

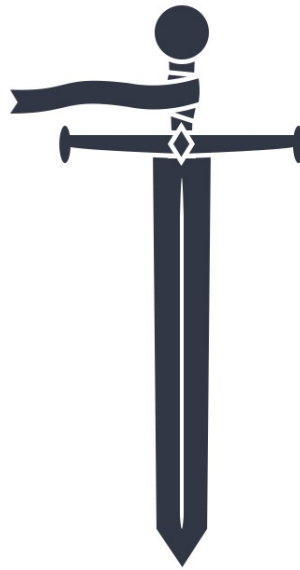
The cover features a dark wood-grain background. In the foreground, a black gavel with a gold band on its head rests on a black wooden sound block. In the background, a pair of brass scales of justice is visible. To the left, a stack of blue books with gold lettering is partially shown. The title 'Revista Direito Diário' is written in a white serif font, with 'Revista' in a cursive script above 'Direito Diário' in a bold, upright serif font.

Revista
Direito Diário

ISSN 2595-1408

Fortaleza, v.7 n.1
jul. - dez. 2025

REVISTA DIREITO DIÁRIO



ISSN 2595-1408

Fortaleza

Vol. 7, n. 1, jul./dez. 2025



EXPEDIENTES

Revista Direito Diário
Direito Diário Jurídico Editora Ltda.
Rua Norvinda Pires, nº 60, Aldeota
CEP: 60150-280 – Fortaleza, CE
contato@direitodiario.com.br
direitodiario.com.br

Copyright © 2025 Direito Diário Jurídico
Editora Ltda.

Todos os direitos reservados e protegidos.
Qualquer parte desta publicação pode ser
reproduzida, desde que citada a fonte.



DIREITO DIÁRIO

Revista Direito Diário da Direito Diário Jurídico Editora Ltda.
Vol. 7, n. 1 – jul./dez. 2025 (semestral).

EQUIPE EDITORIAL

Bianca Gabriele Collaço
Ingrid Carvalho Bezerra
Rafael Aguiar Nogueira e Franco
Victor Hugo Camilo Silva Zanocchi

CONSELHO EDITORIAL

BIANCA GABRIELE COLLAÇO

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2015). Pós-graduada em Direito Tributário 2018, em Contabilidade, Direito e Economia com Ênfase na Gestão Pública 2020 e em Direito Público (2022). Advogada.

CARLOS CÉSAR SOUSA CINTRA

Professor de Graduação e de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará e do Centro Universitário Christus. Doutor (2005) e Mestre (2000) em Direito do Estado – sub-área: Direito Tributário – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduado em Direito Público (1997) e em Direito Constitucional (1997) pela Universidade de Fortaleza. Advogado.

FELIPE LIMA GOMES

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Doutor (2015), Mestre (2012) e Bacharel (2009) em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Ex-professor da Universidade de Fortaleza.

INGRID CARVALHO BEZERRA

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2017). Pós-Graduada em Direito Administrativo e Licitações pelo Instituto Prominas (2019). Pós-Graduada em Direito Empresarial pela Faculdade Legale (2021). Advogada.

NADJA PONTE NOGUEIRA

Mestra pela Universidade de São Paulo em Direito Internacional Privado (2020). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2016). Presidente e Consultora da Arg. Consultoria em Argumentação e Persuasão. Advogada.

RAFAEL AGUIAR NOGUEIRA E FRANCO

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2017). Pós-Graduado em Direito Público (2022). Professor Universitário do Centro Universitário Maurício de Nassau. Diretor Administrativo da Arg. Consultoria em Argumentação e Persuasão. Advogado.

STEPHANE HILDA BARBOSA LIMA

Pesquisadora do Centro de Ensino, Pesquisa e Inovação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas - SP. Mestre (2018) e Bacharel (2015) em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Especialista (2016) em Direito e Processo Tributário. Membro emérito da Sociedade de Debates da UFC. Professora e Advogada.

VICTOR HUGO CAMILO SILVA ZANOCCHI

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2017). Procurador do Município de Itirapina – SP. Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Direito Ambiental pelo Instituto IBRA (2019). Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio (2020).

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Ceará. Doutor (2016) e Mestre (2009) em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Assessor de Legislação e Normas da Pró-Reitoria de Gestão de Pessoas (PROGEP) da Universidade Federal do Ceará. Advogado.

Revista Direito Diário

Direito Diário. – v.7, n.1 (jul./dez. 2025). – Fortaleza: Direito Diário, 2025.

Semestral

ISSN 2595-1408

1. Direito – Periódicos. Direito Diário.



APRESENTAÇÃO

A Equipe Direito Diário tem a honra de apresentar mais uma edição da Revista Direito Diário, uma publicação acadêmica com periodicidade bimestral, criada para expandir e difundir conhecimento jurídico.

O Direito Diário, criado em 2015, é um portal jurídico virtual que tem como objetivo a disseminação de informações e conhecimentos jurídicos. Por meio de variados tipos textuais, a Equipe Direito Diário traz constantemente notícias, artigos de opinião, artigos científicos e dicas sobre as principais temáticas do mundo Jurídico.

Por intermédio da plataforma virtual, deparou-se com a democratização do acesso ao conhecimento, sendo possível abranger as diversas áreas jurídicas, conforme o interesse de cada colaborador.

O Direito é o meio pelo qual o Estado organiza a sociedade, então, entendemos por bem desenvolver uma ferramenta online na qual fosse possível inserir pessoas, dos mais variados contextos sociais, na realidade jurídico-social brasileira. Outro ponto que impulsionou o nascimento do Direito Diário foi o desafio constante de se manter bem informado sobre os principais acontecimentos jurídicos.

No intuito de ampliar os horizontes do projeto, é lançada a Revista Direito Diário. A partir da publicação desse periódico jurídico, o Direito Diário avança mais um passo na concretização do seu ideal: promover o desenvolvimento de ideias e a disseminação do conteúdo jurídico, com mais seriedade e compromisso, a fim de contribuir para o crescimento da sociedade e para o crescimento do próprio Direito como ciência.

O periódico publica artigos, resenhas e monografias (nacional ou internacionalmente) com as mais diversas abordagens teóricas e metodológicas, incluindo artigos transdisciplinares, de pesquisa aplicada ou que se enquadrem nos campos de pesquisa Direito e Desenvolvimento (*law & development*), Direito e Sociedade (*law & society*), Direito e Meio Ambiente (*law & environment*), e Direito e Economia (*law & economics*). Ademais, recebe trabalhos sobre Direito nacional, internacional e global; Teoria, Sociologia, Filosofia e História do Direito; e sobre ensino jurídico.

Também é possível ter acesso ao nosso conteúdo por intermédio do nosso endereço eletrônico (direitodiario.com.br).

Boa leitura a todos e todas!

Bianca Gabriele Collaço¹

Rafael Aguiar Nogueira e Franco²

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2015). Pós-graduada em Direito Tributário 2018, em Contabilidade, Direito e Economia com Ênfase na Gestão Pública 2020 e em Direito Público (2022). Advogada.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2017). Pós-Graduado em Direito Público (2022). Professor Universitário. Diretor Administrativo da Arg. Consultoria em Argumentação e Persuasão. Advogado.



SUMÁRIO

COOPERATIVAS DE TRABALHO DE TRANSPORTE DE CARGAS: ANÁLISE JURÍDICA APROFUNDADA, DESAFIOS REGULATÓRIOS E A TÊNUE DISTINÇÃO COM A RELAÇÃO DE EMPREGO

8

Guilherme Sousa Bernardes

AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NA DOSIMETRIA PENAL

32

Wesley Jerônimo Pinto Martins



COOPERATIVAS DE TRABALHO DE TRANSPORTE DE CARGAS: ANÁLISE JURÍDICA APROFUNDADA, DESAFIOS REGULATÓRIOS E A TÊNUE DISTINÇÃO COM A RELAÇÃO DE EMPREGO

Guilherme Sousa Bernardes *

Sumário: 1. Introdução: Contexto Geral, Relevância do Tema e a Dualidade Entre Fomento e Precarização; 2. O Regime Jurídico Fundante das Cooperativas de Trabalho; 3. A Aderência do Modelo Cooperativista ao Transporte Rodoviário de Cargas; 4. A Formalização da Relação: o Estatuto Social e o Regimento Interno como Baluartes da Legalidade; 5. O Principal Ponto De Tensão: A Descaracterização E O Reconhecimento Do Vínculo Empregatício; 6. O Regime de Responsabilidade Tributária e Previdenciária; 7. Desafios Regulatórios, Fiscalização e Perspectivas Futuras; 8. Impacto da Regulamentação Econômica e da Digitalização no Modelo Cooperativo do Trc; 9. A Responsabilidade do Tomador de Serviços e o Risco da Cadeia de Contratação; 10. Aspectos Processuais e Jurisprudenciais na Justiça do Trabalho; 11. Conclusão; Referências.

Resumo: O presente artigo investiga o regime jurídico das cooperativas de trabalho de transporte rodoviário de cargas no Brasil, um arranjo de fundamental importância para a economia nacional. O objetivo central é analisar a complexa fronteira que separa a lícita associação de transportadores autônomos da simulação fraudulenta destinada a mascarar relações de emprego, fenômeno conhecido como “cooperfraude”. A metodologia adotada consiste na análise aprofundada da legislação aplicável, com destaque para a Lei nº 5.764/1971 e a Lei nº 12.690/2012, em cotejo com os desafios práticos impostos pela regulamentação do setor e pela digitalização da logística. Os resultados demonstram que a validade do modelo cooperativo está intrinsecamente condicionada à comprovação fática da autogestão, da participação democrática e da autonomia do cooperado. A ausência desses elementos, aliada à presença de subordinação jurídica, ainda que estrutural ou algorítmica, acarreta a descaracterização do vínculo e a imposição de severas responsabilidades trabalhistas, previdenciárias e fiscais à cooperativa e, de forma subsidiária ou solidária, ao tomador de serviços. Conclui-se que a segurança jurídica do setor depende da rigorosa observância do princípio da primazia da realidade, garantindo que o cooperativismo atue como instrumento de fomento, e não de precarização do trabalho.

Palavras-chave: Cooperativismo. Transporte rodoviário de cargas. Relação de emprego. Fraude trabalhista. Subordinação estrutural.

* Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Santos em 2005. Advogado com mais de 19 anos de atuação e com mais de 12 anos de experiência com cooperativas de transporte de Cargas. E-mail: guilhermebernardesadv@gmail.com.

Abstract: This article investigates the legal framework of road freight transport work cooperatives in Brazil, an arrangement of fundamental importance to the national economy. The main objective is to analyze the complex boundary that separates the lawful association of autonomous transporters from fraudulent simulations intended to mask employment relationships, a phenomenon known as “cooperfraud”. The methodology adopted consists of an in-depth analysis of the applicable legislation, with emphasis on Law No. 5,764/1971 and Law No. 12,690/2012, in comparison with the practical challenges posed by sector regulation and the digitalization of logistics. The results show that the validity of the cooperative model is intrinsically linked to the factual proof of self-management, democratic participation, and the co-op member's autonomy. The absence of these elements, combined with the presence of legal subordination, even if structural or algorithmic, leads to the decharacterization of the relationship and the imposition of severe labor, social security, and tax liabilities on the cooperative and, subsidiarily or jointly, on the service recipient. It is concluded that the legal certainty of the sector depends on the strict observance of the principle of the primacy of reality, ensuring that cooperativism acts as an instrument of promotion, and not of labor precarization.

Keywords: Cooperativism. Road freight transport. Employment relationship. Labor fraud. Structural subordination.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, em virtude de suas dimensões continentais e da histórica priorização do modal rodoviário, possui uma infraestrutura logística intrinsecamente dependente do Transporte Rodoviário de Cargas (TRC), que movimenta mais de 60% da produção nacional. Neste ecossistema, o Transportador Autônomo de Cargas (TAC) desenha-se como um ator jurídico-econômico fundamental, embora historicamente vulnerável face às cadeias de suprimentos altamente concentradas e ao poder econômico das grandes embarcadoras e operadoras logísticas.

O cooperativismo, elevado ao patamar constitucional como princípio de ordem econômica e social, previsto no artigo 174, § 2º, da Carta Magna, apresenta-se, em tese, como a solução ideal para a organização desses profissionais autônomos, permitindo-lhes obter economia de escala, otimizar custos e acessar mercados de maior complexidade, mantendo, simultaneamente, sua autonomia profissional. A cooperativa de trabalho de transporte, portanto, surge como uma figura jurídica apta a promover a autogestão e a participação democrática dos trabalhadores na distribuição de seus resultados, buscando equilibrar a assimetria negocial.

Contudo, a flexibilidade estrutural desse modelo, combinada com a incessante busca por redução de encargos trabalhistas por parte do capital, levou a um desvirtuamento massivo

de sua finalidade estatutária. A proliferação do que se convencionou chamar de “cooperfraude” – a simulação de relações cooperativas para mascarar vínculos empregatícios – impôs ao Direito e aos órgãos de fiscalização o desafio de discernir a genuína união de esforços autogestionária da mera intermediação fraudulenta de mão de obra.

Este estudo propõe exatamente essa exegese, traçando a fronteira jurídica entre a lícita associação de trabalhadores e a ilação de fraude à legislação trabalhista, previdenciária e fiscal, demonstrando que a validade e a segurança jurídica do arranjo dependem inegociavelmente da primazia da substância sobre a forma, ou seja, da prova da autêntica autonomia do cooperado na execução de seu mister.

2 O REGIME JURÍDICO FUNDANTE DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO

A compreensão da figura da cooperativa de trabalho, especialmente no setor de transporte de cargas, exige uma análise sistemática e verticalizada de seu arcabouço normativo. Este regime jurídico é multifacetado, partindo dos princípios constitucionais que lhe conferem status e fomento, descendo às leis infraconstitucionais que detalham sua organização e funcionamento, e culminando nos conceitos basilares que definem a sua natureza e a distinguem das sociedades empresariais. A seguir, serão dissecados os pilares que sustentam a estrutura legal das cooperativas de trabalho no Brasil, desde seus fundamentos na Carta Magna até as regras específicas de governança que garantem a sua essência democrática e autogestionária.

