



UNIVERSIDADE DO VALE DO TAQUARI – UNIVATES

CURSO DE DIREITO

**DOSIMETRIA DA PENA: A EXTINÇÃO DO DIREITO PENAL DO AUTOR NA  
FIXAÇÃO DA PENA-BASE**

Ramon Scheid

Lajeado, junho de 2021

Ramon Scheid

**DOSIMETRIA DA PENA: A EXTINÇÃO DO DIREITO PENAL DO AUTOR NA  
FIXAÇÃO DA PENA-BASE**

Monografia apresentada no componente curricular Trabalho de Conclusão de Curso II, do Curso de Direito, da Universidade do Vale do Taquari - Univates, como parte da exigência para a obtenção do título de bacharel em direito

Orientadora: Prof. Me. Elisabete Cristina Barreto Müller.

Lajeado, junho de 2021

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente, devoto infinita gratidão à minha família, incondicionais apoiadores em todos os momentos, durante toda a minha vida. Pai, mãe, irmã, provedores de infindável suporte e apoio.

Especialmente, a meu pai, primeiro e elementar professor, mestre, referência e base. És meu principal espelho e fonte de motivação.

À minha mãe, suporte em todos os momentos, fonte de amor incondicional.

À minha irmã, base de ensinamentos durante toda a vida. Honrado e orgulhoso de partilhar a vida contigo.

Sou eternamente grato por tudo. Sem vocês, nada seria.

Estendo meus agradecimentos a todos os professores com quem tive a honra de nutrir conhecimento, desde a básica educação à do ensino superior. Das elementares às complexas disciplinas, foram e são vocês os agentes de toda a mudança global.

Agradeço aos responsáveis pela minha formação jurídica, na pessoa da professora e orientadora deste trabalho, Elisabete Cristina Barreto Müller, que é referência e inspiração na carreira e ciência do direito.

Aos que em mim acreditaram e oportunizaram experiências profissionais únicas. Professor Luís Fernando Laroque, por me apresentar a pesquisa. Aos servidores e magistrados da 1ª Vara Federal de Lajeado, por quem possuo admiração incomparável e gratidão infinita pelas oportunidades concedidas.

Por fim, a amigos, companheiros e apoiadores durante a vida.

A todos, que de alguma forma contribuíram de alguma forma na minha trajetória.

Novamente, a todos, obrigado!

*“It is a capital mistake to theorize before one has data. Insensibly one begins to twist facts to suit theories, instead of theories to suit facts” – Sir Arthur Conan Doyle.*

## RESUMO

A dosimetria da pena é o procedimento metodológico pelo qual perpassa o magistrado na fixação de pena definitiva ao condenado por sentença criminal. A primeira fase do método constitui-se na fixação da pena-base, através da valoração das circunstâncias judiciais. Assim, esta monografia tem como objetivo geral compreender a aplicação da pena no direito brasileiro, notadamente a fixação da pena-base, sugerindo adaptações tendentes a modernizar o método, contribuindo para uma plena resposta social à prática delitiva. Trata-se de pesquisa qualitativa, realizada por meio de método hipotético-dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico. Dessa forma, inicia-se a análise pela principiologia constitucional, perpassando por direitos fundamentais, individualização da pena, princípio da proporcionalidade e garantismo integral. Em seguida, a análise cinge-se à dosimetria da pena, suas fases e os aspectos a elas relativos. Finalmente, examina as circunstâncias judiciais personalidade e conduta social, apontando evidências de um direito penal do autor. Nesse sentido, conclui-se que personalidade e conduta social, por violarem à materialização do fato, devem ser removidos da fixação da pena-base. A mesma solução deve ser tomada quanto aos critérios circunstâncias, motivos, consequências e comportamento da vítima, por traduzirem-se no juízo de culpabilidade.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Dosimetria da pena. Fixação da pena-base.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2</b>	<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E GARANTISMO PENAL INTEGRAL .....</b>	<b>10</b>
<b>2.1</b>	<b>Individualização da Pena.....</b>	<b>13</b>
<b>2.2</b>	<b>Princípio da proporcionalidade aplicada ao direito penal.....</b>	<b>23</b>
<b>2.3</b>	<b>Garantismo penal integral.....</b>	<b>29</b>
<b>3</b>	<b>DOSIMETRIA DA PENA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS: ALGUMAS NOÇÕES.....</b>	<b>35</b>
<b>3.1</b>	<b>O método trifásico de aplicação da pena no direito brasileiro .....</b>	<b>40</b>
<b>3.2</b>	<b>Fases de aplicação da pena e suas características .....</b>	<b>48</b>
<b>3.3</b>	<b>As circunstâncias judiciais como fase de aplicação da pena.....</b>	<b>55</b>
<b>4</b>	<b>DIREITO PENAL DO AUTOR, SUA INFLUÊNCIA NA APLICAÇÃO DA PENA E SUBSISTÊNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS .....</b>	<b>60</b>
<b>4.1</b>	<b>Conduta social do agente.....</b>	<b>66</b>
<b>4.2</b>	<b>Personalidade do agente .....</b>	<b>74</b>
<b>4.3</b>	<b>Circunstâncias judiciais com exclusão de Direito Penal do Autor .....</b>	<b>82</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>93</b>
<b>6</b>	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>98</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O desiderato da presente monografia é compreender a aplicação da pena no direito brasileiro, notadamente a fixação da pena-base, sugerindo-se adaptações tendentes a modernizar o método, que possam contribuir para uma plena resposta social à prática delitiva.

Acredita-se, inicialmente, que alterações em alguns dos parâmetros previstos no artigo 59 do Código Penal, dispositivo que contém as circunstâncias judiciais avaliadas na fixação da pena-base, possibilitariam significativa contribuição na aplicação da pena, inclusive como eventual resposta social à prática de um delito. Assim, possibilitar-se-ia a mitigação de análises estritamente pessoais na aplicação da pena no ordenamento jurídico penal brasileiro, pautando a aplicação da pena especialmente no efetivo ilícito penal a que condenado o indivíduo.

Adotou-se como método de pesquisa o hipotético-dedutivo, com a proposição de resposta à pergunta-problema, objetivando cotejar sua aplicabilidade no contexto jurídico-legal. O procedimental técnico é bibliográfico e documental.

Nessa senda, primeiramente o trabalho colocará em voga a força normativa da Constituição, reconhecendo essa condição como elemento de integração social, capaz de elevar a Carta Constitucional a instrumento garantidor da proteção social. Sob esse prisma, não se pretende negligenciar o reconhecimento do instituto da dosimetria da pena como forma de garantia hábil à consecução da pacificação social, desde que não se transgrida a correlação do instituto com os direitos fundamentais garantidos pela Carta Constitucional, quer os explícitos, quer os implícitos, especialmente a vedação imposta à proteção deficitária desses direitos.

Visa-se promover uma correlação entre as garantias que possui a sociedade com o conceito de garantismo penal integral, trazido à academia pelo Procurador Regional da República da 4ª Região, Douglas Fischer, abrangendo os aspectos “negativo” e “positivo” do garantismo penal. Assim,

pretenderá este trabalho tratar da necessidade estatal de estabelecer um adequado e efetivo procedimento punitivo, que seja capaz de traduzir em forma de sanção a violação do bem jurídico promovida pela conduta.

Para tanto, perpassando as noções de proporcionalidade na ponderação de direitos, pretende-se abordar o conceito de proporcionalidade sob o manto da vedação que se impõe à proteção deficiente dos direitos fundamentais, devidamente relacionada ao espectro criminal. Assim, tomar-se-á por base a doutrina constitucional sobre o tema, explicitando a necessidade da aplicação integral de parâmetros constitucionais na revisitação do procedimento metodológico de dosimetria da pena.

*Ab initio*, importa mencionar que não se pretende advogar qualquer tese eventualmente contrária a direitos fundamentais de quem quer que seja. De outra banda, a intenção é reconhecer a existência, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, de direitos na seara penal que não pertencem estritamente aos réus ou àqueles que cometeram infração penal. Diante disso, aventa-se a previsão de uma garantia à sociedade perante os agentes cometedores de delito. Intenta-se efetivar a aplicação de uma pena justa e adequada em quantidade, sem descurar, em momento algum, de todas as garantias basilares humanas, constitucionais e legais de todos os envolvidos na dinâmica da persecução penal.

Após, pretende-se expor o instituto de definição da pena concreta, sua natureza e particularidades, abrangendo os diversos métodos e aspectos individualmente considerados. Já nesse patamar, a intenção é promover uma correlação com as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores brasileiros, sejam o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, sem olvidar da doutrina referênciada na temática.

Nessa esteira, por meio de abordagens doutrinária e jurisprudencial, quer-se elencar parâmetros reconhecidos como abalizadores do método, reconhecendo as diversas possibilidades que confluem na aplicação da pena restritiva de liberdade. Diante disso, perpassar-se-á inclusive pela legislação



extravagante, com suas especificidades e aplicabilidade aos crimes nela previstos.

Para efeito de servir como referência quanto à legislação especial, definiu-se a Lei nº 11.343/2006 – que aborda o tema em seu art. 42 -, além da Lei nº 9.605/1998 – que traz disposições específicas acerca da aplicação da pena em seu art. 7º. Definiu-se esses diplomas legislativos em razão das inovações trazidas pelo primeiro e da mera remissão implícita ao art. 44 do Código Penal promovida pelo segundo, demonstrada a relevância dessa consideração a partir dos parâmetros que servem como substitutivo da pena privativa de liberdade.

Assim, apresentando os parâmetros metodológicos de fixação da pena-base, provisória e definitiva, intentar-se-á trazer à tona as características presentes no exame das circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal Brasileiro – e naqueles dispositivos próprios previstos na legislação especial outrora mencionados – com as particularidades de sua análise no âmbito das Cortes Cidadã e Constitucional do Brasil.

Nesse estágio do trabalho, inclusive, quer-se explicitar seis circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, as quais servem à discricionariedade judicial, nada obstante não se permita ao magistrado superar as balizas mínima e máxima cominadas em abstrato no preceito secundário de cada tipo penal. Após, ultrapassada a fase inicial, quer-se trazer à tona aspectos que servem para agravar ou atenuar a pena, que se devotam à liberdade conformativa do magistrado. Por fim, far-se-ão digressões acerca das hipóteses de aumento ou diminuição da pena, representadas por um *quantum* como elemento incidente sobre a pena provisória, facultando-se ao julgador inclusive extrapolar os definidores extremos de pena abstratamente cominada, para efeito de resultar em pena em sentido concreto.

A encerrar a presente monografia, a análise circundar-se-á entre duas circunstâncias judiciais em especial, quais sejam, a personalidade e a conduta social do agente. Sob essa ótica, pretensiona-se examinar a subsistência de ambas sob o lume do princípio da culpabilidade, rejeitando-se qualquer viabilidade de punição pela mera condição pessoal e/ou social do sujeito.

Nesse sentido, após a análise das circunstâncias personalidade e conduta social, inclusive através de seu reconhecimento como fundamento hábil a servir ao manejo da pena-base pela doutrina e Tribunais Superiores, quer-se verificar os resquícios da teoria de “Direito Penal do Autor” existente no ordenamento jurídico brasileiro no que concerne à aplicação da pena. Ao revés, pretende-se cingir a aplicação da pena unicamente ao fato e/ou fatos praticados pelo agente, relegando-se ao total menoscabo a relevância penal do seu agir cotidiano dissonante de prática que infrinja o ordenamento jurídico penal.

Por fim, tem-se por intenção sugerir uma nova dinâmica de fixação da pena-base que contribua para a extinção do “Direito Penal do Autor”, com a devida adequação do art. 59 do Código Penal Brasileiro a essa condição.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E GARANTISMO PENAL INTEGRAL

O ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito tem como sustentáculo uma Constituição. A Carta Constitucional tem por desiderato organizar o Estado, definindo não só aspectos salutarés de estado e governo, mas também as vigas mestras que servirão de vetor normativo a todo corpo jurídico que dela decorrer. Não somente, é parâmetro de adequação, sendo inconcebível a disparidade de suas disposições com as demais normas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assenta suas bases no reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, do que decorre uma maciça vinculação dos direitos positivados com o contemporâneo constitucionalismo (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2020). Reconhece-se várias acepções para a expressão constitucionalismo. André Ramos Tavares (2020, p. 27) estatui uma noção jurídica do vocábulo, definindo-o como a *“pregação de um sistema dotado de um corpo normativo máximo, que se encontra acima dos próprios governantes — a Constituição”*.

Nesse sentido, o constitucionalismo advém da própria noção de Estado Democrático de Direito, ao sujeitar o elaborador do ordenamento jurídico a ele. No que concerne aos direitos e garantias fundamentais, sua exordial positivação decorre de um intento de proteção do sujeito individualmente considerado perante o Estado, consagrando-se direito civis e políticos (NOVELINO, 2020). Após, vieram à positivação os direitos a prestações do Estado, integrando-se esses àqueles de proteção, com o ulterior reconhecimento que *“o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade”* (LENZA, 2020, p. 1172), tendo os estudiosos passado a denominá-la como terceira dimensão de direitos fundamentais. Hodiernamente, evoluiu a doutrina a ponto de considerar a existência de demais dimensões de direitos fundamentais, tais como uma quarta e quinta.

