verdadeiras que necessariamente conduzem a uma conclusão igualmente verdadeira. Assim, o acréscimo deve incidir sobre o intervalo das penas cominadas, considerando a fração de 1/8 como limite máximo para o aumento da pena mínima, por cada circunstância judicial valorada negativamente, durante a dosimetria da primeira fase do cálculo penal.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Org., trad. e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teorias da argumentação jurídica. Landy, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 1997061/GO**, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO, QUINTA TURMA, DJe 17/2/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 634.754/RJ**, Sexta Turma, Rel. Ministro OLINDO MENEZES, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução: Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro, Elsevier, Campus, 2008.

MINAS GERAIS. 1ª Vara Criminal da Comarca de Poços de Caldas/MG. **Ação penal. Processo nº: 0518.10.018719-5**. Disponível <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/jurisprudencia/repositorio-de-sentencas/#.YuSi0HbMLIV>. Acesso em: 12/07/2022.

RIO DE JANEIRO. Juizado Especial Adjunto Criminal da Comarca de Itaboraí/RJ. **Ação penal. Processo nº: 0018140-33.2008.8.19.0023 (2008.023.018343-2)**. Disponível em: [http://www.tjrj.jus.br/web/guest/meta2/banco\\_sentenca](http://www.tjrj.jus.br/web/guest/meta2/banco_sentenca). Acesso em: 12/07/2022.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 12ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

SHECAIRA, Fábio Perin. The Value of Methodological Deductivism in Argument Construction. In: **Informal Logic**, Vol. 38, No. 4 (2018), pp. 471–501.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal Decision and its Justification. In **Proceedings of the World Congress for Legal and Social Philosophy**, ed. Hubert Hubien, 409-419. Brussels: Bruylant, 1971.