2.1 Fundamentos Constitucionais e a Doutrina do Cooperativismo: A Dupla Qualidade do Cooperado

A ordem jurídica brasileira estabelece um tratamento singular para as sociedades cooperativas, diferenciando-as de outras modalidades empresariais, notadamente no que tange à sua finalidade social e à vedação de distribuição de resultados a capital de terceiros, primando pela distribuição proporcional às operações realizadas pelo associado.

O alicerce jurídico reside na liberdade de associação (art. 5º, XVII, CF) e no fomento estatal ao cooperativismo (art. 174, § 2º, CF). A Lei nº 5.764/1971, que define a Política Nacional de Cooperativismo, formaliza os princípios universais, como a adesão voluntária e livre, a gestão democrática pelos membros (com o princípio “um membro, um voto”), a participação econômica dos membros e a autonomia e independência. O elemento definidor da

relação é a conceituação da dupla qualidade do cooperado, que é simultaneamente sócio da pessoa jurídica e destinatário dos serviços operacionalizados por ela. Na cooperativa de TRC, o motorista é proprietário da cota capital e participa das decisões societárias (sócio) e, ao mesmo tempo, utiliza a estrutura da cooperativa para obter contratos de frete e realizar seu trabalho (usuário).

É precisamente essa dualidade o escudo contra a caracterização da relação empregatícia, pois a retribuição financeira do cooperado não é salário, mas sim uma “retirada” ou um “repasso de sobras” proporcional ao trabalho realizado e aos custos operacionais compartilhados. O desvirtuamento ocorre quando a qualidade de sócio é esvaziada em favor de uma mera submissão, transformando a cooperativa em uma intermediadora de serviços sem riscos compartilhados.

2.2 A Lei nº 12.690/2012: Requisitos de Organização, Autogestão e os Direitos Sociais Mínimos

A Lei nº 12.690, promulgada em julho de 2012, representou um marco regulatório essencial ao buscar sanar as lacunas que permitiam a fraude generalizada no setor de cooperativas de trabalho. Esta norma reforçou o conceito de autogestão, exigindo que o poder decisório e executivo fosse exercido de forma transparente e coletiva, garantindo que o cooperado não fosse apenas um prestador de serviços, mas um participante ativo na definição das regras de trabalho e de distribuição de resultados.

A lei estabelece, por exemplo, que o Estatuto Social deve prever mecanismos que assegurem a participação e a fiscalização de todos os membros nas operações e na gestão. Ademais, visando proteger o trabalhador do esvaziamento das garantias mínimas, a Lei 12.690/2012 impõe à cooperativa a obrigação de garantir ao associado direitos básicos comparáveis aos do empregado, tais como retiradas compatíveis com o piso da categoria, descanso remunerado em feriados e, notadamente, o limite de 8 horas diárias e 44 horas semanais de trabalho, com direito a repouso semanal.

É crucial sublinhar que o cumprimento destes direitos mínimos não transforma o cooperado em empregado, mas sim assegura que o modelo cooperativo não seja um veículo de precarização. A inobservância rigorosa desses preceitos, especialmente a falha na comprovação da autogestão e da transparência, serve como forte evidência para a fiscalização trabalhista de que o arranjo é simulado.

2.3 O Conceito e a Abrangência do Ato Cooperativo

O conceito de ato cooperativo, delineado no artigo 79 da Lei nº 5.764/1971, transcende a simples formalidade e possui implicações diretas na caracterização jurídica e, mais crucialmente, no regime tributário da entidade. O ato cooperativo é intrínseco à finalidade da cooperativa, sendo a operação realizada entre a sociedade e seus associados, ou entre a sociedade e entes externos no interesse direto e imediato dos associados para a consecução do objeto social, sem visar o lucro no sentido capitalista.

No transporte, o ato cooperativo se configura quando a cooperativa contrata com a tomadora do serviço (o embarcador) e, em seguida, destina o frete ao cooperado, gerindo a logística e o faturamento coletivo. Essa operação visa a concretização do trabalho individual do cooperado, sendo o valor recebido pela cooperativa meramente um trânsito financeiro que, após a cobertura dos custos operacionais e a formação das reservas obrigatórias, retorna ao cooperado como sua retirada, ou como sobra distribuível.

A distinção fática é que o ato cooperativo não gera resultado econômico próprio para a cooperativa como pessoa jurídica, mas apenas viabiliza a atividade dos membros. Todo e qualquer serviço prestado pela cooperativa a terceiros ou qualquer operação que não vise diretamente a realização do trabalho ou o aumento do poder negocial do associado será categorizado como ato não cooperativo, sujeitando a cooperativa integralmente ao regime tributário das sociedades mercantis comuns, comprometendo sua natureza e suas vantagens fiscais essenciais.

2.4 Estrutura e Governança Cooperativa: a Efetivação da Gestão Democrática

A sustentação legal da cooperativa de transporte de cargas exige uma estrutura de governança irrepreensível, que demonstre a efetiva participação e o controle dos cooperados sobre a diretoria eleita.

A Assembleia Geral detém o poder supremo, sendo o fórum onde são discutidas e aprovadas matérias de importância vital, incluindo a eleição dos membros da Diretoria e do Conselho Fiscal, a alteração do Estatuto Social e a decisão sobre o destino das sobras. A ausência de quórum significativo ou a mera ratificação automática de decisões predefinidas pela direção são fortes indicadores de gestão autoritária, não cooperativa.

O Conselho Fiscal, composto por associados e não membros da diretoria, tem a responsabilidade de fiscalizar assiduamente as operações, a contabilidade e a execução do plano de trabalho, provendo relatórios regulares à Assembleia. Sua atuação diligente é um dos principais baluartes da autogestão e da transparência.

No contexto do TRC, deve haver canais transparentes de comunicação e deliberação sobre assuntos operacionais críticos, como a fixação das tarifas mínimas de frete a serem cobradas da tomadora, as regras de rodízio de cargas, e os procedimentos internos de segurança e disciplina. A incapacidade ou impedimento do cooperado de influenciar as decisões estratégicas da cooperativa fragiliza a prova da qualidade de sócio e robustece a alegação de que ele é, na verdade, um empregado dissimulado.

3 A ADERÊNCIA DO MODELO COOPERATIVISTA AO TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS

Uma vez estabelecido o regime jurídico geral das cooperativas de trabalho, torna-se imperativo analisar como este modelo se amolda às especificidades do Transporte Rodoviário de Cargas (TRC), uma atividade econômica com regulamentação própria e uma dinâmica operacional singular. A compatibilidade entre os princípios cooperativistas e a realidade do transportador autônomo não é automática, mas sim um exercício contínuo de equilíbrio entre a autonomia do profissional e a necessidade de coordenação logística. Os subtópicos seguintes examinarão precisamente essa interface, abordando desde a regulamentação do Transportador Autônomo de Cargas (TAC) até a gestão de riscos e a transparência na contratação de fretes, elementos cruciais para a validade do arranjo.

3.1 Peculiaridades da Atividade e a Regulamentação do Transportador Autônomo de Cargas (TAC)

A aplicação do modelo cooperativista ao TRC é complexa, dada a necessidade de conciliar a natureza jurídica da cooperativa com o regime de regulamentação setorial do Transportador Autônomo.

O TAC, conforme a Lei nº 11.442/2007, é o proprietário, coproprietário ou arrendatário de um ou mais veículos, devidamente registrado no Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas (RNTRC) da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que

se dedica à atividade de transporte mediante contrato. A própria lei do TRC reconhece a figura do TAC como um empreendedor individual que assume os riscos de sua atividade e do investimento em seus meios de produção. A validade jurídica da cooperativa de transporte reside na manutenção dessa qualidade de empreendedor individual para cada cooperado.

A cooperativa deve operar como um facilitador do negócio de transporte do TAC, agrupando a demanda e fornecendo suporte administrativo, mas sem anular sua capacidade de decisão. Se a cooperativa exige a exclusividade na prestação de serviços ou assume completamente a gestão do veículo e da logística de forma coercitiva, privando o TAC da liberdade de gerir seus próprios custos (como manutenção, combustível e escolha de rotas), ela transgreda a autonomia inerente ao TAC, criando um ambiente propício à descaracterização para vínculo de emprego.

3.2 A Gestão de Riscos, Logística e a Instrumentalização da Autonomia

A essência do cooperativismo impõe a mútua e equitativa participação nos riscos e resultados da empreitada econômica. Na cooperativa de TRC, isso se traduz na obrigação de o cooperado participar da formação do capital social e, notadamente, suportar as oscilações do mercado de fretes. A cooperativa não tem a obrigação legal de garantir uma remuneração fixa ao cooperado, independentemente do volume ou do êxito dos fretes contratados. A absorção integral dos riscos operacionais (por exemplo, a garantia de uma 'retirada mínima' que se assemelha a um salário, mesmo em períodos de baixa demanda ou perdas operacionais) pela cooperativa, sem que haja uma contrapartida clara de risco do cooperado, é um forte indício de fraude, pois anula a gestão compartilhada de perdas e ganhos, típica da sociedade.

Do ponto de vista logístico, a cooperativa exerce o papel de coordenação técnica, que envolve a centralização da negociação de grandes volumes de frete e o estabelecimento de padrões de qualidade e segurança exigidos pelas tomadoras. Contudo, essa coordenação deve ser limitada à interface com o cliente. A instrumentalização da autonomia se dá por meio da liberdade do cooperado de rejeitar um frete que julgue incompatível com sua capacidade ou com seu preço de custo, ou de gerir sua jornada dentro dos limites legais de trânsito, sem que tal recusa acarrete penalidades disciplinares graves que ameacem sua permanência na sociedade.

3.3 Contratos de Frete e a Cadeia Logística: Transparência e Representação

A atuação da cooperativa na celebração dos contratos de frete com as empresas tomadoras exige máxima transparência perante seus cooperados. A cooperativa deve agir como mandatária ou intermediadora dos serviços, e não como transportadora que subcontrata. Legalmente, a cooperativa deve repassar aos associados todas as condições contratuais essenciais negociadas com as tomadoras, incluindo o valor total do frete pago por terceiros e o rateio transparente dos custos operacionais e administrativos retidos para a manutenção da sociedade.

É fundamental que o cooperado tenha conhecimento sobre as margens retidas pela cooperativa. Adicionalmente, a Lei nº 12.690/2012 exige que, nos contratos de trabalho celebrados entre a cooperativa e o tomador, sejam expressamente discriminados os custos e a forma de rateio entre a cooperativa e seus membros, garantindo que o tomador do serviço também tenha ciência de que a prestação é realizada por cooperados autônomos. A ausência de clareza ou a retenção de valores excessivos pela diretoria, sob a justificativa de “custos operacionais”, sem a devida aprovação em Assembleia, pode ser interpretada como a busca por lucro capitalista, desvirtuando a finalidade social e implicando ato não cooperativo.

4 A FORMALIZAÇÃO DA RELAÇÃO: O ESTATUTO SOCIAL E O REGIMENTO INTERNO COMO BALUARTES DA LEGALIDADE

O caráter vinculante do Estatuto Social e do Regimento Interno é a primeira linha de defesa contra a descaracterização da cooperativa. Estes instrumentos representam o contrato social da cooperativa, devendo espelhar os princípios da autogestão e da transparência. O Estatuto Social deve detalhar a metodologia de capitalização e descapitalização, as regras para a integralização e o reembolso das quotas-partes, e, criticamente, o mecanismo de apuração e distribuição das sobras (o excedente positivo da atividade) ou o rateio das perdas (os resultados negativos).

O Estatuto deve garantir que a exclusão do associado seja motivada por justa causa, aprovada pelo órgão competente (usualmente o Conselho de Administração ou a Diretoria, sujeita a recurso para a Assembleia Geral), e que o processo seja precedido de ampla defesa e contraditório, evitando a exclusão arbitrária, típica da dispensa sem justa causa do contrato de trabalho. O Regimento Interno possui a função de normatizar o dia a dia operacional.

No TRC, deve explicitar o sistema de rodízio de fretes ou os critérios objetivos para a distribuição das cargas (por capacidade, especialização, ou antiguidade), garantindo a equidade no acesso ao trabalho. Cláusulas que reforcem a autonomia do cooperado são essenciais, como a liberdade para contratar apólices de seguro adicionais, realizar a manutenção de seu veículo em oficinas de sua escolha e, principalmente, a prerrogativa de rejeitar o frete sob determinadas condições predefinidas (e não de forma discricionária pela diretoria), sem sofrer sanções equivalentes a uma punição trabalhista. Se o Regimento Interno introduz mecanismos de controle de frequência, de punição por faltas injustificadas ao trabalho (como se houvesse dever de assiduidade) ou de hierarquia rígida, ele se torna um compêndio de normas disciplinares tipicamente empregatícias, colaborando para a fraude.

5 O PRINCIPAL PONTO DE TENSÃO: A DESCARACTERIZAÇÃO E O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

A análise do modelo cooperativista no transporte de cargas converge, invariavelmente, para o seu ponto mais crítico e litigioso: a tênue fronteira que o separa de uma relação de emprego dissimulada. É nesse campo que o Direito do Trabalho exerce sua função primordial, por meio do princípio da primazia da realidade, para desvendar a verdadeira natureza do vínculo estabelecido entre o cooperado e a cooperativa. A presente seção se debruçará sobre os elementos fático-jurídicos que conduzem à descaracterização da relação cooperativa, investigando desde a evolução do conceito de subordinação até os indicativos práticos da fraude e as complexas questões de responsabilidade que recaem sobre a cadeia de contratação.

5.1 O Princípio da Primazia da Realidade e a Distinção entre Coordenação e Subordinação Jurídica

A análise da relação jurídica entre a cooperativa e seu cooperado é regida pelo princípio da primazia da realidade, segundo o qual a forma documental (o termo de adesão ou o Estatuto Social) cede espaço à realidade fática da prestação de serviços.