Como resultado da previsão dos direitos e garantias fundamentais na Carta Constitucional, resulta imprescindível a busca pela promoção de força normativa à Constituição. O conceito remonta à lição de Hesse (1991), que sustentava a impossibilidade de se considerar a norma constitucional dissociada da realidade, exigindo a imposição prática de seus vetores, afirmando a essencialidade da norma ter residência em sua vigência. Nesse sentido, o autor alemão criticava a doutrina de Ferdinand Lassale, que trazia um conceito sociológico de Constituição, ao considerar a possibilidade de a Carta Constitucional tornar-se uma mera folha de papel, acaso inexistir conformação prática de seu texto com a realidade (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2020).

O rol de direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988 é exemplificativo, sendo possível extrair essa condição inclusive da própria disposição literal da Carta, notadamente do art. 5º, §2º, ao afirmar o constituinte que *“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*.

Calha ressaltar que os mencionados direitos fundamentais são decorrência, em grande medida, da concepção histórica de direitos humanos, servindo como conformação do ordenamento jurídico à consecução de fundamento da República Federativa do Brasil que é a dignidade da pessoa humana. Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal, ao atestar a indiscutível existência de uma ordem voltada à garantia desses direitos, afirma a necessidade de não se poder considerá-los apenas como proibições de intervenção estatal na esfera privada, ressaltando a existência de um postulado de proteção social (STF, 2007, online).

O Pretório Excelso, ao utilizar-se da lição de Canaris, reconhece *“que os direitos fundamentais não expressam apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela”* (STF, 2007, online). É semelhante a lição de André Estefam (2020, p. 108), que conceitua a vertente:

*“a proibição de proteção deficiente (untermassverbot ou infradimensionamento) consiste em não se permitir uma deficiência na prestação legislativa, de modo a desproteger bens jurídicos fundamentais”.*

Portanto, direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles conquistados pelos indivíduos perante um Estado forte e imponente. Nesse sentido, garantida aos sujeitos proteção à intervenção estatal, concretizando-se a liberdade do sujeito em face a eventuais violações. Não somente, perpassando por uma segunda dimensão, garantida está a proteção social através de prestações e afirmação estatal, exigindo-se uma atitude positiva do Estado, tornando-se insuficiente uma postura meramente abstencionista.

Sob esse contexto, há de ser reconhecido o viés de proteção da coletividade perante as inefetividades estatais, à medida que a omissão ou insuficiência são capazes de gerar resultados extremamente prejudiciais à coletividade. Para tanto, não se trata apenas do indivíduo individualmente considerado, mas dele inserido no contexto republicano, ao compartilhar vida com seus pares.

Nessa esteira, desponta o magistério de Douglas Fischer, ao sustentar a existência de uma concepção de garantismo que denominou integral, responsável por abranger tanto um viés positivo quanto um negativo (FISCHER, 2009). O autor identifica, na obra de Luigi Ferrajoli “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal” uma noção de dupla proteção, tanto do sujeito autor de infração quanto da vítima/sociedade, inobstante ressalte a renitência doutrinária em considerar direitos fundamentais de garantia como pertencentes somente ao agente delitivo, afirmando ser frequentemente ressaltada a relevância somente daqueles de primeira dimensão, o que redundava no que definiu como *“garantismo hiperbólico monoclar”* (FISCHER, 2009).

A evolução da concepção de direitos fundamentais é de suma importância para essas considerações. Marcelo Novelino (2020) reconhece como caractere da noção de direitos fundamentais a historicidade que lhes é evidente. Assim, há um desenvolvimento e aprimoramento do sentido quanto ao âmbito de proteção. Hodiernamente, salienta-se a proteção à segurança

jurídica e social através da proibição imposta ao retrocesso social. Conquanto parte da doutrina, dentre eles André Ramos Tavares (2020), reforce a vedação à retirada de direitos sociais já conquistados, considera-se aplicável o instituto a quaisquer dimensões de direitos fundamentais, não havendo restrição à aplicabilidade somente a direitos sociais, sendo possível extrair a abrangência de direitos fundamentais das variadas dimensões, seja aqueles explícitos ou implícitos pela ordem constitucional.

Exegese semelhante é a que se faz do art. 60, §4º da Constituição Federal, ao afirmar a impossibilidade sequer de tramitação de proposta de Emenda Constitucional que pretenda abolir direitos e garantias individuais. A interpretação restritiva (que pretenda interpretar literalmente o dispositivo, impondo como cláusula pétrea somente os direitos individuais) não é solução satisfatória, já que redundaria unicamente em proteção a direitos de primeira dimensão. O que serve como cláusula pétrea, nesse caso, é o âmbito de proteção erigido pela norma positivada (SARLET, 2012).

Daí decorre a lição de Robert Alexy, ao examinar aspectos concernentes ao suporte fático dos direitos fundamentais e âmbito de proteção. A constatação a que chega o doutrinador, é que, para haver uma intervenção em direitos fundamentais, a estrita correlação a se promover é com “*o objetivo normativo dos direitos fundamentais*” (ALEXY, 2006, p. 307). Nesse sentido, não se pretende um juízo de abstenção, mas de garantia, à medida que ao Estado incumbe contribuir para a concretização da integralidade dos direitos que afirma, sem quaisquer preterições no plano abstrato.

## **2.1 Individualização da Pena**

Inicialmente, importa estabelecer clássica distinção doutrinária entre regras e princípios, formulada por Ronald Dworkin, em sua obra “Levando os direitos a sério”. Na oportunidade, o autor sustenta possuírem os princípios uma dimensão não pertencente às regras. Os princípios não são mensurados de maneira cartesiana, de forma que ao haver intercruzamento entre princípios,

“aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um” (DWORKIN, 2002, p. 42). Alexy (2006), a seu turno, inobstante seja um dos responsáveis por difundir as diferenças entre regras e princípios, reforça a condição de ambos, como normas jurídicas. Este autor ainda afirma que um dos principais critérios para a distinção entre as espécies de normas é o grau de generalidade de cada uma. Assim, princípios são dotados de generalidade de alto grau, enquanto as regras possuem baixo (ALEXY, 2006).

Dworkin aponta, ainda, a incidência vigorosa dos princípios em casos judiciais complexos, sustentando a formação da regra vigente no caso concreto após um juízo de discricionariedade judicial que se baseia no aspecto principiológico. Isso significa que no caso concreto, após ponderação de princípios “a regra não existe antes de o caso ser decidido” (DWORKIN, 2002, p. 46). Cabe diferenciar a regra abstratamente considerada (que não se confunde com princípio) e a regra que regerá a relação de fato, como resultado da construção jurisdicional. Portanto, a existência de princípios conduz necessariamente ao juízo do caso concreto, sendo deletéria a fixação *a priori* de uma ordem de prevalência.

Nessa senda, calha ressaltar a lição de Humberto Ávila (2005, p. 26), definindo “*princípios como deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas*”. Assim, a ponderação no caso concreto deve ater-se aos eventuais conflitos com outros princípios, além do substrato fático, para efeito de visualização da norma concreta aplicável à situação em evidência.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra, em seu artigo 5º, inciso XLVI, a individualização da pena. Ao mesmo tempo em que a previsão constitui uma garantia fundamental, trata-se de norma principiológica, a ser aplicada conforme um mandamento de otimização. O mesmo dispositivo da Carta Magna ainda enuncia rol exemplificativo de penas a serem cominadas: “a) *privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos*”. Em outro compasso, no mesmo artigo, mas no inciso XLVII, traz rol de penas

vedadas pelo ordenamento jurídico: “a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”;

À época da edição da Carta Constitucional, já sabia o constituinte das previsões existentes no Código Penal, notadamente as do artigo 32, que se confundem com as três primeiras alíneas do dispositivo constitucional que enuncia as penas aplicáveis. A redação prevista pelo artigo 32 do Estatuto material Repressivo é decorrência de revisão do diploma promovida em 1984, operando-se, portanto, o fenômeno da recepção pela nova ordem constitucional.

A individualização da pena consiste, basicamente, em definir a quantidade de pena adequada à infração penal, diante das particularidades da situação submetida à apreciação jurisdicional. Assim, a dosimetria da reprimenda penal deve estar compatível com cada fato praticado. Nessa seara, Nucci (2020, p. 73) afirma que “o princípio significa que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez”. Novelino (2020) ressalta a aplicabilidade do princípio em três âmbitos: legislativo, judicial e executório.

No aspecto legislativo, ocorre individualização quando o legislador comina o preceito secundário aplicável a determinada infração penal. Fixa balizas mínima e máxima, dentre as quais operará a discricionariedade conferida ao julgador, que perpassará pelo plano metodológico até concluir a definição da pena em concreto.

Como técnica legislativa, há a possibilidade de, no plano legislativo, deixar o preceito secundário à complementação. Chama-se a técnica de “norma penal em branco às avessas”. Exemplo de utilização do mecanismo é a edição da legislação que define e pune o crime de genocídio, lei que vige sob o nº 2.889/56. Em seu art. 1º, após definir as condutas incriminadas, afirma a maneira de punição do agente, fazendo expressa menção a dispositivos do Código Penal, de forma a equiparar a previsão abstrata de pena. Assim, a



prática do delito em tela que redunde em crime contra a vida, terá a punição deste, aplicando-se essa lógica na inteireza dos crimes previstos na legislação que define e pune o crime de genocídio.

Quanto ao âmbito judicial, a individualização é decorrência do próprio poder conferido ao magistrado de promover a dosimetria da pena. O juiz, atrelado a parâmetros definidos pela própria infração tipificada, ao proferir sentença condenatória, arbitra o *quantum* de reprimenda penal necessária à reprovação e prevenção do fato. O procedimento pelo qual perpassa o magistrado será objeto de análise do decorrer da monografia.

Por fim, a individualização da pena em execução penal. A Lei de Execução Penal estabelece, em seu art. 6º, a necessidade de classificação dos condenados, afirmando que a medida serve para orientar a individualização da execução. A constatação do art. 8º do mesmo diploma é semelhante, ao impor o exame criminológico ao condenado e facultá-lo ao preso provisório, reforçando a finalidade do instrumento, qual seja, orientar a individualização da execução penal.

O Supremo Tribunal Federal já foi instado a se manifestar incidentalmente sobre o princípio em evidência. Na oportunidade, questionou-se, em sede de *Habeas Corpus*, dispositivo da Lei nº 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos.

O art. 2º, §1º do mencionado diploma legal dispunha acerca do cumprimento de pena para condenados por crime hediondo. Em sua primeira redação (editada à época da promulgação da lei), afirmava que “*a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado*”. O Pretório Excelso, mediante provocação em remédio heroico, assentou a flagrante inconstitucionalidade do dispositivo. Nesse sentido, extrai-se do lastro argumentativo do julgado o reconhecimento de violação ao princípio da individualização da pena.

Avultam da fundamentação do *Habeas Corpus* número 82959 algumas considerações que merecem ser trazidas à baila, porquanto reforçam a

aplicabilidade do princípio em evidência. O ex-ministro Carlos Ayres Britto, à oportunidade em que acompanhou o Relator, Ministro Marco Aurélio, votou pela declaração de inconstitucionalidade do dispositivo. Em suas razões, mencionou a dinâmica jurídica que deve conduzir a promessas de recompensa em detrimento de ameaças de castigo (no caso, a impossibilidade de progressão de regime, com violação ao parâmetro constitucional), sustentando ser a impossibilidade de progressão de regime maciçamente prejudicial ao condenado.

No mesmo julgado, o ministro Cezar Peluso apresentou voto-vista, demonstrando parâmetros da individualização da pena, que se confundem com as já mencionadas três fases do princípio em conformação prática. Quanto à possibilidade de a lei vedar a incidência da progressão de regime, afirmou que tal exceção só poderia ser feita por regra de mesma hierarquia, *in casu*, norma constitucional.

Da norma inicialmente editada quando da feitura da Lei 8.072/90, verifica-se a supressão de uma das vigas mestras do princípio da individualização da pena, qual seja, da sua fase de execução. Nesse sentido, a Lei de Execução Penal tornar-se-ia despicienda no caso de condenação por crimes hediondos, à medida que a classificação e o exame criminológico não possuiriam razão de ser em nenhuma medida, já que toda a reprimenda seria cumprida em regime fechado.

Como solução, por maioria, declarada a inconstitucionalidade do dispositivo. Para efeito de ampliar a eficácia do julgado, o Supremo Tribunal Federal ainda editou a Súmula Vinculante nº 26. A tese firmada sustenta que é facultado ao juiz da execução *“avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”* (STF, 2009a, online). Assim, devolveu-se ao juiz responsável pela execução seu poder/dever de individualizar a pena; bem assim ao condenado o direito à progressão.

A edição da Lei dos Crimes Hediondos, deu-se em razão de política criminal conhecida como “Direito Penal de Emergência”. Outra corrente criminológica que embasa a edição da Lei de Crimes Hediondos é o “Movimento Lei e Ordem”, que “*apregoa a aplicação implacável da lei a qualquer conduta ilícita com o fim de manter a ordem social*” (GONZAGA, 2020, p. 102). A vertente defende uma inflação do direito penal para coibir quaisquer condutas potencialmente lesivas ao contexto social, evitando que outros crimes sejam praticados. Essa noção embasou a “Teoria das Janelas Quebradas”, evidenciada em Nova Iorque no século vinte (GONZAGA, 2020). O que concluíram os governantes foi que a ausência do Estado é fator que contribui para a ocorrência de delitos, de forma que o direito penal passou a ser aplicado de forma maciça, a pretexto de rechaçar quaisquer condutas potencialmente violadoras da ordem social.