Os elementos clássicos do vínculo de emprego, previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, são a pessoalidade, a não eventualidade, a onerosidade e, o mais importante na dialética cooperativista, a subordinação jurídica. No Transporte Rodoviário de Cargas, a linha entre a

coordenação logística e a subordinação é tênue. A coordenação é o poder técnico-administrativo mínimo necessário para a prestação do serviço complexo (exigências de rota e prazo do cliente), sendo aceitável. A subordinação, por outro lado, é o poder diretivo, fiscalizador e disciplinar que visa controlar e moldar a própria energia de trabalho do prestador, retirando-lhe a autodeterminação. A subordinação se manifesta na ingerência da cooperativa sobre a forma de execução do trabalho, como, por exemplo, a imposição do uso de veículos específicos, o controle da rota por rastreadores com finalidade punitiva (e não apenas de segurança da carga), ou a fiscalização rígida dos horários de descanso e refeição do motorista, sem que estes sejam requisitos contratuais de terceiros.

5.2 A Evolução do Conceito de Subordinação: Clássica versus Estrutural e Integrativa no TRC

A subordinação clássica, baseada no controle direto e interpessoal, perde eficácia na análise de relações complexas como a do TRC, que utiliza tecnologia para a gestão e fiscalização de frotas. Diante disso, o Direito do Trabalho tem avançado para a concepção da subordinação estrutural ou integrativa.

Neste conceito moderno, a subordinação não decorre apenas da ordem direta, mas da inserção do trabalhador na dinâmica estrutural do empreendimento alheio. O motorista de carga, formalmente cooperado, sofre subordinação estrutural quando se torna insubstituível e permanentemente ligado aos objetivos empresariais da cooperativa (ou da tomadora, mediante “pejotização” disfarçada de cooperativismo), perdendo completamente a natureza de gestor de seu próprio negócio. Ele está subjugado à lógica de mercado da entidade controladora. Essa subordinação se demonstra concretamente quando o cooperado não possui clientes próprios, depende exclusivamente dos fretes distribuídos pela cooperativa e é coagido a aceitar as condições impostas pela direção sob pena de desligamento. A inserção contínua e a dependência econômica total do cooperado na estrutura da cooperativa são, muitas vezes, mais determinantes para o reconhecimento da subordinação do que ordens pontuais sobre o modo de dirigir o veículo.

5.3 Indicativos Práticos da “Cooperfraude” e as Consequências da Descaracterização

A detecção da “cooperfraude” por parte das autoridades fiscais e judiciárias é realizada mediante a análise de um conjunto probatório que revela a verdadeira natureza da relação jurídica. Os principais indicativos práticos incluem: a Pessoaalidade Forçada, onde a cooperativa não permite a terceirização ou substituição temporária do condutor (exceto por outro cooperado ou auxiliar legalmente contratado por ele) ou impõe o uso de uniforme e logomarcas da tomadora ou da própria cooperativa de forma compulsória; a Exclusividade, manifestada pela exigência de que o cooperado não possua cadastro em outras cooperativas ou preste serviços a outros clientes; a Ausência de Risco, evidenciada pela garantia de retiradas mensais estáveis, que não flutuam de acordo com a variação do mercado de fretes ou os resultados operacionais da sociedade; o Controle de Ponto Indireto, realizado por meio de rastreadores e softwares que visam monitorar a jornada e o tempo de descanso para fins disciplinares; e o Regime Disciplinar Não Cooperativo, com a aplicação de multas e suspensões incompatíveis com o regime societário, imitando a punição celetista. O reconhecimento judicial do vínculo empregatício pleno (CLT), conforme os artigos 2º e 3º, resulta na condenação da cooperativa ao pagamento retroativo de todos os direitos trabalhistas não recolhidos (FGTS, férias, 13º salário, horas extras, etc.). Adicionalmente, o tomador de serviços pode ser responsabilizado, aplicando-se a responsabilidade subsidiária pela inadimplência da cooperativa, ampliando dramaticamente o passivo contingente da cadeia produtiva de transporte.

5.4 A Prova da Autonomia: Demonstração Efetiva do Empreendedorismo do Cooperado

Para que a cooperativa mantenha sua legitimidade, deve ser capaz de produzir prova robusta da autonomia de seus associados. A autonomia, no contexto do TRC, não é apenas a negação da subordinação, mas a demonstração positiva da capacidade empreendedora do associado. Tal prova se materializa através de mecanismos estatutários e fáticos que permitam ao cooperado: Gerenciamento de Custos, liberdade para negociar com fornecedores (manutenção, pneus, seguros) e gerir seus custos variáveis; Portfólio de Clientes, a comprovação de que o cooperado tem a liberdade de prestar serviços fora da cooperativa, mantendo clientes próprios; Participação no Risco, demonstração de que o cooperado efetivamente arca com os prejuízos de sua operação logística (multas por avaria, atrasos decorrentes de sua gestão, custos de manutenção inesperados) e que suas retiradas flutuam conforme o resultado da cooperativa; e Poder de Voto Pleno, documentação que atesta a participação ativa e consciente na Assembleia Geral e nas deliberações sobre os rumos

financeiros e operacionais. A documentação contábil do cooperado, demonstrando-o como um Contribuinte Individual com seus próprios instrumentos de trabalho e gestão, é fundamental para contrapor a alegação de fraude.

5.5 O Papel do Tomador de Serviços: A Responsabilidade na Cadeia de Contratação

O tomador de serviços (proprietário da carga ou operadora logística que contrata a cooperativa) possui um papel central na configuração da legalidade da prestação, e consequentemente, em sua responsabilização potencial. A contratação de cooperativas deve ser precedida de uma *due diligence* rigorosa para verificar sua aderência à Lei nº 12.690/2012 e a regularidade de seus registros no RNTRC. A responsabilidade do tomador é geralmente analisada na esfera do Direito do Trabalho sob o prisma da responsabilidade subsidiária, que se aplica quando há prestação de serviços por interposta pessoa (terceirização) e o contratante não vigiou o cumprimento das obrigações trabalhistas.

Se for comprovada a simulação da relação cooperativista (o que configura fraude à lei), a jurisprudência majoritária tem aplicado a responsabilidade subsidiária, o que significa que o tomador arcará com as dívidas trabalhistas caso a cooperativa não as pague, desde que o trabalho do falso cooperado estivesse ligado à atividade-fim ou meio do tomador. Em casos extremos de conluio fraudulento explícito entre a cooperativa e o tomador para desonerar-se de encargos, a responsabilidade pode ser considerada solidária, tornando ambos igualmente responsáveis pela integralidade da dívida.

6 O REGIME DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA E PREVIDENCIÁRIA

Para além das implicações trabalhistas, a validade e a viabilidade econômica do modelo cooperativo estão profundamente atreladas a um regime de responsabilidade tributária e previdenciária específico, que constitui, ao mesmo tempo, um benefício e um complexo desafio de conformidade. A diferenciação entre atos cooperativos e não cooperativos, a correta apuração das bases de cálculo das contribuições sociais e a segregação de receitas são elementos que demandam rigor técnico e contábil. Esta seção abordará as principais obrigações fiscais e previdenciárias que recaem sobre a cooperativa de transporte e seus associados, destacando os pontos de maior atrito com os órgãos de fiscalização e as consequências do descumprimento das normas aplicáveis.

6.1 O Cooperado como Contribuinte Individual: Regras de Retenção e Recolhimento Previdenciário

No âmbito da Seguridade Social, o cooperado é legalmente enquadrado como Contribuinte Individual, conforme disciplina a Lei nº 8.212/91.

A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias é dividida. O cooperado é responsável pelo recolhimento de sua própria contribuição, que deve incidir sobre o valor total de suas retiradas, e a cooperativa é obrigada, por lei, a reter e recolher essa contribuição do cooperado. Contudo, em uma das peculiaridades mais onerosas e fiscalizadas deste regime, a cooperativa também é obrigada a recolher a Contribuição Previdenciária Patronal (CPP) específica, na alíquota de 15% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura emitida à empresa tomadora pela prestação de serviços dos cooperados.

Esta obrigação configura uma modalidade de substituição tributária previdenciária e é aplicável apenas às cooperativas de trabalho. A base de cálculo dessa CPP, que é o valor total dos serviços prestados, deve ser corretamente apurada, sob pena de pesadas autuações fiscais, uma vez que a Receita Federal fiscaliza rigorosamente a correta aplicação do Fator Acidentário de Prevenção (FAP) e a correta base de incidência, garantindo que a cooperativa não esteja utilizando subterfúgios para diminuir essa carga.

6.2 Implicações Fiscais do Ato Não Cooperativo: IRPJ, CSLL e o Debate sobre a Incidência do ISS

O tratamento fiscal benéfico concedido às cooperativas, que constitui sua principal vantagem competitiva lícita, depende integralmente da correta classificação dos atos praticados. A isenção do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) aplica-se exclusivamente às sobras (resultados positivos) decorrentes de atos cooperativos. Se a cooperativa de transporte começar a prestar serviços a não associados ou a desenvolver atividades tipicamente mercantis (como a revenda de combustíveis ou peças com intuito lucrativo para a sociedade, e não para o associado), o resultado auferido com tais operações se torna ato não cooperativo e é tributado integralmente com IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, como se fosse uma sociedade empresária comum.

A legislação exige a mais rigorosa segregação contábil entre essas operações. No que tange ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), de competência municipal, há um contencioso crônico. A prestação de serviços de transporte pela cooperativa ao tomador é, em tese, fato gerador do ISS. O conflito surge porque a maior parte do valor da nota fiscal representa o repasse da retirada ao cooperado (ato cooperativo), e não lucro da sociedade. A tese defensiva das cooperativas e parte da doutrina sustenta que o ISS deve incidir apenas sobre a margem retida pela cooperativa para custos administrativos e formação de reservas (que representa o resultado da cooperativa), e não sobre o valor total do frete transferido ao cooperado, sob o argumento de que esse repasse não é serviço prestado pela cooperativa, mas um intermediário que viabiliza o trabalho do sócio. Muitos municípios, contudo, ignoram essa distinção e exigem o ISS sobre o valor total da Nota Fiscal de Serviço, forçando as cooperativas ao litígio para garantir o tratamento isonômico e justo.

6.3 Questões de Conformidade Fiscal – O Desafio da Segregação de Receitas e PIS/COFINS

A conformidade fiscal da cooperativa de transporte é diretamente afetada pela necessidade de identificar e diferenciar cada fluxo de receita. No regime das Contribuições para o PIS e a COFINS, o tratamento diferenciado incide apenas sobre as operações que se qualificam como atos cooperativos, sendo as receitas derivadas destes atos excluídas da base de cálculo dessas contribuições sociais. Essa exclusão é vital para a competitividade do modelo.

A segregação de receitas deve ser precisa e rigorosamente auditável. A fiscalização pode questionar a natureza cooperativa de um ato se houver indícios de que o serviço ou o bem de consumo foi adquirido ou fornecido pela cooperativa com o objetivo de gerar lucro para a sociedade e não para beneficiar o custo operacional do cooperado. O descumprimento da segregação ou a falha em identificar os atos não cooperativos expõe a cooperativa a multas sobre o total das receitas e a desqualificação do seu regime tributário, aplicando-se retroativamente as alíquotas plenas de PIS/COFINS e, conseqüentemente, afetando sua saúde financeira.

6.4 O Tratamento Contábil das Sobras e Reservas: Capitalização e Retorno ao Associado

O encerramento do exercício social da cooperativa culmina na apuração das sobras ou perdas. É vedado à cooperativa a distribuição de lucros ou dividendos no sentido empresarial. As sobras líquidas, após a dedução de valores para as reservas estatutárias e legais – como a Reserva Legal (mínimo de 10% das sobras líquidas) e o Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social (FATES, mínimo de 5%) – devem ser distribuídas aos cooperados proporcionalmente às operações realizadas por cada um durante o exercício.

O tratamento contábil desses montantes deve ser realizado com transparência absoluta e deve ser aprovado pela Assembleia Geral. A distribuição das sobras deve refletir a participação efetiva de cada TAC nos fretes e nos custos. Se houver desproporcionalidade na distribuição ou a retenção injustificada de grandes volumes de recursos, ou ainda se tais recursos forem destinados ao enriquecimento do capital social da cooperativa em detrimento do retorno ao cooperado, isso pode ser interpretado como um desvio de finalidade, aproximando a entidade de uma sociedade mercantil, passível de reclassificação tributária e jurídica.

7 DESAFIOS REGULATÓRIOS, FISCALIZAÇÃO E PERSPECTIVAS FUTURAS

A fiscalização das cooperativas de transporte é exercida por um tripé institucional: o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), a Receita Federal do Brasil (RFB) e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). O MTE concentra seus esforços na fiscalização da Lei nº 12.690/2012, buscando os indícios de subordinação estrutural e falhas na autogestão. A inobservância dos direitos sociais mínimos e a ausência de uma Assembleia Geral soberana são os focos prioritários. A fiscalização frequentemente recorre a entrevistas individuais com os cooperados para verificar a percepção de autonomia e a liberdade para rejeitar serviços. A RFB fiscaliza a correta aplicação do regime previdenciário (CPP de 15%) e a separação entre atos cooperativos e não cooperativos, exigindo demonstrações contábeis detalhadas que justifiquem as exclusões de bases de cálculo de PIS, COFINS, IRPJ e CSLL.

A fiscalização previdenciária atua de forma rigorosa sobre a base de cálculo da CPP, muitas vezes exigindo o recolhimento sobre valores que a cooperativa classificava como reembolso de despesas e não como valor da fatura. A ANTT, por sua vez, exige o cumprimento das normas do transporte rodoviário, verificando a regularidade de registro da própria cooperativa (como transportadora) e de cada motorista (como TAC, detentor de RNTRC).

O controle de trânsito e o uso de Documentos Eletrônicos de Transporte são cruciais. O uso crescente de tecnologias de rastreamento e aplicativos de gestão logística, enquanto

ferramentas valiosas para a eficiência do transporte, também se tornaram vetores de crescente controle. É fundamental que a cooperativa demonstre que o uso dessas tecnologias visa primariamente a segurança da carga e o cumprimento dos requisitos do cliente, e não o controle de jornada do motorista para fins disciplinares internos. A regulamentação futura precisará endereçar os limites do controle tecnológico para preservar a essência da autonomia do TRC, distinguindo o controle pela segurança e logística do controle do poder diretivo.