Diante de fatos erigidos à condição de maior gravidade pelo legislador, editam-se alguns diplomas e são modificados outros, tudo com a intenção de atender ao afã social e justificar repreensão a fatos específicos, sob a aparência de resolução do tema através da majoração ou instituição de reprimenda criminal. Luigi Ferrajoli (2002, p.659), ao examinar o direito penal de emergência, afirma sua condição de ser “*frequentemente muito mais um direito penal do réu do que um direito penal do crime*”, criticando veemente a utilização da ferramenta.

Após a já mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional tornou a editar norma referente à progressão de regime, definindo, após a declaração de inconstitucionalidade do cumprimento integral, o regime inicial como parâmetro estanque. Assim, com a edição da Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007, o artigo 2º, §1º da Lei nº 8.072/90 passou a ter a seguinte redação: “*a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado*”.

Novamente instado a se manifestar *incidenter tantum* sobre o dispositivo em questão, desta vez através do *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, sobreveio novo exame pelo Supremo Tribunal Federal quanto à temática. Na

oportunidade, o paciente, com pena em concreto fixada em medida inferior a 08 anos (o que, segundo o artigo 33, §2º, 'b' permitiria o início do cumprimento em regime semiaberto acaso não reincidente) teve definido como regime inicial o fechado. Sob o mesmo argumento de violação ao princípio da individualização da pena, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da previsão legislativa, permitindo a utilização de parâmetros previstos no Código Penal inclusive para a hipótese de crimes considerados hediondos. Ressalta-se que no direito brasileiro os crimes hediondos são unicamente aqueles fixados pela legislação, não tendo o Brasil adotado critérios judicial ou misto para defini-los, sequer permitindo cláusula salvatória.

Reveste-se de intensa relevância, por fim, a circunstância de ter sido atribuído eficácia *ex nunc* à decisão. Isso ocorre, essencialmente, em razão da previsão do art. 2º, parágrafo único do Código Penal Brasileiro. Na hipótese, haveria possibilidade de retroatividade da benesse, o que implicaria em grave insegurança jurídica no país.

Corroborando a posição do Pretório Excelso quanto à impossibilidade de vedação abstrata à individualização, o magistério de Guilherme Nucci (2020, p. 73), ao afirmar que “*torna-se inviável – e seria inconstitucional – que a lei ordinária, a pretexto de individualizar a pena, na ótica legislativa, retire do magistrado qualquer margem razoável de ação*”. O mesmo autor, abordando esse aspecto, conquanto na fase judicial, subdivide-a em outras duas: a de fixação do *quantum* e a de definição do regime inicial cabível.

Essa constatação surge das próprias disposições do diploma substantivo criminal. Na feitura da sentença condenatória, posteriormente à definição da quantidade de pena, o magistrado é remetido ao art. 33, §2º do Código Penal. A alínea inicial imputa claro dever ao juiz, na hipótese de a pena cominada concretamente ser superior a 08 anos, afirmando que o regime inicial é o fechado.

Após, exsurge a discricionariedade jurisdicional na fixação do regime, nas alíneas 'b' e 'c'. A lei faculta ao juiz, na hipótese de não reincidente e que tenha tido pena cominada inferior a 08 anos e superior a 04, o regime inicial semiaberto. A previsão de regime aberto também se submete à discricionariedade jurisdicional, ao fazer uso do verbo “poderá”, de forma que sua aplicabilidade está circunscrita às penas inferiores a 04 anos.

O próprio Código Penal afirma que a discricionariedade mencionada no parágrafo anterior será resolvida pelas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 – que serão examinadas neste trabalho *a posteriori*. A esse respeito impende trazer à baila a exposição de motivos da Reforma do Código Penal de 1984. No item 34, o acessório à legislação reforça o já exposto, relegando a incumbência de definir o regime inicial ao juiz prolator da sentença.

Já o item 33 traz à tona as duas possibilidades antes mencionadas de exame judicial do regime e sua conseqüente modificação, ressaltando a necessidade de adequação “às condições *personalíssimas do agente*” e “à natureza do crime cometido” (EXPOSIÇÃO de motivos, Código Penal, 1984, item 33).

A Exposição de Motivos do Código Penal, em seu item 35, demonstra a natureza provisória do aspecto da sentença que fixa o regime inicial, já que a circunstância é revisitada no âmbito da execução. Ao ressaltar a natureza humanizadora da pena, afirma a adoção do sistema progressivo de cumprimento de pena. Os parâmetros que conduzirão à progressão dos regimes fechado e semiaberto, direcionando-se aos que devolvem maior parcela de liberdade, são de ordem qualitativa e quantitativa.

Isso é, a legislação de execução penal traz requisitos de ordem objetiva que permitirão a progressão de regime, especialmente aqueles previstos em seu art. 112. A somar, a previsão do §1º do mesmo dispositivo legal, explicitando aqueles requisitos de ordem subjetiva: “o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária [...] respeitadas as normas que vedam a progressão.” A progressão de regime baseia-se, portanto,

em um juízo de verificação da simultaneidade no atendimento das exigências de ordem objetiva e subjetiva.

No que se refere às particularidades da progressão de regime, como consectário da individualização da pena na fase executiva, há intensa produção jurisprudencial a respeito. Já demonstrado que as circunstâncias judiciais, acaso valoradas negativamente, podem conduzir à fixação de regime de cumprimento mais gravoso do que aquele que preleciona a legislação. Não há qualquer ilegalidade nisso.

Contudo, a Corte Constitucional deparou-se com hipótese em que se fixava regime mais gravoso sob o argumento de gravidade abstrata do crime, inexistindo cotejo com o lastro fático para alcançar essa conclusão. Nessa esteira, sobreveio a edição de entendimento sumulado, com o enunciado número 719 do Supremo Tribunal Federal, afirmando que *“a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”*. Portanto, a imposição de maior ônus ao réu não pode ser feita sem motivação. Conquanto a disposição não traga surpresa, notadamente à vista do art. 93, IX da Constituição Federal, que reforça a exigência de motivação para qualquer decisão judicial, sob pena de nulidade, viram-se decisões desprovidas de qualquer cotejo fático, que simplesmente apontavam gravidade abstratamente.

Ainda no que se refere ao aspecto fático e a motivação para fixação de regime, importa mencionar o disposto na Súmula 718 do Pretório Excelso, trazendo a previsão acerca de que *“a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”*. O crime ser abstratamente grave não é fundamento bastante, repise-se, devendo haver grau de reprovabilidade na conduta efetivamente praticada do indivíduo, com o consequente sopesamento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, sob pena de reconhecimento de ilegalidade na fixação de pena dissonante do estabelecido *a priori* pelo Código Penal.

Acerca da progressão, merece ser debatida a denominada progressão *per saltum*. Constitui-se essa forma uma espécie de benefício, através do qual o agente progrediria diretamente do regime fechado ao aberto, por ter implementado os requisitos necessários.

O Supremo Tribunal de Justiça manifestou-se a esse respeito através do *Habeas Corpus* nº 84.302/SP, reconhecendo a impossibilidade dessa espécie de progressão. A argumentação lastreou-se na redação já modificada do art. 112 da Lei de Execução Penal. O diploma normativo afirmava que “a pena [...] será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, [...] quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior”. Portanto, entendeu a Corte Cidadã que era necessário o cumprimento do patamar objetivo no regime anterior, o que inviabilizaria a progressão de regime diretamente do fechado para o aberto.

Nesse contexto foi editada a Súmula nº 491, tendo como tese fixada: “É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional”. Entretanto, na data de 24 de dezembro de 2019 foi editada a Lei nº 13.964/2019, destinada a aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, promovendo a modificação de diversos dispositivos nos mais variados diplomas legais. Dentre eles, alterações significativas ocorreram na Lei de Execução Penal, inclusive no artigo 112, responsável por fixar os parâmetros de progressão de regime.

Neste momento, a transferência a regime menos rigoroso tem como referência objetiva o cumprimento de determinada quantidade percentual de pena (é a expressa disposição legal), relegando-se aos incisos esses parâmetros. Suprimiu-se, portanto, a redação que condicionava a progressão a cumprimento em regime anterior. Diante da novidade do tema, resta saber qual será a solução adotada pelos Tribunais Superiores, inobstante acredite-se que haverá revisão, quiçá passando-se a permitir a progressão *per saltum*, na hipótese de satisfação dos requisitos previstos no artigo 112 da Lei de Execução Penal, já que alterado o ponto de referência do quesito objetivo.

De outra banda, inexistente qualquer vedação à regressão de regime *per saltum*. Na hipótese de condenado que esteja cumprindo pena em regime aberto que pratique novo crime doloso, com a devida sentença condenatória, há a possibilidade de o resultado da soma ou unificação de penas, respeitada a forma do art. 111 da Lei de Execução Penal, redundar em patamar que exija a execução em regime semiaberto ou fechado. Na primeira hipótese, considerando-se a reincidência, a regressão dar-se-ia diretamente para o regime fechado.

Apresentado o princípio da individualização da pena, com a consequente análise de suas nuances e enfrentamento pelo ordenamento jurídico brasileiro, ultrapassa-se a questão para prospectar direitos fundamentais sob outro viés, qual seja, o da proporcionalidade no seu enfrentamento. Não se abandonará a ótica criminal da análise, com as devidas correlações quando necessário.

## **2.2 Princípio da proporcionalidade aplicada ao direito penal**

Diante da construção formulada anteriormente, no patamar que se trouxe à tona a individualização da pena, acerca da teoria dos princípios, importa retomar a clássica distinção entre as normas jurídicas para análise da proporcionalidade. Regras são comumente enunciados estanques, aplicáveis ou não à situação concreta. Princípios servem como mandamentos de otimização, devendo ser aplicados em maior ou menor quantidade, a depender da ponderação. Nessa esteira, surge a proporcionalidade como ferramenta de ponderação principiológica.

Lenza (2020) afirma a importância da proporcionalidade na ponderação entre valores constitucionais. Como elementos a serem analisados no juízo proporcional, aponta a necessidade, adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. Assentado na doutrina pátria que a herança brasileira atinente ao reconhecimento da proporcionalidade é fruto de evolução das construções do Tribunal Constitucional Alemão, que definiu os elementos acima como parâmetros a serem utilizados na análise do caso concreto.



No que tange ao juízo de adequação, Flávio Martins (2020, p. 411) afirma que deve ser analisado “*se a norma restritiva do direito constitucional alcança os objetivos pelos quais ela foi estabelecida*”. Quanto à necessidade, seu juízo “*equivale à melhor escolha possível, dentre os meios adequados, para atingir os fins*” (TAVARES, 2020, p. 666). A proporcionalidade em sentido estrito é um juízo fático-jurídico, à medida que busca concatenar as possibilidades jurídicas dentro do plano da situação imposta.

A maior parte da doutrina reconhece a proporcionalidade como uma vedação de excesso, isto é, exige-se do Estado um absentéismo como forma de proteção aos direitos fundamentais. Tendo sido a principiologia construída sob as bases do Direito Constitucional Alemão, o Brasil, ao incorporar essa noção ao seu direito constitucional, deu vazão, primeiramente, a esse âmbito, qual seja, o de proteção contra o excesso.

O Poder Judiciário, dessa maneira, incorporou a principiologia especialmente na análise de casos submetidos à sua apreciação, com uma lenta incorporação da possibilidade de extensão do juízo de proporcionalidade ao Poder Executivo e Legislativo. Conquanto reconheça-se a existência do princípio, não há positivação expressa a esse respeito na Carta Constitucional.

Inobstante, é possível extrair dos termos da Carta Maior a exigência de sua observação. Como exemplo, o artigo 66, §1º da Constituição, ao dispor acerca da possibilidade de veto presidencial. Exsurge a possibilidade de o chefe de governo considerar a lei, ou algum dispositivo, juridicamente inconstitucional. Há, ainda, o veto político, representado pela viabilidade de o Presidente “*considerar o projeto, no todo ou em parte, [...] contrário ao interesse público*” (art. 66, §1º, Constituição Federal de 1988).

O juízo de contrariedade ou adequação ao interesse público deve ser respaldado em uma robusta análise da proporcionalidade, levando-se em conta os elementos anteriormente mencionados: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, o chefe do Executivo, à frente de sua função como sujeito máximo do poder da República, lobriga a presença da

adequação legislativa aos fins que a sociedade pretende atingir, bem como a necessidade da edição da norma, não olvidando a verificação da existência ou não da proporcionalidade em seu sentido estrito.

O processo legislativo, da mesma forma, imprescinde de juízo proporcional. Nesse sentido, Mendes, Branco e Coelho (2000), ao afirmarem que a aferição de constitucionalidade das normas, não destoa da verificação de atendimento dos limites de conformação entregues ao legislador. Portanto, ao legislador incumbe não extrapolar os ditames constitucionais na formulação da legislação.

Ainda que se reconheça a importância de não extrapolar a intervenção a bens jurídicos, parte significativa da doutrina passa a reconhecer uma dupla vertente do princípio da proporcionalidade. A esse respeito, Streck (2004) sustenta ser necessária uma superação do modelo clássico que lê de forma unilateral o princípio da proporcionalidade, como se fosse apenas voltado à proteção contra os excessos estatais.

Boa parte da doutrina moderna, ao abordar o tema, também reconhece o princípio da proporcionalidade sob dupla vertente. Além de existir a vedação às restrições sobrelevadas de direitos fundamentais, fala-se em uma proibição de “*omissão ou atuação ineficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção*” (SARLET, 2020, p. 232).

Com esteio nas construções do Tribunal Constitucional Alemão, incorporou-se à principiologia brasileira os conceitos de *Übermassverbot* (ao referir-se como a proibição de excesso) e *Untermassverbot* (ao referir-se à proibição de proteção deficiente). Há necessidade de compatibilização entre as duas vertentes, uma delas protegendo o cidadão frente ao Estado e “*outra através do Estado – e inclusive através do direito punitivo – uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos, em face da violência de outros indivíduos*” (STRECK, 2004, p. 243).

Sarlet (2020) define o defeito de proteção, sustentando que esse ocorrerá quando houver insuficiência nas medidas adotadas para garantir a consecução dos direitos fundamentais afirmados, explícitos ou implícitos.

Contudo, não se pode enxergar a proporcionalidade como uma carta branca, à medida que, tomando por base seus elementos, a ponderação dos elementos deve ser feita sob a luz do caso específico, ajustando a norma abstratamente ao fato, com a conseqüente criação da norma que regerá a situação específica. Ao juiz não é facultado tudo, muito menos utilizar-se do argumento de proporcionalidade para justificar juízo de equidade (STRECK, 2007).

Extrapolando a análise estritamente constitucional, faz-se necessário relacionar a existência de proporcionalidade com o direito penal. Um dos esforços da doutrina e jurisprudência no que concerne à aplicação da proporcionalidade, diz respeito ao princípio da bagatela. Evidenciada a presença de fato típico, ilícito e culpável (na esteira do que dispõe o conceito analítico tripartido), retorna-se ao primeiro elemento do crime para subdividi-lo, afirmando-se existir tipicidade formal e material.

Aquela seria a subsunção desprovida de qualquer análise, sendo um juízo de mero enquadramento de um fato em um tipo penal. A bagatela não questiona isso. De outra banda, vem afirmar a noção de uma tipicidade material, através da qual, ainda que presente o enquadramento formalmente considerado, sem qualquer análise fática, pela qual permitir-se-ia julgar o fato atípico, por não violar materialmente o bem jurídico pela norma protegida.

Nessa seara, o Supremo Tribunal Federal fixou 04 requisitos objetivos para o reconhecimento da insignificância: a) Mínima ofensividade da conduta; b) Ausência de periculosidade social da ação; c) Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) Inexpressividade da lesão jurídica provocada. Há, também, requisitos subjetivos, relacionados notadamente à reincidência ou questões concernentes ao *modus delitivo*. Tudo isso serve ao juízo de (a)tipicidade material da conduta.

Evidenciada a tipicidade material, surge a existência de um princípio da bagatela imprópria, de forma que *“apesar de típico, o caso concreto indicaria a desnecessidade de aplicação de pena. Como se fosse a hipótese de um perdão judicial, mas fora dos casos previstos”* (PACELLI. CALLEGARI, 2020, p. XIV).

Chega-se à condição, portanto, de afirmar que, com base em juízo de proporcionalidade, ainda que não ventilando expressamente essa tese e/ou aplicando o princípio da proporcionalidade, o fato se mostra atípico, pois desnecessária a aplicação de pena. Portanto, o reconhecimento da bagatela imprópria [pode levar à violação] do mínimo de proteção que a sociedade espera do direito penal. Quanto à insignificância propriamente dita, ressalta-se a capacidade que o instituto tem de rumar à desproteção a bens jurídicos fundamentais à medida em que se reconheça a atipicidade material de conduta formalmente típica. Além de coibir os excessos, reforça-se que deve servir a proporcionalidade para que se leve em conta a vedação imposta à proteção deficiente de bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Como exemplo das violações ocorrentes nesse caso, qual seja, o reconhecimento de atipicidade material indiscriminada, importa trazer o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça sob o prisma dos recursos repetitivos, no que se refere a crimes tributários federais e de descaminho. Estatuíu a Corte Cidadã que é insignificante a supressão de tributos ou a omissão no recolhimento até o montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)<sup>1</sup>. Não se verifica razão para a aplicabilidade da bagatela própria nesses casos, de tão evidente a lesividade ocasionada pela conduta à sociedade, que fica desprotegida por um desinteresse estatal em punir os crimes em tela. A relação tributária e a não punição redundam em não permitir ao Estado que atinja diversos fins, notadamente diante da falta de orçamento como resultado.

---

<sup>1</sup> (REsp 1709029/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2018, DJe 04/04/2018)

Outra incongruência sistemática é a aplicação da insignificância ao crime de descaminho, reconhecidamente considerado crime contra a Administração Pública. Veja-se que a própria Corte Cidadã considera os crimes contra a Administração insuscetíveis de aplicabilidade do princípio bagatelar, com entendimento sumulado sob o enunciado nº 599. Enquanto isso, em face de o verbo nuclear envolver supressão tributária, equiparou o Superior Tribunal de Justiça o crime de descaminho aos tributários, no que atine à possibilidade de aplicação da bagatela própria.

Ainda na órbita de crimes efetivamente tributários, cabe mencionar a existência da Súmula Vinculante nº 24, ao exigir o definitivo lançamento tributário para a possibilidade de tipificação dos crimes previstos no art. 1º, I a IV da Lei nº 8.137/90. É possível alcançar a *voluntas legis* de que exista arrependimento eficaz na hipótese, inobstante o agente não responda por qualquer ato, na devolução integral prévia ao lançamento. Contudo, ressalta-se, essas construções, especialmente formuladas pelo Poder Judiciário, possuem a capacidade de desproteger o âmago social em certa medida, violando o princípio da proporcionalidade sob a égide de proteção insuficiente.

Consideração que cabe retomar é a impossibilidade de definições estanques quanto à proporcionalidade em situações abstratas. A invocação do princípio deve ocorrer especialmente em circunstâncias concretas, subsumidas ao plano fático (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000). Consideração similar faz Sarlet (2020), ao afirmar que ambas as noções de proporcionalidade, seja como vedação ao excesso ou à insuficiência, não comportam um controle definitivo *a priori*, sendo imprescindível que se prossiga no exame dos fatos. O mesmo autor ainda menciona que o exame de proporcionalidade funciona como controle dos atos públicos, conquanto ressalte que na hipótese de verificação dos atos do Legislativo, a margem de discricionariedade é um pouco mais alargada, o que torna sobremaneira complexo o controle.

### 2.3 Garantismo penal integral

A noção de proporcionalidade que se examinou é extremamente imbricada com o conceito de garantismo penal integral. A nomenclatura é ventilada pela doutrina pátria em decorrência das lições do Procurador Regional da República da 4ª Região, Douglas Fischer (2009). O autor afirma existir um frequente equívoco na análise das premissas garantias propostas por Luigi Ferrajoli, em sua obra *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*.

O garantismo penal integral é a conjugação de interesses dos diversos envolvidos na seara criminal. Enquanto a teoria garantista busca resguardar os direitos do réu, reconhecendo-lhe direitos que de fato lhe são devidos, faz-se essencial analisar a teoria concatenando-a com todos os valores decorrentes da Constituição Federal. Tudo isso sob pena de conduzir a um garantismo hiperbólico monocular (FISCHER, 2009), que se inflaria e diria respeito aos interesses de somente um dos envolvidos no direito material e processual penal.

Não se olvidam as atrocidades por que passou o mundo em tema de punição de infratores. A história do processo penal é temerária, enquanto tendo perpassado pelos “Juízos de Deus”, que se constituíam em provas negativas impossíveis, sob pena de condenação e aplicação de penas capitais e/ou cruéis. Além disso, o momento de Inquisição, vivido durante o Medievo, são exemplos das atrocidades já praticadas contra os seres humanos.

A evolução do pensamento que vem em defesa dos homens alcançou o patamar de reconhecer as teorias criminológicas do conflito, dentre elas, a do *labeling approach*, segundo a qual a elaboração de crimes pressupõe a prévia intenção de reprimir certos modelos de indivíduos, utilizando-se o direito penal como ferramenta. É daí que decorre a vertente garantista e as essenciais contribuições do professor Luigi Ferrajoli, notadamente ao estabelecer dez premissas estruturantes para servir como escudo do indivíduo frente aos arbítrios amiúde perpetrados (FERRAJOLI, 2002, p. 75).

Os defensores do garantismo penal integral não pretendem a desconsideração das ideias garantistas, pelo contrário, assumem-nas como base de sua construção teórica. Nesse sentido, Fischer (2009) afirma que se tem difundido um garantismo que vislumbra isoladamente a necessidade de proteção apenas dos direitos daqueles indivíduos sujeitos à persecução, atribuindo a essa consideração a denominação de garantismo monocular e hiperbólico. Na oportunidade, afirma não ser essa a prudente interpretação do sistema garantista proposto por Luigi Ferrajoli, encontrando na obra *Direito e Razão* diversos excertos que contribuam para integral proteção de bens jurídicos.

Enquanto respeitadas as regras do devido processo legal, sem restringir quaisquer garantias penais individuais, deve-se intentar compatibilizar o respeito a direitos de outros envolvidos no processo penal (COUTO; COUTO, 2020). Nesse contexto, passou-se a afirmar a existência de duas vertentes do garantismo penal, o positivo e o negativo. Seria, assim, o garantismo negativo aquele atrelado à defesa do réu, do submetido à persecução penal; enquanto o positivo diria respeito à ordem de direitos pertencentes a toda a sociedade, reconhecidamente uma das vítimas da infração penal.

*“A tarefa do Estado é defender a sociedade [...], protegendo-a contra os diversos tipos de agressões. Ou seja, o agressor não é somente o Estado”* (STRECK, 2004, p. 242). Esse autor ainda faz a devida consideração adaptada ao direito penal, concluindo que quando da prática de infração, evidencia-se a violação do direito fundamental de um indivíduo por outro, sendo essencial compatibilizar a proteção às garantias de ambos.

Ressalta-se a sujeição de todos os Poderes a essas relações (FISCHER, 2009), conquanto primordialmente incumba ao Judiciário a revisão desses preceitos. Ao considerar a existência de um duplo viés de garantia, cabe ao Judiciário concretizar essa dimensão, abstendo-se de incidir demasiadamente na vida privada, com excessivo ímpeto, sem deixar de vislumbrar o outro viés, qual seja, a proteção que deve à sociedade.

Nessa construção hermenêutica, Lênio Streck (2007) sustenta a possibilidade de constatação de inconstitucionalidade por insuficiência na proteção de direitos fundamentais. Na oportunidade, afirma o autor que as violações à proporcionalidade não se revestem de inconstitucionalidade somente por essa razão, mas sim por deixarem de proteger o âmbito de um direito fundamental (STRECK, 2007, p. 273-274).

Assim, conquanto já assentada a possibilidade de se reconhecer inconstitucionalidade por excesso de ataque a bem jurídico considerado fundamental, passa-se à viabilidade de inconstitucionalidade por omissão, seja na total ausência de proteção ao bem jurídico, seja na sua deficiência. Acerca da inconstitucionalidade por omissão, o ordenamento jurídico brasileiro consagra dois institutos responsáveis por satisfazer a desordem.

A Constituição Federal de 1988 afirma, em seu art. 5º, LXXI, o cabimento do mandado de injunção “*sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”. Trata-se de remédio constitucional, destinado especificamente ao cidadão individualmente considerado, tendo como desiderato sanar a controvérsia constitucional causada por um não fazer.

Sob outro viés, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, há a possibilidade de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Em normas constitucionais de eficácia limitada, faz-se necessária a edição de lei para efeito prático da norma que já despontava efeito jurídico desde sua edição. Gilmar Mendes (2018, p. 1343), utilizando-se das lições da Corte Constitucional Alemã, afirma que “*configura omissão inconstitucional não só o inadimplemento absoluto de um dever de legislar (omissão total), mas também a execução falha, defeituosa ou incompleta desse mesmo dever (omissão parcial)*”.

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de analisar caso de alegada omissão inconstitucional quando julgou a Ação Direta de



Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Na oportunidade, o julgamento teve resultado no sentido de reconhecer a omissão legislativa em tipificar como crime as condutas homofóbicas e transfóbicas, que manifestem aversão à orientação sexual ou identidade de gênero. Como solução, a Excelsa Corte equiparou a conduta aos preceitos contidos na Lei nº 7.716/89, que tipifica os crimes de preconceito.

O argumento que embasou a decisão é, na dicção do Supremo Tribunal Federal, a existência de ordem proveniente da Carta Constitucional, o que convencionou a doutrina denominar mandado de criminalização. Não somente, outro argumento ventilado foi a base do art. 5º, XLII, ao afirmar que “*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*”. Enquadrou, a Corte Suprema, as condutas homofóbicas e transfóbicas em prática de racismo, reconhecendo-se a semelhança e o dever imposto à criminalização. Portanto, evidente a omissão legislativa em atender ao mandado de criminalização, o Judiciário tomou posição ativa, definindo a conduta como crime.

A questão é controversa do ponto de vista da legalidade penal, por ter sido tipificada determinada conduta como crime à ausência de lei penal estrita, certa e taxativa. Em verdade, a tipificação decorreu de analogia, o que é sabidamente vedado. Contudo, a questão merece ser analisada sob a ótica da proporcionalidade, com esteio no garantismo penal integral.

Nessa situação, a proporcionalidade foi utilizada no sentido de vedação à proteção deficiente, por pretender integrar o direito penal a uma conduta socialmente reivindicada. Entretanto, a principiologia, conforme já mencionado, deve ser sopesada no plano fático. No caso concreto, violou-se a vertente de proporcionalidade da proibição do excesso (enquanto quis-se atender à vedação imposta à proteção deficiente), em relação àquele réu, que eventualmente será punido em razão dessa conduta.