8 IMPACTO DA REGULAMENTAÇÃO ECONÔMICA E DA DIGITALIZAÇÃO NO MODELO COOPERATIVO DO TRC

O ambiente em que as cooperativas de transporte de cargas operam não é estático; ao contrário, é constantemente moldado por novas regulações econômicas e por transformações tecnológicas disruptivas. Essas forças externas exercem pressão sobre o modelo cooperativo, testando sua resiliência e, por vezes, tensionando os limites da autonomia do cooperado. A análise a seguir investigará o impacto de dois fenômenos contemporâneos centrais: a intervenção estatal na precificação de fretes e a ascensão da economia de plataforma, que introduz a figura da subordinação algorítmica, além de revisitar o controle de jornada sob a ótica da dignidade do trabalhador.

8.1 A Política Nacional de Pisos Mínimos de Frete (PNPM – Lei nº 14.287/2021) e a Definição de Retirada

A intervenção regulatória no setor de transporte rodoviário de cargas, materializada pela Política Nacional de Pisos Mínimos de Frete (PNPM), instituída pela Lei nº 13.703/2018 e, posteriormente, revisitada pela Lei nº 14.287/2021, introduziu um elemento de rigidez na formação de preços que impacta diretamente a autonomia negocial do Transportador Autônomo de Cargas e, por extensão, a estrutura de remuneração oferecida pelas cooperativas. O objetivo primário desta política é garantir a subsistência do TAC frente à concentração econômica dos embarcadores, estabelecendo uma remuneração mínima que cubra os custos operacionais e remunere adequadamente o trabalho.

Para a cooperativa, que atua como mandatária de seus cooperados na negociação de contratos de frete, o cumprimento do PNPM é obrigatório, mas a sua aplicação exata exige

cautela para não transformar a retirada do cooperado em um “salário camuflado”. O valor total do frete estabelecido pelos pisos é o montante que deve ser repassado ao cooperado subtraídos os custos de rateio e a margem administrativa da cooperativa, desde que esses custos sejam transparentes e aprovados em Assembleia.

Desvios ou retenções excessivas que resultem em uma remuneração ao cooperado inferior àquela que ele obteria agindo individualmente no mercado – em níveis abaixo do piso mínimo legal, desconsiderados os custos – desvirtuam a natureza cooperativa do ato, pois demonstram uma gestão que se beneficia injustamente do trabalho do associado, transformando a cooperativa em exploradora da mão de obra, contrariando o princípio de que o cooperado é sócio e proprietário do resultado de seu trabalho.

8.2 A Economia de Plataforma (Apps Logísticos) e a Subordinação Algorítmica

A crescente digitalização da logística e a proliferação de aplicativos e plataformas tecnológicas que conectam embarcadores a transportadores introduzem um novo e complexo desafio ao modelo cooperativista, dando origem à chamada subordinação algorítmica. Nesses ambientes digitais, as cooperativas de TRC frequentemente inserem seus associados em sistemas onde a alocação de fretes, a definição de preços (muitas vezes em leilão reverso que pressiona o TAC) e o monitoramento de desempenho são controlados por algoritmos opacos.

Enquanto a tecnologia pode otimizar a distribuição de cargas (coordenação técnica), ela também pode ser usada para exercer um controle rigoroso sobre o motorista, simulando a subordinação. Isso ocorre quando o algoritmo penaliza o cooperado por rejeitar fretes, por não aceitar rotas específicas, ou quando seu desempenho (velocidade, tempo de descanso, avaliação do cliente) é gerenciado por um sistema de rating que funciona como uma sanção disciplinar, ameaçando a perda de acesso a novos fretes.

A inserção do cooperado em uma estrutura digital que o priva da liberdade de negociação, que monitora sua atividade continuamente com fins punitivos e que o submete a uma gestão por métricas que não foram estabelecidas de forma democrática (pela Assembleia da cooperativa), robustece a alegação de que a autonomia fática foi substituída por uma nova forma de subordinação, o que a Justiça do Trabalho tem considerado subordinação estrutural mediada por tecnologia.

8.3 Os Mecanismos de Controle de Jornada e a Dignidade do Trabalhador do TRC (Lei nº 13.103/2015)

A Lei nº 13.103/2015, conhecida como a Lei do Caminhoneiro, estabeleceu normas específicas sobre a jornada de trabalho e o tempo de direção do motorista profissional, visando garantir a segurança nas estradas e a saúde do trabalhador. Embora o cooperado seja um autônomo, ele se insere no contexto da segurança viária nacional, o que torna o controle de sua jornada relevante sob o prisma da segurança e da regulamentação do transporte.

Na prática, a cooperativa, ao negociar com grandes tomadores, frequentemente se compromete a fiscalizar o cumprimento das normas de descanso e direção. O ponto crítico reside em distinguir a fiscalização técnica e regulatória, inerente à segurança da atividade, da imposição de controle de jornada análogo ao de um empregado. Se a cooperativa, por meio do uso de tacógrafos digitais e rastreadores, gerencia a jornada do motorista para fins disciplinares (multando-o por atrasos ou exigindo explicações burocráticas sobre pausas), ou se o regula sob a ótica da assiduidade e pontualidade exigida de um empregado, ela se afasta do papel de facilitadora e assume a vestimenta de empregadora.

No regime cooperativo, o motorista é responsável pela gestão de seu tempo e descanso; a cooperativa deve assegurar-lhe o cumprimento da legislação enquanto pressuposto da segurança da carga, mas sem retirar-lhe a autodeterminação sobre a organização de seu tempo disponível.

9 A RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS E O RISCO DA CADEIA DE CONTRATAÇÃO

A constatação da fraude na relação cooperativa projeta seus efeitos para além dos limites da cooperativa e de seus falsos associados, alcançando um ator crucial na cadeia produtiva: o tomador de serviços. A contratação de uma cooperativa fraudulenta não é um ato isento de consequências, e a jurisprudência trabalhista consolidou mecanismos para atribuir responsabilidade àqueles que se beneficiam, direta ou indiretamente, da precarização do trabalho. Os tópicos subsequentes explorarão a extensão dessa responsabilidade, a natureza da culpa imputada ao contratante e as medidas de compliance que podem ser adotadas para mitigar os riscos jurídicos e financeiros inerentes a essa complexa relação tripartite.

9.1 Natureza da Responsabilidade: Subsidiária, Solidária e a Culpa *In Eligendo* / *In Vigilando*

O tomador de serviços (contratante da cooperativa) não está isento de responsabilidade em caso de descaracterização judicial do vínculo cooperativo para emprego.

O Direito do Trabalho brasileiro atribui-lhe a responsabilidade subsidiária na cadeia de serviços quando a contratação, ainda que lícita em tese (como a de uma cooperativa), gera um passivo trabalhista que a prestadora (a cooperativa) se torna incapaz de saldar. Esta responsabilidade se fundamenta na culpa *in vigilando*, que é o dever do tomador de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias da contratada.

No contexto da cooperafraude, essa culpa é agravada, pois a mera intenção de reduzir custos ao contratar uma cooperativa com indícios de simulação já configura, em tese, a culpa *in eligendo* (culpa na escolha). Contudo, a responsabilidade poderá evoluir de subsidiária para solidária em situações de conluio comprovado, onde o tomador participa ativamente da fraude, utilizando-se da cooperativa como mero instrumento de desoneração salarial e negando ao cooperado direitos mínimos garantidos pela Lei nº 12.690/2012.

Um indício forte de conluio é a integração total do falso cooperado à estrutura do tomador, como o uso compulsório de logomarcas, uniforme da empresa tomadora ou o desempenho de atividade-fim idêntica àquela exercida por empregados diretos da tomadora, tornando-o funcionalmente indistinguível de um empregado contratado pela CLT.

9.2 Os Cuidados Contratuais (Compliance) na Contratação da Cooperativa

A mitigação do risco de responsabilização por parte do tomador de serviços exige a adoção de um robusto plano de *compliance* trabalhista e cooperativo. O contrato de prestação de serviços entre o tomador e a cooperativa deve ir além da mera formalidade, exigindo da cooperativa a apresentação periódica de evidências concretas de sua autogestão e legalidade.

O tomador deve incluir cláusulas que imponham à cooperativa a obrigação de dar ciência irrestrita aos cooperados sobre os termos do contrato de frete, o valor total negociado e o rateio dos custos. Documentos como as Atas das Assembleias Gerais que demonstrem a participação democrática na fixação de retiradas e custos administrativos, os comprovantes de recolhimento da contribuição previdenciária patronal (CPP de 15%) e os demonstrativos de pagamento individuais das retiradas do cooperado devem ser auditados mensalmente. Essas

medidas de culpa *in vigilando* documentada servem de baluarte processual e demonstram a boa-fé do tomador, que providenciou a fiscalização necessária, limitando a responsabilização, caso a fraude seja exclusivamente interna à cooperativa e não tenha sido perceptível ou tolerada pelo contratante.

O tomador deve garantir que sua rotina operacional não interfira no modo de execução do trabalho do motorista, abstendo-se de comandar a jornada ou aplicar sanções disciplinares, limitando-se apenas à fiscalização dos resultados e da segurança.

9.3 A Prova do Ato Não Cooperativo para Fins de Descaracterização da Relação com o Tomador

A descaracterização da relação para o tomador muitas vezes pivota na prova de uma relação de simbiose econômica que transforma a cooperativa em um braço operacional exclusivo daquele contratante. O conceito de “monossocietriedade” fática, embora não seja por si só suficiente para configurar a fraude, é um forte indício. Se o cooperado ou mesmo a cooperativa dependem de forma quase ou totalmente exclusiva dos fretes fornecidos por um único tomador, a liberdade econômica e o risco compartilhado inerentes ao princípio cooperativista ficam comprometidos. O Judiciário Trabalhista analisa se a cooperativa existe funcionalmente apenas para atender à demanda de uma única empresa, transformando-se em uma *holding* de mão de obra barata.

Nesse cenário, o ato praticado pela cooperativa deixa de ser um ato cooperativo autêntico (viabilizar o trabalho do sócio em um mercado amplo) e se torna um ato não cooperativo sob o prisma sociológico-trabalhista: a intermediação fraudulenta de serviços com intuito exclusivo de lucro para o capital (o tomador, via redução de encargos). A demonstração de que a cooperativa presta serviços a um portfólio diversificado de clientes, e que o cooperado também atende a outros tomadores fora da intermediação cooperativa, é fundamental para preservar a legalidade estrutural da relação.

10 ASPECTOS PROCESSUAIS E JURISPRUDENCIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O reconhecimento ou a refutação da fraude em uma relação cooperativa na seara judicial depende de uma análise probatória criteriosa, regida por regras processuais específicas

que determinam a distribuição do ônus da prova e a força dos elementos apresentados pelas partes. A complexidade fática e jurídica dos casos de 'cooperfraude' no transporte de cargas frequentemente demanda a utilização de provas técnicas e resulta em decisões com diferentes alcances e efeitos. Esta seção final abordará os principais aspectos processuais que permeiam esses litígios, desde a crucial questão do ônus probatório até o papel da perícia contábil e os efeitos de uma sentença declaratória de vínculo empregatício.

10.1 O Ônus da Prova na Descaracterização do Vínculo Cooperativo

Em geral, no processo do trabalho, cabe ao reclamante (o cooperado que busca o reconhecimento do vínculo de emprego) provar a presença dos elementos fático-jurídicos da relação empregatícia (pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação, conforme artigos 2º e 3º da CLT). Entretanto, uma vez que a cooperativa admite a prestação de serviços, mas alega que essa prestação se deu sob a égide da relação cooperativista (fato impeditivo ou modificativo do direito), ocorre o fenômeno da inversão do ônus da prova.

Cabe à cooperativa comprovar de forma cabal a fidedignidade da relação societária, demonstrando que o motorista de fato exercia sua autonomia e participava da gestão e dos riscos, conforme o Estatuto e a Lei nº 12.690/2012. Essa prova não se limita à apresentação de documentos formais, como o termo de adesão, mas exige a demonstração palpável da autogestão: as atas de assembleia com quórum significativo e discussão real; a evidência de que os cooperados podiam rejeitar fretes; e a transparência contábil sobre os repasses e o rateio de custos. A falha da cooperativa em comprovar a gestão democrática e a autonomia do cooperado é o fator mais comum para o reconhecimento judicial da fraude e, conseqüentemente, do vínculo empregatício.

10.2 A Sentença Declaratória e seus Efeitos *Erga Omnes* versus *Inter Partes*

A sentença proferida pela Justiça do Trabalho que reconhece o vínculo empregatício entre o cooperado e a cooperativa possui, em regra, efeitos *inter partes*, ou seja, restringe-se apenas às partes envolvidas no processo individual (o motorista reclamante e a cooperativa/tomador). Contudo, quando a descaracterização é resultado de uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), que visa tutelar direitos difusos

ou coletivos de um grupo de cooperados ou da categoria, a decisão pode ter efeitos *erga omnes* (para todos), ou *ultra partes* (para um grupo determinado), dependendo da extensão do pedido.

O MPT atua frequentemente investigando grandes cooperativas que operam em esquema de cooperfraude e buscando a anulação dos termos de adesão e o reconhecimento do vínculo para toda a massa de trabalhadores que se encontra em situação idêntica ou semelhante. Nesses casos, a sentença não apenas declara o vínculo, mas pode obrigar a cooperativa a cessar a prática fraudulenta e a se abster de contratar sob o modelo cooperativo, ou condicionar sua continuidade à prova de que alterou seu estatuto e sua prática operacional para aderir estritamente à Lei. A liquidação da sentença, seja individual ou coletiva, exige o cálculo detalhado de todas as verbas rescisórias e contratuais devidas, convertendo as retiradas em salários e apurando horas extras, depósitos de FGTS e 13º salários.