Os postulados delimitados por Luigi Ferrajoli em *Direito e Razão*, notadamente a legalidade em sentido estrito (*nullum crimen sine lege*), foram

relegados pela Corte Suprema. É essa uma das preocupações dos defensores do garantismo penal integral. A questão cinge-se a defender a não aplicação exclusiva do garantismo negativo, sob aquela vertente da proporcionalidade como vedação à proibição de excesso, o que não importa em negligenciar a existência do postulado, senão considerá-lo essencial, desde que preservada a integralidade dos direitos de todos os envolvidos na celeuma. Dito isso, há de ser coadunada a proporcionalidade sob as duas vertentes, para que se não se incorra em inconstitucionalidade.

Lênio Streck (2004, p. 242), ao ponderar as vertentes, afirma ser necessária a “*superação do modelo clássico de garantismo negativo, que nada mais do que uma leitura unilateral do princípio da proporcionalidade, como se este fosse apenas voltado à proteção contra os excessos*”. Portanto, é necessária a proteção de todas as espécies de direitos fundamentais presentes no ordenamento jurídico, independentemente de sua dimensão (MAGALHÃES, 2010). Douglas Fischer (2004) afirma a existência de uma desproteção sistêmica nesse âmbito, diante da compreensão de garantismo unicamente como resguardo de direitos fundamentais de primeira geração em âmbito penal.

À vista dessa exposição inicial, quis-se correlacionar a proporcionalidade, seus elementos de análise, como necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, trazendo à colação suas duas vertentes: proibição do excesso e vedação da proteção deficiente. Reforça-se a importância da maximização de ambos os âmbitos na hipótese de colisão entre interesses que pressuponham a ponderação fática.

A título de exemplificação, trouxe-se decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em controle concentrado, que se pautou indiretamente na proibição da proteção deficiente como substrato para a tipificação de conduta como crime através de analogia, em claro detrimento à proibição do excesso. Não se olvida a circunstância de as decisões de cortes superiores estarem fortemente sujeitas às pressões políticas e sociais. O revés, qual seja, a reação social às decisões judiciais é denominada pela doutrina de efeito *backlash*.

Flávio Martins (2020) afirma que o efeito backlash é reação majoritária em face de decisão contramajoritária, sustentando ser uma das funções do Poder Judiciário atuar desta forma. A argumentação merece ser acolhida desde que o Judiciário esteja coadunado com as prescrições do ordenamento jurídico. Nesse sentido, Streck (2017, p. 274) afirma que *“a proporcionalidade não será legítima se aplicada como sinônimo de equidade. Proporcionalidade será, assim, o nome a ser dado à necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão”*.

Querer-se-á, em diante, expor o plano metodológico responsável por formar a dosimetria da pena no direito brasileiro; para, no último capítulo, correlacionar o exposto até agora com o procedimento a ser explanado.

### 3 DOSIMETRIA DA PENA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS: ALGUMAS NOÇÕES

A pena é decorrência da prática de um injusto criminal. Diversas podem ser as razões pelas quais se aplica uma pena. Hegel afirma que a pena, perante o criminoso, é um ato de direito que *“implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito”* (HEGEL, 1997, p. 89). O caráter que se evidencia é nitidamente retributivista, reconhecendo que, aquele que viola direito merece a devolução da sua conduta pelo Estado, com a conseqüente imposição de pena. Kant, em sua obra *“A Metafísica dos Costumes”* demonstra semelhante posicionamento, afirmando que a pena *“jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do criminoso ou da sociedade civil”* (KANT, 2003, p. 174), reforçando a noção retributiva com que compactuavam alguns filósofos do período.

Beccaria (2015) inovou ao tratar do tema, ressaltando a exigência de proporcionalidade entre o crime cometido e a pena imposta. No mesmo sentido, conquanto Kant (2003) vislumbrasse viés retributivo, não descurava da necessidade de proporcionalidade entre o injusto e a pena imposta.

Em um giro ao sentido oposto, Jeremy Bentham, enquanto estabeleceu bases para o utilitarismo, aplicou-as à pena. A noção do autor era de que o viés utilitarista seria capaz de evitar que os crimes acontecessem, por receio do agente em sofrer punição (BENTHAM, 1979).

O estudo da pena não é estranho à dogmática penal, em que pese não ser responsável por promover o debate de sua natureza, finalidades e demais aspectos relevantes. O Código Penal brasileiro, ao abordar o tema, a partir de seu artigo 32, o faz com o desiderato de apresentar institutos e definir seu âmbito de aplicação.

Já a criminologia, como ciência empírica, busca explicar o delito e algumas de suas causas. O reconhecimento do estudo da pena atrelada ao viés das ciências criminais recebe a denominação de penologia. O objeto de

estudo da penologia pode ser definido como “a disciplina integrante da criminologia que cuida do conhecimento geral das penas (sanções) e castigos impostos pelo Estado aos violadores da lei” (PENTEADO FILHO, 2020, p. 124).

A teoria da pena aponta, portanto, dois modelos para justificá-la. Conforme já exposto, de um lado, o aspecto retributivo, liderado por Kant e Hegel, que se denomina teoria absoluta. De outro, o viés utilitarista, idealizado por Bentham e albergado por Beccaria, que traz a pena como fundamento de prevenção criminal, denominando-se teoria relativa da pena. Em um sentido intermediário, identificam-se teorias mistas, que se utilizam de argumentos trazidos por ambos os lados.

O ordenamento jurídico brasileiro evidentemente adota a teoria mista, consoante é possível extrair de vários diplomas legais. O Código Penal, a título exemplificativo, prevê, no capítulo de aplicação da pena, notadamente no artigo 59, que: “O juiz [...] estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Veja-se que o binômio necessidade e suficiência foi incorporado pela legislação brasileira em diversos outros diplomas, para efeito de consagrar os aspectos preventivo e repressivo.

Com efeito, cita-se a legislação que dispõe sobre o tráfico de pessoas, com vigência através do número 11.344/2016. Em seu artigo 1º, parágrafo único, dispõe: “o enfrentamento ao tráfico de pessoas compreende a prevenção e a repressão desse delito, bem como a atenção às suas vítimas”. De forma semelhante, a Lei nº 11.340/2006, de proteção à violência contra a mulher, popularmente denominada Maria da Penha, afirma, em seu artigo 1º, que “cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”. Aqui, inobstante não se fale em reprovação, traz-se a pretensão de coibir, do que se extrai semelhante efeito prático em relação à reprovação, qual seja, o aspecto retributivista da legislação.

A pretensão de repreender o crime decorre das teorias absolutas da pena. Ferrajoli (2002, p. 205) critica de forma veemente a consagração desse aspecto, afirmando que “as doutrinas absolutas ou retributivistas fundam-se todas na expressão de que é justo transformar mal em mal”. Nucci (2020) também defende a necessidade de tomar-se como referência o viés preventivo,

através das teorias relativas. Nesse contexto, reforça a ideia apresentada por Ferrajoli, ao sustentar que *“os retribucionistas creem que a pena serve à realização da Justiça e que se legitima suficientemente como exigência de pagar o mal com outro mal”*. (NUCCI, 2020, p. 550). Portanto, hodiernamente, soa quase uníssona a manifestação doutrinária de necessidade da valorização especialmente do viés preventivo, notadamente à vista das mazelas carcerárias evidenciadas ao redor do mundo, que servem como consequência da pretensão puramente retributiva e encarceradora.

Sob outro prisma exsurge a teoria relativa/preventiva, que se subdivide em prevenção geral e específica, intrinsecamente cada uma dessas fracionada em positiva e negativa. Carvalho (2002) busca demonstrar que as teorias negativas são dissuasórias, porquanto pretendem evitar que o(s) sujeito(s) torne(m) a delinquir; enquanto isso, as teorias positivas possuem viés integrador.

No âmbito da prevenção geral negativa, *“a pena aplicada ao autor do delito reflete na comunidade, levando os demais membros do grupo social, a observar a condenação, a repensar antes da prática delituosa”* (PENTEADO FILHO, 2020, p. 125). O que se quer é que demais integrantes da sociedade vislumbrem um caráter utilitário, para que ponderem antes de delinquir e convençam-se a não delinquir através da aplicação de uma pena a outro indivíduo.

Em semelhante sentido, a lição de Foucault, ao considerar que *“a punição ideal será transparente ao crime que sanciona; assim, para quem a contempla, ela será infalivelmente o sinal do crime que castiga; e para quem sonha com o crime, a simples ideia do delito despertará sinal punitivo”* (FOUCAULT, 2014, p. 103). Nesse sentido, enquanto o crime é a antítese do direito, a punição deve servir como método de reafirmação, impingindo uma noção de validade da norma e confirmação do contrato social.

Já quanto à prevenção especial negativa, o alvo é o próprio condenado. Nessa seara, com a segregação do condenado *“do convívio social, diante da imposição de pena privativa de liberdade, está-se, em verdade, prevenindo novos delitos, ao menos de autoria do detido”* (NUCCI, 2020, p. 10). Nesse

caso, a solução que se pretende é simples. Estando o sujeito no cárcere, não voltará a delinquir. Ainda que essa afirmação seja controversa atualmente em razão do Estado de Coisas Inconstitucional (conceito aventado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347) que assola o sistema carcerário, a pretensão que erige da vertente é justamente essa: segregar para evitar a nova delinquência. Durante o longo período evolutivo social, a pena privativa de liberdade foi usada como *prima ratio* no intento punitivo. Atualmente, percebe-se a necessidade de políticas desencarceradoras, com a consequente maximização de políticas públicas de base, tais como aquelas relativas à saúde, educação e esporte.

No que atine à prevenção geral positiva, seu destinatário é toda a sociedade. O que se quer é a reafirmação da validade da norma jurídica, diante da violação do ordenamento por um determinado agente que dirigiu seu fim à consecução desse ato. *“A pena (aplicada) é um mecanismo necessário para transmitir a todos uma mensagem que [...], apesar do crime cometido, a norma segue vigente – essa informação somente será transmitida, insista-se, se a pena for efetivamente aplicada”* (ESTEFAM, 2020, p. 166). Aqui, o autor, além de explicar a vertente de proteção, traz outra dimensão importante: a certeza da pena.

Nesse contexto, Beccaria (2015, p. 67) afirma que *“a perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável causará sempre uma forte impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade”*. Instrumento importante para a prevenção é a já referida certeza da aplicação da pena abstratamente cominada. Considerando-se a prática de infração penal como um juízo utilitarista, segundo o qual o sujeito pondera entre os benefícios que o ato lhe causará e o mal eventualmente resultante (BENTHAM, 1979), quer-se com a aplicação da pena evitar a ocorrência do injusto penal.

Para efeito de esvaziar a razão de ser da reprimenda, comumente vislumbram-se artifícios usados pelos atores do processo, durante todo o deslinde da contenda. É cediço que as manobras levadas à cabo com a pura

intenção de evitar a sanção penal somente contribuem para o descrédito e rumam à falência do sistema de persecução penal.

No caso do Brasil, evidente a submissão do Poder Judiciário a um enorme número de demandas levadas a seu conhecimento, o que proporciona uma jurisdição morosa. Em muitos casos, a contenda penal resolve-se pela prescrição. Some-se a isso o efeito social que a questão causa. Não se tem dúvida quanto à ocorrência do fato e sua autoria, tendo sido as circunstâncias comprovadas judicialmente, conquanto não mais se possa punir. O sistema penal é conduzido ao desapareço, o que contribui, no juízo utilitarista, para que demasiadas infrações penais ocorram.

Quanto à prescrição, cabe trazer o instituto à tona e tecer algumas ponderações a seu respeito no que atine às consequências de sua análise na existência de pena concretamente aplicada. Reconhece-se a prescrição como perda do poder/dever de punir do Estado em razão de inércia (CAPEZ, 2020). Nesse sentido, transcorrido lapso significativo de tempo entre os marcos prescricionais, não há de se cogitar a manutenção de processo ou sua instauração. O Código Penal enuncia os marcos da prescrição no seu artigo 111, enquanto traz os prazos em seu artigo 109. A questão relevante que deve ser trazida à tona é o regimento da prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória, que se reger-se-á pela pena aplicada, conforme estatui o artigo 110 do diploma repressivo.

Portanto, aplicada determinada pena concretamente, essa servirá como baliza a ser analisada entre os marcos interruptivos; e, transcorrido prazo superior ao estabelecido pela legislação, tomando por base a pena aplicada concretamente, haverá prescrição. Esse tema tornar-se-á de suma relevância à medida que evoluirá a presente monografia, com a conseqüente análise da eventual necessidade de revisão dos parâmetros de fixação da pena *in concreto*.

Superado esse ponto, por fim, o último aspecto quanto ao viés relativo da pena: prevenção especial positiva, que traz o caráter ressocializador da pena. O sujeito, ao ser encarcerado, passa a ser submetido à reinserção social, através de ferramentas destinadas a esse feito. Nessa esteira, os institutos



previstos na Lei de Execução Penal, tais como, o Patronato e o Conselho da Comunidade, servem à ressocialização do agente, reafirmando seu dever social e inculcando no agente a necessidade de não tornar a delinquir.

Portanto, além de o ordenamento jurídico pretender prevenir e reprimir quando encarcera, estabelece como diretriz e sustentáculo do sistema de justiça criminal a excepcionalidade da prisão. Essa foi a base adotada pelo legislador reformador quando da modificação do código penal elaborada em 1984. No item 26 da Exposição de Motivos do Código Penal, sustenta o elaborador da norma a necessidade de restrição da espécie de pena que restringe a liberdade, para que seja aplicada somente na hipótese de efetiva necessidade para prevenção e repressão. No período, já era reconhecida a falência da política pública de encarceramento, à medida que a simples retirada do sujeito do âmago social não possui o condão de, por si só, ser elemento integrador e atender às necessidades sociais *de per se* e em sua integralidade.

Contudo, a pena privativa de liberdade ainda é aplicada na quase integralidade das sociedades organizadas em que vigora o Estado Democrático de Direito. No Brasil, considerando sua aplicação como decorrência de uma sentença condenatória, a definição de uma quantidade de pena que cumprirá o condenado é feita por um juiz, órgão do Poder Judiciário. Nesse sentido, há um procedimento lastreado na lei que rege a fixação da quantidade e circunstâncias da pena aplicada, o que será examinado adiante.

### **3.1 O método trifásico de aplicação da pena no direito brasileiro**

A dosimetria da pena é o procedimento para sua aplicação. O artigo 68 do Código Penal define sucintamente o método: *“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”*. Portanto, infere-se a adoção de um mecanismo trifásico. Na primeira fase, a fixação da pena-base, através da análise de circunstâncias judiciais; na segunda, é definida a pena-provisória, através do

cotejo de agravantes e atenuantes; por fim, sobrevém a fixação de pena definitiva, com exame da incidência de majorantes e minorantes.

Corroborando a tese de adoção do método trifásico, a exposição de motivos do Código Penal, em seu item 51: “o Projeto opta claramente pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [...]”. Ressalta-se que a predominância a que se refere o excerto é àquela à época da reforma do diploma substantivo, ocorrida na primeira metade da década de 1980.

O método trifásico era defendido pelo eminente penalista Nelson Hungria, um dos idealizadores do Código Penal em sua redação original. A disposição do Estatuto Repressivo editado à época da década de 1940 e que se referia à aplicação da pena não possuía a mesma clareza do atual, deixando de prever expressamente o método pelo qual optou o legislador para aplicação da pena. Diante disso, Roberto Lyra sustentava a aplicabilidade de um método bifásico, interconectando o exame de circunstâncias judiciais com o das agravantes e atenuantes (LYRA, 1958).

Nesse contexto, a intenção de estabelecer legislativamente o método tem por pretensão definir e padronizar a metodologia, concedendo ao procedimento de dosimetria a elevação a parâmetro geral de justificação da quantidade de pena aplicada (TRISTÃO, 2001). Embora parte da doutrina critique a vasta possibilidade de arbítrio judicial na aplicação da pena (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008), a possibilidade de controle da atuação do magistrado é necessária e possível, mediante o controle exercido pelos Tribunais e Cortes Superiores do Poder Judiciário em grau recursal, através do efeito devolutivo conferido aos recursos em geral. Não se olvida a faculdade outorgada aos demais poderes da República de controlar a discricionariedade jurisdicional, através da permissão do Executivo de conceder graça e indulto; e do Legislativo de anistiar.

Dito isso, cumpre analisar as características basilares de cada uma das fases dosimétricas pelas quais perpassa o magistrado para que a pena seja aplicada. Inicialmente, o ponto de partida do magistrado é a pena abstratamente prevista pelo tipo penal. Após, inicia-se o procedimento de dosimetria da pena.

Na ponderação das circunstâncias judiciais, que são oito, cabe ao juiz atender “à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos do crime, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima [...] conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (art. 59 do Código Penal Brasileiro). Não se descarta da necessidade de analisar a parte final do mencionado dispositivo legal, ao exigir a necessidade de conformação à reprovabilidade e prevenção do delito, de onde avultam duas funções elementares da aplicação de pena, já enfrentadas (função absoluta e relativa, respectivamente).

Em um segundo momento, que se constitui na parte conseguinte do método, é fixada a pena provisória, através da verificação por parte do magistrado das agravantes e atenuantes, sejam aquelas previstas na parte geral ou especial do Código Penal, podendo estar enunciadas ainda em legislação extravagante. Lyra (1958) prelecionava a necessidade de serem verificadas as agravantes e atenuantes concomitantemente às circunstâncias judiciais, o que conduziria ao já mencionado procedimento bifásico (insubsistente hodiernamente, notadamente em face da previsão do artigo 68 do Código Penal). Para tanto, sustentava a necessidade de o juiz partir de um termo médio, daí seguindo a análise quanto à ocorrência dos índices concernentes às circunstâncias judiciais e agravantes ou atenuantes (LYRA, 1958).

Outro aspecto salutar na fixação da pena, incidente notadamente sobre a primeira fase (se adotado o método trifásico) é o reconhecimento da aplicabilidade do referido termo médio. Não somente Lyra (1958), mas demais penalistas de vanguarda eram adeptos a essa noção.

Conceituando o instituto, Boschi (2013, p. 183) sustenta que “*cada crime tem o seu termo médio, e sua aferição é simples, bastando dividir por dois o resultado da soma do mínimo com o máximo abstratamente cominados no tipo correspondente*”.

A esse respeito, parte da doutrina atual traz à tona as confusões que existem em torno do instituto e sua aplicabilidade, afirmando existir “*os que confundem pena com pena média, ou seja, a soma da pena máxima com a*

*mínima em abstrato, dividindo por dois. Evidente que mencionado raciocínio está totalmente incorreto” (TRISTÃO, 2001, p. 65).*

Boschi, ao lecionar acerca do denominado termo médio, sustenta que, conquanto eventualmente sejam integralmente desfavoráveis as circunstâncias judiciais, a média aritmética do mínimo e máximo da pena abstratamente cominadas devem servir como baliza intransponível na fixação da pena-base (BOSCHI, 2013).

Nesse sentido, extrai-se da argumentação do autor ser o termo médio aquele parâmetro intermediário, resultante da média aritmética das penas mínima e máxima. O doutrinador considera a impossibilidade de o juiz superar esse limite na fixação da pena-base.

Contudo, Tribunais Superiores relegam à discricionariedade jurisdicional a valoração das circunstâncias judiciais na fixação da pena base. No mesmo sentido, a solução para o exame da segunda fase, deixando de fixar limites matemáticos, com a mensuração das agravantes e atenuantes e sua correspondente exasperação. Entretanto, discricionariedade não se confunde com arbítrio. Ao magistrado, inobstante seja conferida ampla discricionariedade na valoração, é exigida a devida fundamentação quanto à definição da quantidade de pena e exteriorização dos motivos, na forma estabelecida pelo artigo 93, IX, da Constituição Federal<sup>2</sup>.

Diante do exposto, verifica-se que, conquanto a legislação defina o procedimento metodológico de dosimetria da pena e suas correspondentes, não há unanimidade quanto à forma de análise dos parâmetros legais, especialmente das circunstâncias judiciais.

Nesse sentido, retoma-se importante distinção entre o que se denomina critério do termo médio e a exasperação de pena ao termo médio. Boschi (2013) defende que *“o termo médio atua como escudo de proteção contra os excessos do jus puniendi porque ele também se mostra bem ajustado à funcionalidade do método trifásico”*. O termo médio, serviria, portanto, como fator limitador à exasperação da pena-base, que poderia, eventualmente,

---

<sup>2</sup> (REsp 1553257/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016)

chegar a patamar próximo à pena máxima abstratamente cominada já na primeira fase.

Já o critério do termo médio utilizaria essa noção como referência para análise das circunstâncias judiciais. Assim, acaso houvesse majoração ou diminuição de pena, o ponto de partida seria o termo médio, mediante análise das circunstâncias judiciais como favoráveis ou não.

Esse critério não ecoa com lastro nos Tribunais Superiores, notadamente em face do princípio da proporcionalidade<sup>3</sup>. Ao defender o termo médio em seu primeiro espectro, qual seja, de baliza limitadora, Boschi (2013) salienta a impossibilidade de fixação da pena-base no limite máximo, ao afirmar que essa condição retiraria a razão de ser das fases seguintes.

Em sentido diametralmente oposto, o Superior Tribunal de Justiça<sup>4</sup>, ao permitir que se faça a fixação da pena-base no limite máximo, desde que precedida de ampla fundamentação e embasamento jurídico correlacionado ao caso concreto. Outra questão que importa ser trazida é a possibilidade de serem extrapolados os limites máximo e mínimo na aplicação da pena, em suas correspondentes fases.

Cumprido mencionar a existência de reconhecimento jurisprudencial sedimentado acerca da impossibilidade de, na primeira ou segunda fases de aplicação da pena, *o quantum* extrapolar os limites mínimo e máximos erigidos na fase de individualização legislativa. Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça, através do enunciado sumular número duzentos e trinta e um<sup>5</sup>.

Por fim, adentrando na terceira fase do procedimento, para o efeito de se estabelecer a pena definitiva, o ponto *sub judice* é a incidência de causas de aumento ou diminuição (majorantes e minorantes). Sua previsão pode decorrer de dispositivos legais existentes nas partes geral, especial ou legislação extravagante dos diplomas substantivos penais que compõem o ordenamento

---

<sup>3</sup> (HC 447.857/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018)

<sup>4</sup> (HC 131.336/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 15/03/2010)

<sup>5</sup> Súmula 231 – STJ: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

jurídico criminal. É, portanto, a fase de finalização, de forma que sobre a pena provisória incidirá determinada fração.

Assim, analisam-se circunstâncias judiciais e, após, as agravantes e atenuantes. Parte-se, portanto, da pena provisória para o exame das majorantes e minorantes. “*Se não ocorrem tais causas, está concluída a sentença*” (LYRA, 1958, p. 189). Em semelhante sentido, Tristão (2001), sustentando inclusive a possibilidade de a pena-base transformar-se em pena definitiva, inexistindo circunstâncias a serem relevadas em quaisquer das fases subsequentes. Nesse último momento de fixação da pena (terceira fase), é possível que sejam ultrapassados os limites mínimo e máximo abstratamente cominados.

Outra questão relevante e revestida de particularidades no que concerne à dosimetria da pena é o seu regimento para as hipóteses de concurso de crimes. Três são os institutos aplicáveis à temática: concurso material, concurso formal e crime continuado.

Fernando Capez (2020) aventa a existência de dois sistemas de aplicação da pena no concurso de crimes no sistema penal brasileiro, quais sejam, o do cúmulo material e o da exasperação da pena. O sistema de acumulação material apresenta como resultado a soma de penas “*tantos quantos forem as ações e os resultados causados*” (NUCCI, 2020, p. 730). A outra possibilidade, de utilização da exasperação, tem como resultado “*a fixação de somente uma das penas, mas acrescida de uma cota-parte, servindo para representar a punição por todos eles*” (NUCCI, 2020, p.731).

Assim, duas são as possibilidades: somam-se as penas de todos os resultados; ou aplica-se a pena mais grave, acrescida de determinado percentual ou montante fracionário. O ordenamento brasileiro adota o sistema do cúmulo material na hipótese do concurso material de crimes e do concurso formal impróprio/imperfeito de crimes (artigos 69 e 70, este em sua segunda parte, respectivamente, tudo do Código Penal). De outro lado, o sistema da exasperação é utilizado para o concurso formal próprio/perfeito e para o crime continuado (artigos 70, primeira parte e artigo 71, respectivamente, ambos do Código Penal).

Nesse contexto, o reflexo é significativo no que tange à aplicação da reprimenda. O concurso material vem previsto no artigo 69 do Código Penal, e tem lugar “*quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido*”. Essa circunstância reveste-se de simplicidade fática e jurídica. São dois momentos distintos, em que o agente pratica dois atos diversos, visando que cada um produza seu devido resultado. Por corolário natural, é responsabilizado de forma independente por causa um dos delitos cometidos.

A outra hipótese de aplicação do cúmulo material dá-se em consonância com a previsão da segunda parte do artigo 70 do Código Penal: “*se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos*”. Aqui, privilegia-se a adoção da teoria finalista da conduta, à medida que, se o agente tiver intenção em ferir dois bens jurídicos em uma só conduta, aplicar-se-á a pena na forma de ambos os resultados conquistados, ainda que somente uma conduta lesiva tenha sido perpetrada, punindo-se conforme a teoria finalista.

O dispositivo mencionado traz à positivação duas formas de concurso formal, que é a ocorrência de dois ou mais crimes por uma só ação. A grande diferença do concurso formal impróprio (em que se aplica o cúmulo material) em relação ao concurso formal próprio (em que se aplicará a exasperação), é a finalidade do agente ao dirigir sua conduta.

Já o sistema da exasperação é aplicável no concurso formal próprio. O artigo 70 do Código Penal, primeira parte, define o instituto: “*quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não*”. A outra hipótese de aplicação da exasperação é no crime continuado, que se trata de ficção jurídica (NUCCI, 2020). Nesse último, os crimes são absolutamente independentes entre si, sequer o intento do agente está convergindo à mesma finalidade, senão a de praticar crimes. Contudo, trata-se de opção legislativa, decorrente de medida de política criminal, em estabelecer a ficção jurídica para efeito de aplicação de pena.