10.3 A Importância da Perícia Contábil e Fiscal nos Processos de Descaracterização

Em litígios complexos envolvendo cooperativas de TRC, a prova técnica, especialmente a perícia contábil e fiscal, assume um papel de extrema relevância, muitas vezes decisivo para o deslinde da causa. O perito judicial é incumbido de analisar os livros contábeis da cooperativa, os demonstrativos financeiros, as notas fiscais emitidas aos tomadores e os recibos de retirada dos cooperados para verificar a compatibilidade entre a realidade financeira e o alegado ato cooperativo.

A perícia busca identificar discrepâncias que evidenciem o desvio de finalidade: a retenção de uma margem excessiva e injustificada pela diretoria (lucro); a ausência de rateio transparente de sobras ou perdas; a destinação de fundos que beneficiem terceiros em detrimento dos cooperados; ou a camuflagem de custos operacionais do tomador como despesas da cooperativa.

A análise do fluxo de caixa e da composição das retiradas pode facilmente revelar se o valor recebido pelo cooperado tinha a natureza de remuneração fixa, estável e desvinculada dos riscos de mercado (similar a um salário), ou se de fato refletia a proporcionalidade do sucesso das operações e o compartilhamento dos custos, conforme a legislação cooperativa exige. A perícia, portanto, transforma os dados brutos e a escrituração legal em prova material da autonomia ou da fraude.

11 CONCLUSÃO

O regime das cooperativas de trabalho de transporte de cargas é um instrumento potente de organização produtiva e de inclusão econômica do Transportador Autônomo de Cargas, desde que operado estritamente dentro dos limites da legislação cooperativista e trabalhista. Sua legitimidade está intrinsecamente ligada à comprovação da autogestão efetiva, da participação democrática na divisão dos riscos e resultados, e da manutenção irrestrita da autonomia profissional do cooperado.

O desvio dessa finalidade social e a adoção de práticas que simulem o contrato de trabalho (a "cooperfraude") acarretam consequências jurídicas severas, incluindo a descaracterização para vínculo empregatício, a imposição de elevadas responsabilidades trabalhistas e previdenciárias retroativas, e a perda do regime tributário diferenciado.

A segurança jurídica e a perenidade deste modelo dependem do compromisso inegociável da diretoria e dos associados em dar primazia à realidade cooperativista sobre a mera formalidade contratual, garantindo que o sócio seja, em essência e faticamente, o senhor de seu próprio trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943.

BRASIL. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1º ago. 2003.

BRASIL. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 dez. 1971.

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1991.

BRASIL. Lei nº 11.442, de 5 de janeiro de 2007. Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 jan. 2007.

BRASIL. Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012. Dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 jul. 2012.

BRASIL. Lei nº 13.103, de 2 de março de 2015. Dispõe sobre a profissão de motorista. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 3 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.703, de 8 de agosto de 2018. Institui a Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 14.287, de 31 de dezembro de 2021. Altera a Lei nº 13.703, de 8 de agosto de 2018 [...]. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 3 jan. 2022.

****Submetido em 13 out. 2025. Aceito em 20 out. 2025.***



AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NA DOSIMETRIA PENAL

Wesley Jerônimo Pinto Martins*

Sumário: 1. Introdução; 2. Penas; 2.1 Origem do conceito moderno; 2.2 Espécies de penas; 2.3 Aplicação das penas privativas de liberdade; 2.3.1 Sistema trifásico para dosimetria da pena; 3. Primeira-Fase: Aplicação da Pena-Base; 3.1 Circunstâncias judiciais; 3.1.1 Culpabilidade; 3.1.2 Antecedentes; 3.1.3 Conduta Social; 3.1.4 Personalidade; 3.1.5 Motivos do crime; 3.1.6 Circunstâncias do crime; 3.1.7 Consequências do crime; 3.1.8. Comportamento da vítima; 4. Critérios para a Fixação da Pena-Base pela Jurisprudência; 5. Conclusão; Referências.

Resumo: Analisa a dosimetria penal quanto à fixação da pena-base. Dispõe sobre a dosimetria penal e o princípio constitucional de individualização da pena, traçando suas particularidades. Delimita a pesquisa na primeira fase da dosimetria penal, que trata das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Apresenta as circunstâncias judiciais, individualizando-as, pontuando suas características e explicitando o procedimento adotado para sua correta apreciação pelo magistrado. Analisa brevemente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que tange à consideração de cada circunstância judicial. Elenca os critérios utilizados pela jurisprudência predominante na fixação da pena-base.

Palavras-chave: Dosimetria. Circunstâncias Judiciais. Pena-Base.

Abstract: Analyzes the criminal dosimetry regarding the setting of the base penalty. It deals with the criminal dosimetry and the constitutional principle of individualization of the penalty, tracing its particularities. It delimits the research in the first phase of criminal dosimetry, which deals with the judicial circumstances of art. 59 of the Penal Code. It presents the judicial circumstances, individualizing them, punctuating their characteristics and explaining the procedure adopted for their correct appreciation by the magistrate. It analyzes the jurisprudence of the Superior Court of Justice regarding the consideration of each judicial circumstance. It lists the criteria used by the prevailing jurisprudence in setting the base penalty.

Keywords: Dosimetry. Judicial Circumstances. Fixing the Base Penalty.

1 INTRODUÇÃO

*Oficial de Registro Civil. Pós-graduado especialista em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário (2021). Pós-graduado especialista em Direito e Processo Penal (2019). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2017). E-mail: wesleyjpm@gmail.com.

O presente trabalho analisa a fixação da pena-base no direito brasileiro por meio da aferição das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal (CP), pelo enfoque do princípio constitucional de individualização da pena.

Inicialmente, são traçados os conceitos básicos, a partir da definição moderna de pena.

A noção moderna de pena criminal tem sua origem a partir da disseminação do Iluminismo, ganhando destaque notadamente no final do século XVIII.

Naquela época, os escritos de Cesare Beccaria começaram a ganhar destaque pela Europa, consolidando uma obra que se tem hoje como melhor representante do iluminismo penal e da Escola Clássica do Direito Penal.

Num segundo momento, esposamos linhas gerais sobre as espécies de penas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como introduzimos o sistema trifásico para dosimetria da pena privativa de liberdade.

Nessa toada, observa-se que a reforma da parte geral do código penal, em 1984, adotou o sistema trifásico de fixação da pena preconizado pelo mestre Nelson Hungria, dividindo o cálculo penal em: I) Primeira Fase: Determinação da pena-base através da apreciação das circunstâncias judiciais (Art. 59 do CPB), II) Segunda Fase: Determinação da pena provisória através da apreciação das circunstâncias agravantes e atenuantes (circunstâncias legais) e III) Terceira Fase: Determinação da pena definitiva, analisando-se as causas de aumento e diminuição contidas no art. 68 do CPB.

A análise deste trabalho é delimitada à primeira fase do sistema trifásico, a fixação da pena-base, momento no qual se deve buscar que a reprimenda seja moldada de acordo com ação delitiva praticada pelo agente, ganhando os contornos de pessoalidade, proporcionalidade e individualidade.

Para tanto, é feita uma análise, uma a uma, as circunstâncias judiciais que devem ser sopesadas pelo magistrado para que a pena-base se atenda aos preceitos legais. Com isso, evidencia-se a existência de elementos quantitativos suficientes para a fixação da pena com a utilização efetiva das circunstâncias judiciais legais de forma criteriosa, além possibilitar, no caso concreto, o seu controle, permitindo ao magistrado caminhar largos passos no sentido de proceder à individualização da pena, conforme indica a Constituição Federal de 1988.

Ademais, ao longo de toda a presente análise é feita referência aos mais recentes entendimentos dos Tribunais Pátrios, notadamente dos entendimentos que predominam perante o Superior Tribunal de Justiça, o qual apresenta farta jurisprudência apreciada as matérias sob estudo.

A fundamentação das circunstâncias judiciais e o estabelecimento de critérios razoáveis para fixação da pena-base mostram-se como pontos de grande relevância para o estudo da dosimetria da pena. Analisando esses temas, o presente estudo busca estabelecer diretrizes claras e contemporâneas dos principais entendimentos relacionados a essas questões predominantes, notadamente, no Superior Tribunal de Justiça.

2 PENA

A pena é uma consequência jurídica da infração penal (crime ou contravenção), consoante o que diz o princípio *nulla poena sine crimine*. Assim, para que exista uma pena a ser atribuída, é necessário que tenha existido, antes, uma infração penal perpetrada.

Com isso, praticado um fato típico, ilícito e culpável, surge, então, a possibilidade de imputação da pena.

2.1 Origem do conceito moderno

A noção moderna de pena criminal tem sua origem a partir da disseminação do Iluminismo, ganhando destaque notadamente no final do século XVIII.

Naquela época os escritos de Cesare Beccaria começaram a ganhar destaque pela Europa, consolidando uma obra que se tem hoje como melhor representante do iluminismo penal e da Escola Clássica do Direito Penal.

Dentre as principais revoluções do pensamento jurídico penal à época promovidos pelo iluminismo, destacam-se a finalidade da pena como um impedimento que o réu consume novos danos à sociedade; o propósito por em prática os princípios da humanidade e da proporcionalidade; bem como a busca por julgamento mais justos e claros, baseados em critérios objetivos (BECCARIA, 1997, p. 57).

Trazendo para a realidade pátria, as ideias do iluminismo penal começaram a repercutir no Brasil, ainda que de maneira discreta, no Código Criminal de 1890, o qual extirpou do ordenamento jurídico a prisão perpétua e reconheceu os institutos da prescrição e da detração penal.

Atualmente, observa-se que o sistema penal brasileiro consagra formalmente os postulados do que se entende hoje como devido processo legal, garantindo aos sujeitos processuais, notadamente ao réu, o respeito aos postulados do iluminismo penal.

2.2 Espécies de pena

O sistema penal brasileiro reconhece a existência de três tipos de pena: (a) privativas de liberdade; (b) restritivas de direito; e (c) multa (BRASIL, 1940).

As penas privativas de liberdade consistem na restrição da liberdade do indivíduo como penalidade pela prática dos atos imputados como crimes ou contravenções penais.

As penas privativas de liberdade previstas pela prática de crimes são as penas de reclusão e de detenção; já a prevista como penalidade pelas contravenções penais consiste em prisão simples.

No que diz respeito à prisão simples, o seu conceito vem trazido por meio da Lei de Contravenções Penais, a qual assim estabelece: “Art. 6º A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto” (BRASIL, 1941, art. 6º).

Quanto às penas privativas de liberdade imputadas pela prática de crimes, importa trazer a disposição legal que traz a definição de tais conceitos, veja-se: “Art. 33 - A pena de **reclusão** deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de **detenção**, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado” (BRASIL, 1940, art. 33, grifo nosso).

Da disposição legal extrai-se que o julgador nunca poderá aplicar o regime fechado como regime inicial em condenações à pena de detenção, independente da quantidade de pena aplicada.

No entanto, isso não significa que a pena de detenção em nenhuma hipótese pode ser cumprida em regime fechado. Em verdade, tem-se que é possível o cumprimento da pena de detenção em regime fechado, mas isso somente ocorrerá no curso da execução penal e, se houve necessidade, devidamente justificada nos autos pelo julgador.

Dito isso, estão delineadas os conceitos das espécies das penas privativas de liberdade.

Quanto às penas restritivas de direito, é de se ver que essas consistem em penalidades impostas pela prática de crimes, que, apesar de merecerem uma reprimenda por meio da legislação penal, não demandam a privação da liberdade de seus agentes.

Com isso, visto que a privação da liberdade consiste na medida mais extrema da legislação penal, ela não deve ser aplicada para toda e qualquer prática criminosa. Para condutas

menos gravosas, o julgador pode determinar somente a restrição de determinados direitos do agente, razão pela qual existem as penas restritivas de direitos.

Tais espécies de penas subdividem-se dentre as seguintes classificações, conforme a legislação penal:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;

III - limitação de fim de semana.

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana. (BRASIL, 1940, art. 43).

Ademais, as penas privativas de liberdade são autônomas e substituem as privativas de liberdade somente quando preenchidos os seguintes requisitos: (i) aplicada pena privativa de liberdade não superior q quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (ii) o réu não for reincidente em crime doloso; e (iii) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Por fim, tem-se as penas de multa, as quais consistem no pagamento ao Fundo Penitenciário de determinado valor em dinheiro. A quantia é fixada na sentença e arbitrada em dias-multa, devendo ser, no mínimo, 10 (dez), e, no máximo, 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Delineadas as diretrizes e as espécies de pena existentes no ordenamento jurídico pátrio, passa-se a analisar como se dá a aplicação das penas privativas de liberdade, principal objeto de análise do presente estudo.

2.3 Aplicação das penas privativas de liberdade

O Código Penal (CP) vigente, o qual surgiu no mundo jurídico com o Decreto-lei nº 2.848/40, alterou os antigos critérios rígidos de determinação da pena, então determinados pelas legislações anteriores.

Com isso, a determinação da sanção penal deixou de orientar-se apenas por operações matemáticas e passou a ser individualizada, de forma mais adequada tanto qualitativamente como quantitativamente.

E isso se deu porque ao julgador foi atribuída a liberdade, nos termos do permissivo legal, de adequar a resposta penal, abstratamente prevista pelo legislador, à cada caso concreto, levando em conta as particularidades de cada conduta posta sob análise e, sobretudo, considerando o indivíduo como centro axiológico do ordenamento jurídico.

Marcando novo paradigma, surgiu a Lei nº 7.209/84, lei que ficou conhecida como nova Parte Geral, que expressamente adotou o método trifásico para o cálculo da pena pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Idealizado por Nelson Hungria, a adoção do modelo trifásico para o cálculo da pena trouxe a legislação penal brasileira para novo patamar, garantindo maior proporcionalidade e individualização da atribuição da pena.

Para o citado jurista, a fixação da pena deve observar três fases distintas: a) em um primeiro momento, o juiz, mediante livre e prudente arbítrio, deveria apreciar as circunstâncias judiciais do art. 42 (hoje art. 59), fixando a pena-base; b) numa segunda etapa, seria examinada a existência de circunstâncias agravantes ou atenuantes; c) e, em uma terceira e definitiva operação, a averiguação da existência de causas especiais de aumento ou diminuição de pena (HUNGRIA, 1981, p. 476-477).