No sistema do cúmulo material, a temática relacionada à pena não se reveste de complexidade, por ter como método a mera soma aritmética entre

as penas aplicadas a cada um dos crimes, salvo quanto à execução dessas penas. O parágrafo primeiro do artigo 69 afirma que, *“no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela”*, referindo-se à de reclusão.

A exasperação tem efeito prático significativo na dosimetria da pena, notadamente na terceira fase, por ser o momento em que analisadas as causas de aumento e diminuição. O artigo 70 do Código Penal afirma que, no concurso formal próprio *“aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade”*. É conferido ao magistrado um íterim, dentro do qual definirá a pena definitiva. Fernando Capez (2020) resolve a discricionariedade através de parâmetro objetivo, lastreado na jurisprudência nacional, ao afirmar que a fração de aumento dependerá do número de crimes. Deve o número de crimes ser inversamente proporcional ao denominador de aumento, evoluindo o montante fracionário de um sexto até a metade, conforme os resultados criminosos atingidos.

O crime continuado, devidamente regulamentado pelo artigo 71 do Código Penal, e já mencionada sua natureza como ficção jurídica, imprescinde da conjugação de diversos elementos, e tem ocorrência *“quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes”*.

Contudo, a exasperação do crime continuado possui regulamentação específica, de forma que o patamar máximo de majoração da pena é de  $2/3$ , e não  $1/2$ , como ocorre no concurso formal. Todas essas hipóteses de aumento são majorantes previstas na parte geral do Código Penal, por aplicarem-se a quaisquer crimes previstos na legislação penal, inclusive aqueles da legislação extravagante.

Em seguida, serão analisadas a segunda e terceira fases da dosimetria, deixando-se a primeira fase por último, diante das particularidades que se pretende abordar e a natureza desta monografia.



### 3.2 Fases de aplicação da pena e suas características

Ao adentrar na segunda fase, o exame que se faz é o das circunstâncias agravantes e atenuantes, que levarão à fixação da pena provisória. Nesse momento, cabe diferenciar as circunstâncias agravantes e atenuantes, das majorantes e minorantes, bem como das qualificadoras e privilegiadoras.

Estas estabelecem novo parâmetro mínimo e máximo abstratamente para o exame da pena. Entende o legislador que determinadas condições acaso existentes na situação delituosa, geram uma necessidade de reprimenda maior ou menor. As qualificadoras estabelecem novos parâmetros acima do tipo penal inicialmente considerado. Eleva-se a pena mínima ou máxima, abstratamente consideradas. Há a possibilidade de existir majoração nos dois extremos, o que é a técnica de maior frequência. Em outro sentido, as privilegiadoras constituem em nova pena abstrata, diminuindo-se os parâmetros mínimo e máximo.

Exemplificativamente, tem-se a figura do homicídio, com previsão no artigo 121 do Código Penal, que estabelece a pena abstrata de 06 a 20 anos para quem “*matar alguém*”. No parágrafo segundo do mesmo dispositivo, exsurtem as hipóteses de homicídio qualificado, para os quais estabelecem-se novos patamares mínimo e máximo em razão das circunstâncias específicas. Assim, a pena abstratamente considerada fica entre 12 a 30 anos.

Por fim, a exemplificar uma privilegiadora, cabe trazer o artigo 123 do Código Penal, que trata do infanticídio. O crime previsto no artigo 123 não é nada mais do que um homicídio circunstanciado, conquanto tenha o legislador entendido por reprimir de forma mais branda, prevendo pena particular para o agente que comete tal delito, com pena cominada entre 02 a 06 anos. Não seria atécnico cogitar que o crime do artigo 123 estivesse previsto no artigo 121 em um de seus parágrafos, por ser um privilégio. Contudo, não é essa a realidade que se extrai da legislação, diante da evidente confusão entre circunstâncias privilegiadoras e causas de diminuição.

Portanto, ao promover a dosimetria da pena em um crime qualificado ou privilegiado, cabe ao magistrado tomar como base a nova pena abstratamente cominada, decorrente da opção do legislador em qualificar ou privilegiar a

conduta. Mister referir que o ponto de partida para o procedimento de fixação da pena em concreto é justamente aquela abstratamente cominada como privilegiadora ou qualificadora, na hipótese de existirem.

Outra solução é adotada no exame das majorantes e minorantes, que são objeto da terceira fase de dosimetria da pena. Distinguem-se das qualificadoras e privilegiadoras pelo já exposto, notadamente pelo fato de não preverem pena abstratamente, mas por definirem um *quantum* incidente sobre a pena provisória.

Comumente há menoscabo quanto à aludida técnica na denominação dos institutos. Releva mencionar a hipótese do artigo 33, parágrafo quarto, da Lei nº 11.343/2006, popularmente conhecida como Lei de Drogas. Já reconhecida no Superior Tribunal de Justiça a denominação da figura como “tráfico privilegiado”<sup>6</sup>, enquanto há a previsão no tipo penal de parâmetros fracionários a incidir na terceira fase. Não somente, doutrina e jurisprudência denominam o homicídio com causa de diminuição de pena (é a expressa utilizada pela própria legislação) como homicídio privilegiado. Se efetivamente a hipótese do parágrafo primeiro fosse um privilégio, seria impossível a coexistência de hipóteses do parágrafo primeiro com as do segundo (salvo as circunstâncias objetivas), por irrazoabilidade lógica, o que não ocorre no aspecto concreto.

Acerca da quantificação das agravantes e atenuantes para a aplicação da pena, cabe mencionar que não há um patamar de observação obrigatória, cabendo à discricionariedade judicial a definição da quantidade de aumento ou diminuição. Reforça-se a circunstância de, ainda que presente hipótese atenuante, se a pena-base tiver sido fixada no patamar mínimo, perde a atenuante a razão de ser na situação concreta, já que não é permitido, na fixação da pena provisória, a definição de pena em patamar inferior ao mínimo abstratamente cominado.

Com intento de definir parâmetro adequado para a valoração de agravantes e atenuantes, há precedente da Quinta Turma do Superior Tribunal

---

<sup>6</sup> (AgRg no HC 638.276/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2021, DJe 19/03/2021)

de Justiça, afirmando que a aplicação isolada de atenuantes e agravantes devem ser feitas no importe fracionário de 1/6<sup>7</sup>.

Pretendendo rumar às agravantes em espécie, cabe vislumbrar o que estabelece o artigo 61 do Código Penal: “*são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime*”. Antes de adentrar no exame das agravantes em espécie, cabe tecer considerações acerca da disposição do *caput*. Ao afirmar a incidência de agravantes quando não constituem ou qualificam o crime, quer-se evitar a ocorrência de *bis in idem*, isto é, a dupla punição penal pela mesma conduta. Nesse sentido, quando alguma circunstância agravante for constitutiva do próprio tipo penal ou for hipótese qualificadora, terá lugar no juízo de tipicidade, e não na segunda fase de dosimetria da pena.

Outro aspecto salutar é a concomitância de uma situação fática que se subsume às circunstâncias judiciais (primeira fase) e agravantes (segunda fase). Exemplo disso é o agente que comete novo crime, já tendo em seu desfavor sentença condenatória transitada em julgado. Há, nessa situação, reincidência (tópico que será explorado adiante) e antecedentes desfavoráveis. “*As agravantes e atenuantes genéricas figuram nos arts. 61 a 66 do CP e têm preferência de aplicação, caso o mesmo dado fático possa a elas se subsumir e, ao mesmo tempo, encaixar-se em alguma circunstância judicial*” (ESTEFAM, 2020, p. 197). Portanto, no exemplo anterior, o crime com sentença transitada em julgado anteriormente cometido será primordialmente analisado como circunstância agravante.

No que tange às agravantes em espécie, são elas ou concernentes à reincidência (artigo 61, I, do Código Penal), ou a circunstâncias em que cometido o crime (artigo 61, II do Código Penal), sejam objetivas (modo de execução) ou subjetivas (motivação). Ressalta-se que essa classificação não é estanque, especialmente por serem gerais e aplicarem-se à integralidade dos crimes, constituindo-se em rol meramente exemplificativo. Cita-se a existência de demais agravantes que se aplicam somente à uma legislação específica,

---

<sup>7</sup> (HC 522.022/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 23/09/2019)

em razão de suas peculiaridades, qual seja, a Lei nº 9.605/1998, conhecida como Lei de Crimes Ambientais.

A legislação referida adota semelhante disposição em relação à do Código Penal, ao enunciar, em seu artigo 15, as agravantes. No primeiro inciso, aborda a reincidência específica em crimes de natureza ambiental; e no inciso II, circunstâncias da prática criminosa que sejam prejudiciais ao ambiente ou facilitadoras do intento delitivo.

Hipótese frequentemente vislumbrada no exame das agravantes é a reincidência, prevista no artigo 61, I, do Código Penal. Conquanto saiba-se que uma das teorias da pena, a relativa, tem por intenção evitar que outros crimes aconteçam e existam vertentes dirigidas ao indivíduo (prevenção especial positiva e negativa), há sujeitos que tornam a delinquir mesmo após a existência de uma sentença condenatória transitada em julgado. O instituto possui conceituação legal, qual seja, aquela prevista no artigo 63 do Código Penal: *“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”*. Dessa redação surge interessante incongruência sistêmica, notadamente quanto à existência de reincidência e sua correlação com a prática de contravenção penal. O Decreto-Lei nº 3.688/1941 afirma que: *“verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção”*.

Dessas noções surgem algumas hipóteses, com relevante efeito prático. É reincidente aquele que pratica contravenção seguida de crime. Igual efeito é atribuído àquele que pratica crime seguida de contravenção. Estranhamente, não há reincidência quando o agente pratica um crime, após ter sido condenado por uma contravenção, por ausência de hipótese legal autorizadora. Ressalta-se que o direito penal não admite analogia que venha a prejudicar o réu (incidência de causa agravante sem previsão legal). Existe, portanto, incongruência legislativa que talvez mereça reparos, especialmente na redação do artigo 63 do Código Penal, para efeito de contemplar a reincidência também na hipótese de contravenção seguida de crime.

Importa ressaltar, ademais, que há no artigo 64, I, do Código Penal a previsão de um período depurador para a incidência da agravante de reincidência, qual seja, o de 05 anos. Vislumbra-se a edição desse dispositivo em razão da principiologia constitucional de vedação à perpetuidade de penas (artigo 5º, XLVII, 'b', da Constituição Federal).

Portanto, somente pode-se considerar como reincidente aquele sujeito contra quem tiver sido proferida sentença condenatória transitada em julgado até o período de 05 anos do cumprimento ou extinção da pena.

De outra banda decorre a existência de circunstâncias atenuantes, com previsão no artigo 65 do Código Penal. A primeira hipótese (art. 65, I) é a idade do agente, em uma espécie de atenuante humanitária e existente em razão de presumida imaturidade do sujeito que pratica delito. Após (art. 65, II), o desconhecimento da lei. Aqui, não se confunde o desconhecimento da lei com o erro de proibição. O artigo 21 do Código Penal afirma que o desconhecimento da lei é inescusável. Tal noção decorre também do artigo 3º do Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942, ao afirmar que “*ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*”.

Ainda que não se permita que o agente invoque o desconhecimento da legislação, tal circunstância pode servir para atenuar a pena, na dicção do artigo 65, II, do Código Penal. Consoante já referido, difere o instituto do erro de proibição, que é capaz de isentar o agente de pena se inevitável, ou servir como causa minorante se evitável. O erro de proibição tem lugar no equívoco a respeito da norma, que não se confunde com a lei. A norma penal é o vetor proibitivo de praticar determinada conduta que erige do tipo legal.

Há, ainda, a denominada atenuante inominada, prevista no artigo 66 do Código Penal: “*a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei*”. Nucci (2020, p. 709), a respeito dessa previsão, sustenta tratar-se de “*circunstância legal extremamente aberta, sem qualquer apego à forma, permitindo ao juiz imenso arbítrio para analisá-la e aplicá-la*”. Inobstante esse posicionamento, ecoante em significativa parte da doutrina, é facultado ao juiz utilizar-se da previsão, atenuando a pena conforme entender relevante. Ressalta-se o perigo da larga discricionariedade tornar-se arbítrio, à medida

que as atenuantes não possuem previsão legal de *quantum* incidente sobre a pena-base. Nesse sentido, o juiz pode reduzir a pena no patamar que entender pertinente (respeitando-se a impossibilidade de redução abaixo do mínimo legal abstratamente cominado), o que é capaz de gerar uma dosimetria da pena desprovida de proporcionalidade.

Por fim quanto ao exame de agravantes e atenuantes, o Código Penal disciplina, em seu artigo 67, afirmando que, na hipótese de concurso entre causas atenuantes e agravantes *“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”*. Nesse contexto, Boschi (2013, p. 239) sustenta que *“quando existentes agravantes e atenuantes em concurso o juiz poderá considerá-las separadamente ou compensar uma pela outra e transformar em provisória a pena-base fixada, salvo quando qualquer delas for preponderante”*. Portanto, há a possibilidade de compensação entre agravantes e atenuantes, excluindo-se a ocorrência de inicial aumento e posterior diminuição, conquanto rejeita-se essa possibilidade havendo questões preponderantes.

O reconhecimento ou não de preponderância entre causas é matéria que atine especialmente à construção jurisprudencial. O Supremo Tribunal Federal definiu a impossibilidade de compensação entre a reincidência e a confissão espontânea, afirmando que aquela deve preponderar em relação a esta<sup>8</sup>. O Superior Tribunal de Justiça, em precedente responsável por delimitar as circunstâncias de aumento e diminuição, traz a solução objetiva para causas agravantes e atenuantes que não se compensam, em razão da preponderância, definindo que a preponderante deve incidir no patamar fracionário de 1/12<sup>9</sup>.