Partindo dessa premissa, será analisado como estrutura-se o modelo trifásico contemporaneamente, atendo-se principalmente às considerações jurisprudenciais a respeito das circunstâncias judiciais no cálculo da pena-base.

2.3.1 Sistema trifásico para dosimetria da pena

O Código Penal adotou o modelo trifásico na aplicação da pena privativa de liberdade. Como base nesse critério, a pena-base é fixada conforme os critérios do art. 59 do Código Penal; em seguida são consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; e, por último, serão levadas em consideração as causas de diminuição e de aumento de pena, conforme se vê: “Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento” (BRASIL, 1940, art. 68).

Desse modo, na primeira fase, o juiz fixa a pena-base levando em conta, nos termos da lei, as oito circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do CP. Nesse primeiro momento, a

pena é fixada entre os limites legais, ou seja, não pode ficar aquém do mínimo, nem acima do máximo previsto no tipo penal, nos termos da legislação penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 1940, art. 59).

Registra-se que parte relevante da doutrina sustenta que a análise das vetoriais dos antecedentes criminais, da personalidade do agente e da conduta social, representam resquícios do Direito Penal do Autor, as quais não buscam uma individualização da pena em relação à conduta praticada pelo agente (Direito Penal do Fato), mas sim uma penalização pelo próprio fato de ser o agente quem ele é. No entanto, considerando os objetivos e limitações do presente trabalho, será feita a análise da legislação vigente como posta e a análise jurisprudencial diante de tais circunstâncias judiciais.

Na segunda fase são consideradas as circunstâncias legais, as quais consistem nas atenuantes e nas agravantes, as quais estão previstas nos artigos 61 a 67 do CP, respeitando também os limites legais, nos seguintes termos:

Circunstâncias agravantes

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

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

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

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

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

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

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

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

m) nas dependências de instituição de ensino.

Agravantes no caso de concurso de pessoas

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

- I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
- II - coage ou induz outrem à execução material do crime;
- III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;
- IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Reincidência

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

Circunstâncias atenuantes

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

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um) anos, na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença, salvo se o crime envolver violência sexual contra a mulher;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

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

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. (BRASIL, 1940, arts. 61, 62, 63, 64, 65, 66 e 67).

Na terceira fase, o julgador leva em consideração as causas de diminuição e de aumento de pena, sendo que essas poderão elevar a pena acima do máximo abstratamente cominado ou reduzi-las abaixo do mínimo legal.

Tais causas de diminuição e aumento são específicas de cada tipo penal. No entanto, para ilustrar o presente estudo faz-se referência à previsão legal correspondente ao tipo de homicídio, nos seguintes termos:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. [...]

Aumento de pena

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos. [...]

§ 6º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio. (BRASIL, 1940, art. 121).

O julgador observará a ordem das fases e não poderá haver compensação entre cada uma delas. No entanto, é possível que, no caso concretamente considerado, não ocorra a incidência de nenhuma circunstância agravante e atenuante; e nenhuma causa de aumento ou diminuição da pena, hipótese em que a pena fixada na primeira fase será a pena definitiva.

Tal critério de fixação da pena está em consonância com o atual regramento constitucional, o qual notabilizou as garantias penais, ganhando relevância o Princípio da Individualização da Pena e da Proporcionalidade, conforme estabelece a Constituição Federal:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos; (BRASIL, 1988, art. 5º).

Com a fixação da pena privativa de liberdade definitiva, com a passagem das três fases, o julgador estabelece o regime inicial de cumprimento de pena e, por conseguinte, avaliará a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena, nos termos do art. 59 do Código Penal.

Dito isso, passa-se para a análise, no capítulo que segue, das circunstâncias judiciais na aplicação da pena-base, a primeira fase do modelo trifásico na aplicação da pena privativa de liberdade.

3 PRIMEIRA-FASE: APLICAÇÃO DA PENA-BASE

Seguindo o rigor da legislação penal, não se utilizaria a expressão “pena-base”. No entanto, tal nomenclatura foi consagrada pela doutrina e pela jurisprudência em razão de a citada fase constituir o parâmetro inicial para o cálculo da pena. Ademais, em consonância com a nomenclatura adotada, é digno de menção que o estabelecimento da pena-base é a única fase inevitável no procedimento de fixação da pena privativa de liberdade.

A individualização da pena-base segue os parâmetros determinados pelo art. 68, o qual dispõe que será ela fixada atendendo-se ao critério do art. 59, ambos do Código Penal. Esse último dispositivo congrega oito cláusulas que devem ser levadas em consideração para determinação inicial da pena, denominadas circunstâncias judiciais. São assim conhecidas porque compete ao juiz dar a elas o relevo que merecerem, analisando o caso concreto, conforme se verá.

3.1 Circunstâncias judiciais

Segundo o disposto na lei, para a determinação da pena-base, diante de um fato concreto, devem ser examinados a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do acusado, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, e, ainda, o comportamento da vítima. Tal procedimento deve ter como referência a pena abstratamente cominada ao crime e deve atender aos seus limites mínimo e máximo. Assim, o julgador estabelecerá a pena individualmente considerada, analisando as peculiaridades do caso concreto.

Notadamente nessa fase de aplicação da pena privativa de liberdade, evidencia-se o papel do julgador, o qual deve se ater aos Princípios da Proporcionalidade, da Necessidade e da Suficiência da Pena, ao aplicar, no caso concreto, os referidos princípios e, posteriormente, atribuir pena em medida adequada.

E isso se dá também para que as partes submetidas ao crivo judicial tomem ciência das razões que levaram o magistrado a fixar a pena-base em determinada quantidade, de modo que o julgador proceder de modo diverso, sem analisar cada circunstância judicial individualmente, afronta diretamente o Princípio da Individualização da Pena, bem como as normas legais e constitucionais que o consagram.

Dessa forma, é direito de ambas as partes do processo saber os motivos que levaram o juiz a fixar a pena-base em determinada quantidade, de forma que, caso o juiz não analise e valorize cada circunstância judicial individualmente, mas sim de forma genérica, encontra-se maculada a decisão, sob pena de ferir o princípio da individualização da pena.

Assim, visto que dado o panorama sobre como são analisadas as circunstâncias judiciais na aplicação da pena privativa de liberdade, o presente estudo seguirá analisando cada uma as oito circunstâncias judiciais que devem ser analisadas na aplicação da pena-base.

3.1.1 Culpabilidade

A culpabilidade, a primeira circunstância elencada no art. 59, indica censurabilidade, reprovabilidade da conduta do agente.

Nesse sentido, tal conceito não significa questionar se o agente é ou não culpável, isto é, se está ou não sujeito à pena, não tem relação com a culpabilidade integrante do conceito analítico de crime, do conceito tripartido. Como circunstância judicial, a culpabilidade trata-se do juízo de censurabilidade, de reprovabilidade, que recai sobre o fato típico e ilícito realizado pelo agente

A culpabilidade, além de fundamentar a aplicação da pena, é o seu elemento limitador. Quanto maior a culpabilidade, maior a pena. Inversamente, pequena culpabilidade, pena mais branda. A tipicidade e a ilicitude constituem pressuposto indispensável à imposição da sanção penal, mas é a culpabilidade que além de condicioná-la, limita-a e a gradua. Esta é a primeira das circunstâncias que o juiz analisa quando vai fixar a pena-base. É a mais importante delas, e por isso deve ser verificada com maior cuidado. Não basta que considere ser ele culpado – imputável, com possibilidade de conhecer a ilicitude e do qual se pode exigir conduta diferente – que isso é requisito para a condenação. Deve o juiz analisar e conhecer o grau da consciência da ilicitude, e o grau da exigibilidade de conduta diversa, para então, concluir se o agente agiu com maior ou menos culpabilidade, merecendo, então, elevada ou pequena reprovação.

É importante salientar, contudo, que o fator culpabilidade, embora norteador de todo o percurso de aplicação da pena, não é exclusivo, de modo que deverão ser consideradas também as demais circunstâncias orientadoras da dosagem da pena, previstas na norma penal.

Quanto ao ponto, assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

[...] 3. A culpabilidade deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. Por certo, o fato do réu ter atribuído, em juízo, a autoria do crime ao tio da vítima, visando a se eximir da responsabilidade penal, de per si, denota a maior intensidade do dolo, de modo a permitir a exasperação da pena-base. Além disso, o acusado afirmou que as "confusões" da ofendida e os supostos equívocos de sua estagiária seriam a causa da conduta apurada nos autos. (AgRg no HC 485.486/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 02/09/2019).

[...] 1. O julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal - CP) e as circunstâncias delimitadoras do art. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes devendo na análise da circunstância judicial da culpabilidade aferir o maior ou menor índice

de reprovabilidade pelo fato criminoso praticado. (AgRg no AREsp 1465843/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 30/08/2019).

Portanto, passa-se para a análise da circunstância judicial seguinte.

3.1.2 Antecedentes

Os antecedentes que possuem relevância na aferição da vida do acusado são fatos desabonadores e perfeitamente identificados, por ele praticados antes da infração penal. Ainda que graves, mas se realizados após o ilícito penal, não exercem qualquer influência na determinação da pena-base. A vida social, boa ou desregrada, também não pode ser valorada na conta dos antecedentes, pois é reservada para o exame da circunstância conduta social.

Quais seriam, então, os comportamentos que poderiam ser debitados na conta dos maus antecedentes do acusado? São os fatos considerados crimes anteriormente praticados pelo condenado.

O inquérito policial, quando já arquivado, não pode traduzir em maus antecedentes. É que nessa hipótese, os trabalhos de investigação já obtiveram formal manifestação do Ministério Público e solene decisão judicial sobre a inviabilidade de uma futura ação penal.

Já a possibilidade de o inquérito policial em andamento alimentar o conceito de maus antecedentes do acusado é objeto de acesa polêmica jurisprudencial. Aqueles que recusam tal possibilidade defendem que as investigações policiais constituem mera proposta de trabalho e o curso delas traduz em mera captação de indícios de infração penal. Invocam inclusive o princípio da presunção de inocência, que significa que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, isto é, nenhuma sanção criminal poderá ser imposta ou dela extrair efeito jurídico próprio da condenação. Assim, o indiciamento ou denúncia do réu em outro processo não pode conduzir à conclusão de maus antecedentes, o que constituiria, sem dúvida, condenação hipotética e antecipada.

Em outra vertente, os que admitem aquela possibilidade, sustentam que é elemento caracterizador de maus antecedentes o fato de o réu responder a diversos inquéritos policiais e ações penais sem trânsito em julgado, justificando, assim, a exacerbação da pena-base (BRASIL, 1940, art. 59). A presunção de inocência não impede que a existência de inquérito policial e de condenação criminal que não possa ser considerada para a caracterização da reincidência não possa ser levada em conta de maus antecedentes. A existência de inquéritos e

processos em curso indica maus antecedentes, aptos a determinar a exacerbação de pena, não existindo, por isso mesmo, nenhuma violação ao princípio da presunção de inocência.

Apesar das controvérsias, desponta-se mais consentâneo com o atual sistema constitucional a desconsideração de inquéritos policiais ou ações penais em curso, como maus antecedentes do acusado.

Diante dessa concepção liberal, restou pouco a ser imputado ao agente a título de maus antecedentes: somente as infrações penais julgadas em definitivo. Porém, ainda assim, há de se examinar se tal antecedente não venha constituir reincidência, a qual será objeto de aferição na segunda fase o cálculo da pena, por se tratar de uma agravante genérica.

Assim, somente poderão constituir maus antecedentes as infrações penais ocorridas antes do fato, mas que somente depois dele tenha se operado o respectivo trânsito em julgado da condenação. É indispensável ainda que o julgamento anterior adquira caráter definitivo antes do julgamento do novo fato, apesar de recentes decisões dos tribunais superiores excetuarem tal posicionamento. Há, pois, um juízo definitivo sobre um fato anterior, sem que tenha ocorrido a reincidência ou violado o princípio da inocência.

É importante registrar, por fim, que não pode traduzir em maus antecedentes a condenação anterior não apta a gerar reincidência, naquelas hipóteses de transcurso do período depurativo de cinco anos. Ora, quando o legislador afasta, para fins de reincidência, condenação anterior definitiva (art. 64, I, CP), implicitamente impede sua valoração negativa em um fato posterior. Isto é, afastou-a dos antecedentes da vida do acusado, sob pena de eternizar as conseqüências jurídicas de um fato que a própria lei limita seus efeitos no tempo.

A prova dos antecedentes é feita através de certidão idônea, não servindo as testemunhais ou a denominada folha corrida, expedida pela polícia.

Assim é o entendimento assente nos Tribunais Pátrios:

Súmula nº 444 (STJ) - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Súmula nº 59 (TJ/CE) – É possível a aplicação da agravante da reincidência ou a valoração negativa dos antecedentes quando o magistrado especifica na sentença o número do processo em que há decisão condenatória em desfavor do acusado e a data em que o trânsito em julgado ocorreu, dados passíveis de consulta no sítio eletrônico do tribunal, sendo prescindível a presença de certidão ou folha de antecedentes criminais nos autos.

Dito isso, passa-se para a análise da vetorial seguinte.

3.1.3 Conduta Social

Consiste no comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com os outros indivíduos. Nesse ponto, importante ressaltar que os antecedentes sociais do réu não se confundem com seus antecedentes criminais.

A valoração da conduta social não se confunde com o exame dos antecedentes. Pode haver casos em que o sujeito com registro de antecedentes criminais tenha conduta social elogiável, assim como é possível encontrar situações em que o sujeito com um passado judicial imaculado seja temido na comunidade em que vive.

São examinados, nessa fase na dinâmica da dosimetria, os elementos indicativos da inadaptação ou do bom relacionamento do agente na sociedade em que está integrado.

Aufere-se a conduta social do apenado, basicamente, da análise de três fatores que fazem parte da vida do cidadão comum - família, trabalho e religião - analisando-se o modo de agir do agente nas suas ocupações, sua cordialidade ou agressividade, egocentrismo ou prestatividade, rispidez ou finura de trato, seu estilo de vida honesto ou reprovável.

No enfoque da conduta social, não pode o magistrado restringir-se a afirmar que o réu “aparentemente não possui boa conduta social”, sem tomar por base minimamente os elementos probatórios dos autos. Não bastam meras conjecturas, é necessário que se ponderem as provas, geralmente orais, produzidas nos autos: a palavra das testemunhas que conviveram com réu (inclusive das abonatórias), eventuais declarações, atestados, abaixo-assinados, etc. A constatação de um fato isolado na vida do condenado não revela sua conduta social, que é considerada levando-se em conta o histórico de vida do agente.

Segue o entendimento jurisprudencial sobre a citada circunstância judicial:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. CONDOTA SOCIAL. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS. PREJUÍZO SUPOSTO PELA VÍTIMA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus,

pois exigiriam revolvimento probatório. **3. Quanto à conduta social, para fins do art. 59 do CP, esta corresponde ao comportamento do réu no seu ambiente familiar e em sociedade, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental.** **4. No caso, as instâncias ordinárias limitaram-se a afirmar que a conduta social do agente seria desfavorável. Todavia, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que considerações genéricas e desvinculadas do contexto fático dos autos, assim como elementos inerentes ao próprio tipo penal não servem para o agravamento da pena, como se constata na espécie.** **5.** Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. In casu, o prejuízo suportado pela vítima deve ser reconhecido como superior ao ínsito aos delitos contra o patrimônio, considerando se tratar de roubo de duas motocicletas, o que autoriza a exasperação da reprimenda a título de consequências do crime. **6.** As circunstâncias concretas do delito, praticado mediante o emprego de arma de fogo, em concurso com três outros agentes, denotam a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 (um terço) pela incidência das duas majorantes do crime de roubo. **7.** Considerando se tratar de réu primário, condenado ao cumprimento de pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, mas tendo havido valoração negativa das consequências do crime, deve ser mantido o regime prisional fechado, conforme a dicção do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP. **8.** Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda a 6 anos, 6 meses e 12 dias de reclusão, ficando mantido o regime prisional fechado. (HC 536.623/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2019, DJe 15/10/2019, grifo nosso).

Com isso, segue-se na análise da próxima circunstância judicial.

3.1.4 Personalidade

São as características, psicologicamente consideradas, da pessoa. É formada, portanto, de modo gradual e determinará a individualidade pessoal e social do agente.

O desvio de comportamento, revelado pelo seu caráter, que funciona como placa de identificação das estruturas psicológicas internas, também deverá ser avaliado em conjunto com as demais circunstâncias judiciais.

Evidentemente que, em determinadas hipóteses, a própria lei antecipou-se e estabeleceu critérios de avaliação de personalidade, já definindo as consequências jurídicas dos atos praticados por agente com a personalidade comprometida. Sendo menor de dezoito anos na data da infração penal, o ato do agente é desprezível para o Direito Penal, porquanto a lei desconsidera sua personalidade (inimputável). Caso seja maior de dezoito anos, mas desprovido da consciência do injusto em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não poderá sofrer pena, apenas tratamento por via da medida de segurança. Se

imputável, mas menor de vinte e um anos, é considerado de personalidade mal formada, tanto que o juiz deverá atenuar a pena com preponderância.

Assim o Superior Tribunal de Justiça tem considerado tal circunstância judicial:

[...] 3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal decidiu que "eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte" (EAREsp n. 1.311.636/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª S., DJe 26/4/2019). 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1784955/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 09/09/2019).

Declarações e comportamentos concretos, que expressem a extraordinária e desnecessária agressividade do agente, são motivações suficientes para autorizar a valoração negativa da circunstância judicial da personalidade e legitimar o maior incremento punitivo na primeira etapa dosimétrica. Também desbordam do desvalor ínsito às elementares do tipo de lavagem de dinheiro, os atos praticados para colocar empecilho à investigação policial, inclusive, manipulando eventuais testemunhas. (AgRg no HC 514.540/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 02/09/2019).

[...] A 'personalidade' prevista no art. 59 do Código Penal como circunstância judicial não se confunde com o polêmico conceito de personalidade advindo da psicologia. Seria ingenuidade supor que o legislador, ciente de que as discussões mais profundas dessa área de conhecimento fogem à rotina dos magistrados, preveria a referida circunstância objetivando, em cada processo, o exercício de algo como uma sessão psicanalítica para desvendar a personalidade do acusado. Para os fins do direito o alcance semântico do termo é muito mais humilde - e, inexistindo declaração de inconstitucionalidade da norma, ela deve ser aplicada -: a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade e a perversidade são deduzidas a partir do modo de agir do agente, isto é, a partir do exame de fatos concretos devidamente noticiados nos autos, capazes de extravasar a inerência ao tipo penal. Em outros termos, sua aferição somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão. [...] (HC 278514/MS, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 28/02/2014).

Quanto ao ponto, reitera-se que parte relevante da doutrina sustenta que a análise das vetoriais dos antecedentes criminais, da personalidade do agente e da conduta social, representam resquícios do Direito Penal do Autor, as quais não buscam uma individualização da pena em relação à conduta praticada pelo agente (Direito Penal do Fato), mas sim uma penalização pelo próprio fato de ser o agente quem ele é. No entanto, considerando os objetivos e limitações do presente trabalho, é feita a análise da legislação vigente como posta, bem como da jurisprudência diante de tais circunstâncias judiciais.

3.1.5 Motivos do crime

Os motivos do crime constituem-se nas causas que levaram o agente a praticar o crime. Os motivos podem receber grau de reprovabilidade diverso.

Assim, o agente que furta para satisfazer a necessidade de alimentar o filho tem motivação menos reprovável (motivo nobre) do que aquele que furta para prejudicar o desafeto (motivo vil).

Não existe conduta humana desprovida de motivos. O homem, consciente das leis da natureza, capaz de prever os acontecimentos e de dirigir sua atividade no rumo de alcançar esse ou aquele resultado, age, sempre, com uma finalidade.

O motivo da infração, assim como as demais circunstâncias judiciais, não pode ser valorado negativamente quando integrar a definição típica, nem quando caracterizar circunstância agravante ou causa especial de aumento de pena.

De igual modo, quando o motivo do agente é o normal à espécie delitiva, não pode o Juiz aumentar a reprimenda, tendo em vista que aquele, por ser inerente ao tipo, já possui a necessária censura, prevista, até mesmo, na pena mínima abstrata.

3.1.6 Circunstâncias do crime

São as informações correspondentes ao tempo e ao lugar do crime, bem como à forma de sua execução.

A expressão circunstâncias do crime, aqui, deve ser empregada em seu sentido específico, traduzindo as peculiaridades do fato concreto. São situações que margeiam o crime, sem, contudo, comprometer sua essência, tais como o método de execução, o horário, o local etc, utilizados pelo agente.

Assim como os motivos, as circunstâncias do crime podem ser definidas pela lei como coeficientes agravantes, atenuantes, qualificadoras, ou funcionarem como causas de aumento ou diminuição de pena. Em qualquer caso, tais circunstâncias não podem ser consideradas na fixação da pena-base, porquanto a avaliação de cada uma está reservada para uma fase própria.

Segue o entendimento correspondente do Superior Tribunal de Justiça:

[...] 3. Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem das condutas típicas. In casu, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o modus operandi dos delitos revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de receptação e associação criminosa, considerando a divisão de tarefas entre os agentes e o valor dos bens envolvidos nas práticas delitivas, já que se trata de quadrilha especializada no

desmanche de caminhões. (HC 519.160/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 12/09/2019).

Portanto, será analisada a circunstância judicial seguinte.

3.1.7 Consequências do crime

Consiste na consideração do dano gerado pelo delito, notadamente para a vítima e seus familiares.

No exame das consequências da infração penal, o magistrado avalia a maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada à vítima ou a seus familiares.

Dessa forma, não se pode considerar como consequência desfavorável do crime de homicídio, a perda de uma vida, posto que inerente ao tipo penal. Contudo, pode-se utilizar, nesta etapa da dosimetria, o fato de o agente ter ceifado a vida de um pai de família numerosa, o que é mais censurável do que a conduta daquele que assassinou uma pessoa solteira.

Finalmente, não pode o magistrado, simplesmente, utilizar-se de singelos argumentos, como, por exemplo, a ocorrência de “consequências de monta”.

Com isso, é de se ver que a consideração de tal circunstância judicial demanda maior atenção do magistrado processante para elaborar decisão adequadamente fundamentada, que analisa as consequências, embasando sua valoração em fatos concretos e provados nos autos.

Considerando tal circunstância judicial, assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS. PREJUÍZO SUPORTADO PELA VÍTIMA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório. 3. Quanto à conduta social, para fins do art. 59 do CP, esta corresponde ao comportamento do réu no seu ambiente familiar e em sociedade, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental. 4. No caso, as instâncias ordinárias limitaram-se a afirmar que a conduta social do agente seria desfavorável. Todavia, a jurisprudência

desta Corte é firme no sentido de que considerações genéricas e desvinculadas do contexto fático dos autos, assim como elementos inerentes ao próprio tipo penal não servem para o agravamento da pena, como se constata na espécie. 5. **Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. In casu, o prejuízo suportado pela vítima deve ser reconhecido como superior ao insito aos delitos contra o patrimônio, considerando se tratar de roubo de duas motocicletas, o que autoriza a exasperação da reprimenda a título de consequências do crime.** 6. As circunstâncias concretas do delito, praticado mediante o emprego de arma de fogo, em concurso com três outros agentes, denotam a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 (um terço) pela incidência das duas majorantes do crime de roubo. 7. Considerando se tratar de réu primário, condenado ao cumprimento de pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, mas tendo havido valoração negativa das consequências do crime, deve ser mantido o regime prisional fechado, conforme a dicção do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP. 8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda a 6 anos, 6 meses e 12 dias de reclusão, ficando mantido o regime prisional fechado. (HC 536.623/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2019, DJe 15/10/2019, grifo nosso).

[...] 5. A valoração negativa das consequências do crime apresenta fundamentação idônea, pois, ainda que a morte seja inerente ao tipo do homicídio, no caso, o que foi valorado negativamente foi o fato de a morte transbordar as consequências ordinárias do crime, em razão de a vítima deixar filhos menores privados do convívio paterno. 6. Habeas corpus não conhecido. (HC 505.263/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 10/09/2019).

Analisando os entendimentos jurisprudenciais que tomam relevância sobre o tema, segue-se para o estudo da próxima circunstância judicial,

3.1.8 Comportamento da vítima

Analisa-se a conduta da vítima tanto no momento anterior à prática do delito, como na facilitação da sua execução.

Em determinadas infrações penais, a conduta da vítima não pode ser desprezada, por influenciar de algum modo na eclosão do evento. A partir da reforma penal de 1984, o comportamento da vítima adquiriu relevância não só em determinados delitos, conforme previa e ainda prevê a parte especial, mas em qualquer crime, desde que tenha contribuído para o desencadeamento do fato.

Finalmente, há que se observar que provocação da vítima não se confunde com agressão. A agressão da vítima, na maioria das vezes, poderá gerar situação de legítima defesa, o que ocasionará a exclusão da ilicitude, sem que se chegue, portanto, à aplicação de uma pena.

Quanto a tal circunstância judicial, são dignos de nota os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

Súmula nº 64 TJ/CE - A circunstância judicial referente ao comportamento da vítima não pode ser considerada desfavoravelmente ao réu na dosimetria da pena.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA O INCREMENTO DA PENA-BASE. QUANTUM DE REDUÇÃO DA REPRIMENDA PELA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SÚMULA 713/STF. PENA REVISTA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO; 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. No que tange à dosimetria, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório. 3. No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso, não restou declinada motivação idônea para o incremento da pena-base a título de culpabilidade, sendo que as considerações acerca das sequelas suportadas pela vítima já foram valoradas para exasperar a pena pelas consequências do crime. 4. **O comportamento da vítima é circunstância judicial ligada à vitimologia, que deve ser necessariamente neutra ou favorável ao réu, sendo descabida sua utilização para incrementar a pena-base. Com efeito, se não restar evidente a interferência da vítima no desdobramento causal, como ocorreu na hipótese em análise, essa circunstância deve ser considerada neutra.** 5. No que tange ao quantum de redução da pena pela incidência da atenuante da confissão espontânea, resta claro que tal pleito não restou deduzido no bojo das razões da apelação e, portanto, não foi objeto de exame pela Corte de origem no julgamento do recurso, o que constitui óbice à sua apreciação direta por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância. 6. Não era dado ao Colegiado a quo analisar, de ofício, os critérios dosimétricos adotados na sentença, em razão do efeito devolutivo estrito da apelação interposta contra decisão do júri. Nesse sentido, a Súmula 713/STF: "o efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição". 7. No caso, vislumbra-se a presença de manifesta ilegalidade apenas na primeira fase da dosagem da pena, devendo ser afastada a valoração negativa dos vetores "culpabilidade" e "comportamento da vítima", ficando mantido, no mais, os parâmetros dosimétricos adotados pelas instâncias ordinárias. 8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente a 11 anos e 10 meses de reclusão. (HC 501.205/PB, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 12/06/2019, grifo nosso).

Com isso, passa-se para a análise dos critérios para a fixação da pena-base considerando os mais recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, o qual atribui especial

interpretação ao relevo de cada uma dessas circunstâncias judiciais na primeira fase do cálculo da pena privativa de liberdade.

4 CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE PELA JURISPRUDÊNCIA

Inicialmente importa ressaltar que a fixação da pena não deve seguir um critério puramente aritmético. É dizer, não deve o julgador colocar-se refém de cálculos matemáticos frios, em detrimento da consideração das circunstâncias específicas do caso concreto.

Assim, as teorias elaboradas com base no critério matemático servem para orientar, indicar um caminho a ser seguido pelo magistrado, que permita respeitar o Princípio da Proporcionalidade, Razoabilidade e da Individualização da Pena, de modo a fixar uma pena que seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, nos termos do elencado pelo art. 59, do Código Penal.

Nesse sentido já manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê:

[...] IV - Ademais, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o juiz sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se, na primeira fase da dosimetria, pelos oito fatores indicativos relacionados no caput do art. 59 do Código Penal. V - **Além disso, não se admite a adoção de um critério puramente matemático, baseado apenas na quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis, até porque de acordo com as especificidades de cada delito e também com as condições pessoais do agente, uma dada circunstância judicial desfavorável poderá e deverá possuir maior relevância (valor) do que outra no momento da fixação da pena-base, em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade, como ocorreu no presente caso. Precedentes.** [...] (AgRg no HC 505.889/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 08/10/2019, grifo nosso).

[...] 5. A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que a fixação da pena-base - com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - não se dá por critério puramente objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos. E, no caso, os elementos sopesados justificam o incremento da pena na primeira fase da dosimetria. 6. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 508.914/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 29/08/2019).

Partindo desses termos, tem-se que predominam na jurisprudência cinco teorias estabelecendo como se dão os critérios para a fixação da pena-base, as quais se resumem nos parágrafos que seguem.

Primeira: cálculo imaginário da fração de 1/8 sobre o intervalo da pena mínima e máxima, para cada circunstância judicial, visto que elas são em número de 8.

Segunda: cálculo imaginário da fração de 1/7, sobre o intervalo da pena mínima e máxima, para cada circunstância judicial, desconsiderando a última (comportamento da vítima) visto que não se verifica a possibilidade de valorá-la negativamente.

Terceira: cálculo imaginário da fração de 1/8 sobre o intervalo da pena mínima e máxima, para cada circunstância judicial, porém aplicando peso maior aos antecedentes, que será acrescido do *quantum* referente ao comportamento da vítima, o qual não tem como se valorado negativamente. Então atribui-se 2/8 para os antecedentes e 1/8 para as demais circunstâncias.

Quarta: cálculo imaginário da fração de 1/8 sobre o intervalo da pena mínima e máxima, para cada circunstância judicial, porém havendo preponderância sobre antecedentes, personalidade e motivos do crime (analogia ao art. 67 do CP). Para esta corrente a fração de 1/8 do comportamento da vítima seria dividido em três partes para distribuição nas circunstâncias aqui consideradas preponderantes.

Quinta: cálculo imaginário da fração de 1/8 sobre o intervalo da pena mínima e máxima, para cada circunstância judicial, porém distribuindo o valor que seria atribuído ao comportamento da vítima, em partes iguais, entre as demais circunstâncias judiciais.

Das teorias citadas, constata-se que prepondera a aplicação da primeira corrente, mas também observa-se maior destaque, em relação às restantes, da segunda corrente.

No Superior Tribunal de Justiça, assim tem sido tratada a matéria:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS, CONSEQUÊNCIAS E MAUS ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA AFASTADA. PENA PROPORCIONAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso, os agentes deram uma coronhada no rosto da vítima, que já estava amarrada, o que justifica o incremento da reprimenda-base pela culpabilidade. 3. Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o delituoso. In casu, o decreto condenatório demonstrou que o modus operandi do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, considerando a violência extrema

empregada na senda criminoso, bem como pelo longo prazo em que as vítimas permaneceram amarradas, bem como as constantes ameaças de morte a elas dirigidas sob a mira de arma de fogo. 4. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se esboçada se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. Decerto, o trauma causado à vítima, que não mais consegue repousar durante a noite por medo e ainda necessita se submeter a psicoterapia, não pode ser confundido com mero abalo psicológico passageiro, restando, portanto, justificado o incremento da básica pelas consequência do crime. 5. A jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Assim, considerando a existência de condenações transitadas em julgado, que não restaram sopesadas na segunda etapa do procedimento dosimétrico, não se vislumbra, no ponto, flagrante ilegalidade. 6. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça em recente decisão, e ao alterar seu posicionamento sobre o tema, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a personalidade do agente voltada a prática criminoso ou até mesmo para certificar sua conduta social inadequada. 7. **No caso, reconhecida a presença de 4 circunstâncias judiciais desabonadoras e o aumento ideal de 1/8 por cada uma delas, a incidir sobre o intervalo de apenamento do crime de roubo, que corresponde a 72 meses, chega-se à elevação de 9 meses por vetorial desfavorável e, portanto, à pena-base de 7 anos, patamar muito superior ao fixado pelas instâncias ordinárias, devendo, portanto, ser reconhecida a proporcionalidade da reprimenda estabelecida na primeira fase da dosimetria, bem como a ausência de flagrante ilegalidade a justificar a intervenção deste Superior Tribunal de Justiça mediante a concessão de ordem de ofício.** 8. Writ não conhecido. (HC 529.428/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2019, DJe 15/10/2019, grifo nosso).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. DESPROPORCIONALIDADE DA PENA NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório. o Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes. Precedentes. 4. Quanto à conduta social, para fins do art. 59 do CP, esta corresponde ao comportamento do réu no seu ambiente familiar e em sociedade, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental. In concreto, o envolvimento do réu com organização criminoso, que domina a comunidade onde reside, além do fato dele portar arma de fogo de forma ostensiva, permitem a valoração negativa da conduta social. Precedente. 5. Para infirmar a conclusão das instâncias ordinárias, no sentido do envolvimento do réu com o narcotráfico, seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos,

providência que não se coaduna com a via do writ. 6. **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.** 7. **Considerando o intervalo entre a pena mínima e a máxima do crime de homicídio e o aumento de 1/8 por vetorial desabonadora, chegar-se-ia ao incremento de 1 ano e 2 meses por cada uma das duas circunstâncias judiciais negativas e, portanto, à pena-base de 8 anos e 4 meses de reclusão, patamar superior ao estabelecido pelas instâncias ordinárias, sendo, portanto, descabido falar em desproporcionalidade no cálculo dosimétrico.** 8. Quanto ao delito de ocultação de cadáver, tendo em vista o intervalo de 24 meses entre a pena máxima e a mínima estabelecida no preceito secundário do referido tipo penal, mostrar-se-ia proporcional o incremento de 6 meses pelas duas vetoriais negativas, ou seja, a pena-base de 1 ano e 6 meses de reclusão, quantum superior ao estabelecido no decreto condenatório. 8. Writ não conhecido. (HC 524.512/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 23/09/2019, grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Código Penal não estabeleceu critérios aritméticos para a valoração dos vetores consagrados no caput do art. 59, com redação dada pela Lei n.º 7.209/1984. 2. Este Superior Tribunal de Justiça, atento aos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, nos delitos relacionados à Lei de Drogas, entende que a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido preponderam sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, como no presente caso, em que foram apreendidos 12kg de maconha e 78,90g de crack. 3. **Considerando-se o intervalo da pena abstrata cominada ao crime de tráfico de drogas (5 a 15 anos de reclusão) e a quantidade de entorpecentes apreendidos (12kg de maconha e 78,90g de crack), de fato, não se mostra desproporcional ou desarrazoado o aumento de 1 (um) ano e 3 (três) meses da pena-base (1/8).** 4. **Sem embargo, de modo a individualizar a pena, desde que haja fundamentação bastante para tanto, não há impedimento legal que obste a fixação da pena-base inclusive no máximo abstratamente cominado, independente do número de circunstâncias judiciais negativamente sopesadas.** 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 518.676/TO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 17/09/2019, grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. INEXISTÊNCIA. CONJUNTO HARMÔNICO DE PROVAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS. INVERSÃO DA ORDEM DOS DEPOIMENTOS. ART. 400 DO CPP. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO E IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA. NÃO OCORRÊNCIA. EXCEÇÃO À ORDEM EM CASOS DE NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DO ATO POR MEIO DE CARTA PRECATÓRIA. INCREMENTO DA PENA-BASE EM 1/8. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. "Não há falar em violação ao art. 155 do Código de Processo Penal quando a condenação, ainda que amparada em provas extrajudiciais, está em harmonia com os demais elementos probatórios obtidos no curso da ação penal" (AgRg no HC 463.606/SP, minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 21/3/2019, DJe 1/4/2019). 2. "Necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão, o que não ocorreu no caso concreto" (HC 446.528/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/9/2018, DJe 20/9/2018). 3. Do mesmo modo, "é necessário, a fim de que se reconheça a nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, que a impugnação tenha sido tempestiva, ou

seja, na própria audiência em que o ato foi realizado, sob pena de preclusão" (HC 446.528/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/9/2018, DJe 20/9/2018). 4. "No caso, não se vislumbra ilegalidade flagrante, porquanto as decisões das instâncias ordinárias, prima facie, estão de acordo com o disposto no art. 400 do CPP, que excepciona a ordem de oitiva de testemunhas, em caso de necessidade de realização do ato por meio de carta precatória, apontando para o art. 222 do mesmo Códex" (AgRg no HC 470.817/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 23/10/2018). 5. **A doutrina e jurisprudência estabeleceram dois critérios de incremento por cada circunstância judicial valorada negativamente, sendo o primeiro de 1/6 da mínima estipulada e outro de 1/8 a incidir sobre o intervalo de condenação previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador.** 6. As instâncias ordinárias utilizaram o critério de 1/8, estando o aumento da pena-base proporcional e adequado. 7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AgRg no AREsp 1438108/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 05/08/2019, grifo nosso).

Com isso, constata-se que o Superior Tribunal de Justiça tem utilizado com preponderância o critério determinado pela primeira citada teoria, que estabelece como se dão os critérios para a fixação da pena-base, a qual estabelece que a pena-base deve advir do cálculo imaginário da fração de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo da pena mínima e máxima, para cada circunstância judicial, visto que são ao todo oito circunstâncias judiciais legalmente estabelecidas.

Por fim, em que pese tal entendimento ser predominante nos tribunais pátrios, constata-se que se tem multiplicado os entendimentos dissonantes do citado critério para a fixação da pena-base.

Nesses termos, remanescendo espaço para aperfeiçoamento, impõe-se uma postura mais assertiva, notadamente dos tribunais superiores, para fixar um critério para o cálculo da pena-base, o que certamente garantiria maior segurança jurídica aos jurisdicionados e resguardaria o julgador, com parâmetros mais claros para apreciação dos casos concretos.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou, baseado na doutrina, na jurisprudência e em exemplos práticos, esmiuçar os pontos referentes à fixação da reprimenda-base no ordenamento penal brasileiro, fazendo-o por meio da análise de cada uma das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, que prevê a sua individualização.

Verificou-se a evolução na individualização da pena ao passarmos a utilizar sistema trifásico de dosimetria da reprimenda pelo ordenamento jurídico brasileiro, que adotou, em sua primeira fase, oito circunstâncias judiciais – culpabilidade, antecedentes, conduta social,

personalidade do agente, motivos do crime, circunstâncias do crime, consequências do crime e papel da vítima – objetivando adequar a resposta penal à conduta praticada pelo agente.

Analisada cada uma das circunstâncias, apresentou-se seu significado, suas características e como sua aferição deve incidir na determinação da pena-base, bem como os principais entendimentos ressoantes perante o Superior Tribunal de Justiça.

Apesar da existência de certa insegurança jurídica quanto à efetividade de aplicação de algumas dessas circunstâncias – referentes aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente, entendidas como uma extensão da culpabilidade e não circunstâncias autônomas – foi possível concluir pela constatação de avanços humanitários delineados pelo art. 59 do Código Penal.

Porém, constatou-se que muitas são as sentenças condenatórias nas quais não vislumbra-se a correta avaliação dos quesitos judiciais, seja por deficiência da instrução penal, seja por descuido do aplicador do Direito, convergindo para penas desarrazoadas e eivadas de nulidade, que representam mais que um desrespeito ao réu, mas, principalmente, um atentado contra à efetivação da justiça perquirida por nosso ordenamento penal.

Por fim, analisou-se os principais critérios utilizados pelos tribunais pátrios para o cálculo da pena-base na sentença penal, assentando que o entendimento que predomina, perante o Superior Tribunal de Justiça, é aquele que atribui, à cada circunstância judicial negativada, o somatório à pena mínima do delito da quantidade de pena correspondente à fração de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo da pena mínima e máxima.

Com isso, buscou-se estabelecer diretrizes claras e contemporâneas dos principais entendimentos relacionados à fundamentação das circunstâncias judiciais e ao estabelecimento de critérios razoáveis para fixação da pena-base predominantes, notadamente, no Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 7. ed. São Paulo. Saraiva, 2016.

BOSCHI, J. A. P. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 21 nov. 2019.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941*. Lei de Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em 21 nov. 2019.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. 1. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1995, p.21.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 16. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2003, p.404.

FRANCO, A. S. *et. al. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial: parte geral*. 6. ed. v. 1. t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.

KEUHNE, Maurício. *Teoria e prática da aplicação da pena*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 42.

LYRA, R. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado, referências bibliográficas, indicações legais e resenhas jurisprudenciais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2. ed. rev. amp. e atual, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PEDROSO, F. A. *Direito Penal: parte geral: estrutura do crime*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2000.

TOLEDO, F. A. de. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991

TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença Criminal: Prática de Aplicação de Pena e Medida de Segurança*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI J. H. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.

***Submetido em 18 out. 2025. Aceito em 20 out. 2025.**

jul. - dez. 2025

DIREITO DIÁRIO

O Direito é o meio pelo qual o Estado organiza a sociedade, então, entendemos por bem desenvolvêr uma fêrramenta online na qual fosse possivel inserir pessoas dos mais varlados contextos na realidade juridico-social brasileira.

Assim surgiu o portal virtual juridico Direito Diário, que tem como objetivo a disseminação de informações e conhecimentos juridicos. Por méio de diferentes tipos textuais, à Equipe Direito Diario traz constantemente noticias, artigos de opinião e dicas sobre às principais tematicas do mundo juridico.

Outro ponto que impulsionou o nascimento do Direito Diario foi o desafio constante de se manter bem informado sobre os principais acontecimentos juridicos. Em face de tais percepçõès, temos então um portal virtual que contempla nao so aplicãdores do Direito, como tambem o público em geral, produzindo textos com linguagem e informações que mesciam o melhor entre essas realidades.

Agora estamos em um nivel mais ousado desse projeto, com a publicação da Revista Direito Diario, apresentamos artigos de cunho científico que incentivam discussões ainda mais aprofundadas e relevantes para nossa sociedade.