As circunstâncias majorantes e minorantes podem estar previstas tanto na parte geral quanto especial do Código Penal, sem olvidar sua disposição em leis extravagantes. Como exemplo de circunstâncias da parte geral, as

---

<sup>8</sup> (RHC 120677, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 01-04-2014 PUBLIC 02-04-2014)

<sup>9</sup> (HC 522.022/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 23/09/2019)

questões relativas a concurso de crimes e exasperação da pena. Acerca da parte especial, extrai-se de diversos tipos penais a existência de disposições que funcionam como majorantes ou minorantes, aplicáveis àquele tipo em especial.

O Código Penal é modesto ao tratar desse aspecto na parte geral. A previsão que se sobressai é a do artigo 68, parágrafo único, ao dispor que “*no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua*”. Portanto, ainda que o dispositivo esteja localizado na parte geral, a referência que se faz é quanto à aplicação da pena nas hipóteses de majorantes ou minorantes previstas na parte especial.

Nesse contexto, Nucci (2020, p. 716) afirma que “*todas as causas de aumento e de diminuição previstas na Parte Geral do Código Penal devem ser aplicadas, sem possibilidade de compensação*”. O que se deduz da argumentação do eminente magistrado paulista é a aplicação integral de causas de aumento da parte geral, ainda que em confronto com as da especial. Assentado pela doutrina pátria que a incidência de mais de uma causa de aumento ou diminuição ocorre uma sobre as outras (BOSCHI, 2013). Estefam (2020) e Nucci (2020, p. 917) corroboram esse procedimento, notadamente este último, ao afirmar que a mencionada prática se trata de “juros sobre juros”.

A redação do artigo 68 do Código Penal quando estatui o procedimento metodológico de dosimetria da pena, dá azo à interpretação de incidência primeira de causa de diminuição em detrimento da causa de aumento: “*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*”. Reforça-se que essa previsão de incidência de causas da mesma fase ocorre de uma sobre a(s) outra(s), nos termos já explicitados.

Contudo, Boschi (2013) afirma que comumente ocorre uma inversão dessa ordem na *práxis* forense, à medida que primeiramente incide a causa de aumento. A análise a ser feita, nesse aspecto de ordem de incidência, perpassa pelo procedimento que mais beneficia o réu.

Outra questão que importa colocar sob evidência, inobstante a brevidade com que se pretende analisar a terceira fase, em razão do intuito da monografia, é a aplicação cumulativa de causas de aumento previstas na parte especial. *Ab initio*, calha retomar a previsão do artigo 68, parágrafo único do Código Penal, ao enunciar que “*no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua*”.

Relega-se ao magistrado evidente faculdade nessa ponderação. Boschi (2013) afirma tratar-se de “*dever*”, quando a legislação afirma “*poder*”. O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar a hipótese em comento, permitiu a incidência cumulativa de causas de aumento, desde que precedida de fundamentação concreta<sup>10</sup>. O referido autor sustenta sua tese reforçando que não haveria desprezo pela circunstância majorante não utilizada na terceira fase, aduzindo a necessidade de sua valoração nas fases antecedentes da dosimetria.

Brevemente explicitadas as fases de fixação da pena provisória e definitiva, cabe promover um giro metodológico que retrocederá à primeira, com o exame da pena-base e suas circunstâncias.

### 3.3 As circunstâncias judiciais como fase de aplicação da pena

A fixação da pena-base constitui-se em primeira fase do procedimento de dosimetria da pena. Para esse efeito, o magistrado deve analisar as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal: “*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[...]*”. Portanto, são oito as circunstâncias a serem valoradas. Não há, *a priori*, patamares definidos para o reconhecimento de ser uma circunstância favorável ou desfavorável e seus

---

<sup>10</sup> (AgRg no HC 644.572/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021)



reflexos na pena. Além disso, não há uma unanimidade objetiva quanto ao modo de fixação da pena-base. Nesse contexto, faz-se remissão ao momento em que analisados esses aspectos, inclusive à discussão sobre termo médio e demais relações atinentes à primeira fase de dosimetria.

Quanto às circunstâncias em espécie, a conduta social e a personalidade do agente serão objeto de debate no último capítulo, enquanto seguir-se-á demonstrando os caracteres das demais.

A primeira circunstância que pende de análise judicial é a culpabilidade em sentido amplo. Não há como confundir com a culpabilidade em sentido estrito, que se trata de elemento constitutivo do conceito analítico tripartido de crime, com conseqüente subdivisão entre imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Em diante, ao referir-se à culpabilidade, está-se abordando aquela em sentido amplo.

Ao examinar a circunstância em julgamento, o Superior Tribunal de Justiça conceitua a culpabilidade, afirmando que “*deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu*”<sup>11</sup>. Nucci (2020, p. 652) demonstra a novidade da redação do dispositivo diante da reforma promovida em 1984, ao sustentar que “*a culpabilidade, acertadamente, veio substituir as antigas expressões “intensidade do dolo” e “grau da culpa”*”. O nível de censurabilidade é matéria que exige cotejo do contexto fático, não sendo possível defini-lo a priori e/ou abstratamente. Nucci (2020) afirma que a circunstância pode servir às pretensões já expostas das teorias relativas da pena.

Os antecedentes são todos os fatos criminais já praticados pelo agente. Constituem-se em na “*vida pregressa em matéria criminal*” (NUCCI, 2020, p. 655). Alguns fatos criminais apurados e reconhecidos através de sentença condenatória configuram reincidência, enquanto todos constituem antecedentes. A diferença basilar entre os institutos, além do seu momento de análise, é a ocorrência ou não do período depurador quinquenal. Assim, os antecedentes são verificáveis para aqueles fatos que não podem ser

---

<sup>11</sup> (HC 646.905/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2021, DJe 19/03/2021)

interpretados como reincidência. Salutar que esta deve ser relevada com primazia em relação aos antecedentes.

O Supremo Tribunal Federal já foi instado a se manifestar sobre o instituto dos antecedentes, definindo a inexistência de prazo para sua incidência. Nesse sentido, qualquer ato penalmente relevante e em razão do qual o agente foi condenado, serve como antecedente na fixação da pena base. O Pretório Excelso fixou a seguinte tese no Tema 150 da Repercussão Geral: “*não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal*”<sup>12</sup>.

Importa ressaltar, ainda, que somente as condenações transitadas em julgado são relevantes para efeito de antecedentes, notadamente em função do princípio de presunção de inocência. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento sumulado reconhecendo a inviabilidade de valoração dos antecedentes como sucedâneo de ações penais em curso ou procedimentos investigatórios<sup>13</sup>. Há precedente em turma do mesmo Sodalício reconhecendo a possibilidade de valoração de condenação anterior como antecedentes, na hipótese de outra ter sido levada em conta na reincidência, inobstante vedado o *bis in idem*<sup>14</sup>. Turma distinta do Superior Tribunal de Justiça ainda traz aspecto relevante na consideração de condenações anteriores e sua relevância na fixação da pena-base, assentando a impossibilidade de sua valoração na circunstância culpabilidade<sup>15</sup>, de forma que somente possuem efeito para mensuração da reincidência e/ou antecedentes.

Já os motivos do crime “*são os precedentes que levam à ação criminosa*” (NUCCI, 2020, p. 667). O motivo é circunstância acessória, nem

---

<sup>12</sup> (RE 593818, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-277 DIVULG 20-11-2020 PUBLIC 23-11-2020).

<sup>13</sup> Súmula 444 – STJ: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

<sup>14</sup> (HC 644.277/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021).

<sup>15</sup> (AgRg no AREsp 1751953/RN, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 12/03/2021).

sempre passível de valoração, à vista da possibilidade de cometimento de crime sem motivo (inobstante essa constatação seja controversa filosoficamente). Nesse sentido, precedente do Superior Tribunal de Justiça, sustentando que “*a cobiça, a ganância e a intenção de obter lucro fácil constituem elementares do delito*”<sup>16</sup>, ao referir-se à concussão, delito tipificado no artigo 316 do Código Penal.

De maneira semelhante à questão da reincidência e antecedentes, na hipótese de um crime qualificado pelos motivos, existente mais de uma motivação que não sirva para qualificar o delito, há possibilidade de valoração como circunstância desfavorável na fixação da pena-base. A referência aos motivos é casuística, portanto, dependendo do lastro fático devidamente delineado. Tribunais Superiores controlam em rasa medida a discricionariedade judicial, à vista de repetidas vezes a análise de motivos depender de revolvimento fático-probatório.

Após, mostra-se pertinente analisar as circunstâncias e consequências do crime. Estefam (2020, p. 199) afirma que na valoração das circunstâncias, a mensuração deve circunscrever-se “*ao lugar da infração penal, o instrumento utilizado pelo agente, eventual brutalidade revelada, a duração da fase executiva do ilícito*”. Já as consequências “*constituem o mal causado pelo crime, que transcende ao resultado típico*” (NUCCI, 2020, p. 668). Exemplo de possibilidade de valoração a título de circunstâncias do crime já reconhecida pela Corte Cidadã é a existência de premeditação<sup>17</sup>. Salutar é a divergência entre a possibilidade de a premeditação ser considerada negativamente a título de motivos, de circunstâncias (consoante posicionamento de órgão fracionário do Superior Tribunal de Justiça) e até no aspecto personalidade (NUCCI, 2020).

Por fim, o comportamento da vítima. “*É o modo de agir da vítima que pode levar ao crime* (NUCCI, 2020, p. 670)”. O comportamento da vítima, como circunstância judicial, é causa subsidiária na dosimetria de primeira fase em

---

<sup>16</sup> (EDv nos EREsp 1196136/RO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/05/2017, DJe 01/08/2017)

<sup>17</sup> (AgRg no REsp 1781987/PA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 15/02/2019)

relação a alguns tipos penais. Exemplificativamente, a vítima pode ter determinado comportamento que desencadeie o domínio de violenta emoção no agente delituoso, de forma que, ao cometer um homicídio, estará albergado em causa de diminuição de pena, valorável na terceira fase (artigo 121, §1º, do Código Penal). Há também a influência de violenta emoção, que é causa atenuante genérica (artigo 65, II, 'c').

O fato de a vítima em nada ter contribuído para o delito conduz à impossibilidade de sopesamento da circunstância como aspecto negativo<sup>18</sup>. Nesse sentido, a circunstância mantém-se neutra quando a vítima em nada contribui para o crime. Semelhante resultado ocorre quando a vítima influi duramente na prática do crime, já que exsurge condição favorável ao agente. Indagação que importa é a eventual e remota hipótese de consideração negativa da circunstância, o que não se verifica hodiernamente. Para tanto, seria necessário um crime contra a pessoa/liberdade individual e uma vítima que tenha se comportado de maneira absolutamente afável, inobstante o crime tenha ocorrido.

Outra questão que importa trazer à tona é o largo rol de crimes com vítimas difusas. Nessas hipóteses, não haverá comportamento da vítima passível de análise, operando a circunstância em benefício do agente. Diante disso, a eventual valoração negativa terá cabimento somente quando utilizado o critério do termo médio, partindo-se daí para a dosimetria da pena, em que seja possível reconhecer o antônimo do auxílio da vítima para a consecução da empreitada criminosa. Em outra hipótese, iniciando-se a fixação da pena-base no mínimo legal, o comportamento da vítima em momento algum contribuirá para a aplicação da pena em que a circunstância seja vislumbrada de forma desfavorável ao réu.

Querer-se-á, no capítulo seguinte, examinar a personalidade e conduta social de forma isoladas, com a devida correlação com todo o procedimento de dosimetria da pena e a principiologia constitucional e criminal já exposta.

---

<sup>18</sup> (AgRg no AREsp 562.617/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 17/12/2018)

#### 4 DIREITO PENAL DO AUTOR, SUA INFLUÊNCIA NA APLICAÇÃO DA PENA E SUBSISTÊNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Antes de adentrar no exame das duas circunstâncias judiciais que ainda pendem de análise, quais sejam, a conduta social e a personalidade, imperioso trazer à lume noções sobre a tese de direito penal do autor. A essência do ordenamento jurídico criminal é punir o sujeito por algum ato cometido em infração às normas penais. Nessa senda, exclusivamente à vista do fato cometido, o Estado deveria exercer seu *jus puniendi*. É efetivamente com esse desiderato que surge a contraposição ao direito penal do autor, que é aquele contexto jurídico punitivo estritamente relacionado ao fato.

A esse respeito, Estefam (2020, p. 19) sustenta que “*na primeira metade do século passado, o Direito Penal voltou seus olhos para o autor do crime e, com isso, iniciou-se uma fase designada como direito penal do autor. Nesse contexto, uma pessoa deveria ser punida mais pelo que é e menos pelo que fez*”. Ferrajoli (2002) traz definição semelhante, reconhecendo que nos diplomas normativos editados sob a premente necessidade que decorre da emergência penal, viola-se sobremaneira a restrição imposta a que a punição do agente se dê unicamente em razão do fato cometido.

De outra banda, a vertente oposta, que rechaça a punição da pessoa pelo seu modo de vida. É, portanto, o direito penal do fato. “*Trata-se, sinteticamente, de punir alguém pelo que fez, e não pelo que é. A gravidade do fato é que deve mensurar o rigor da pena*” (ESTEFAM, 2020, p. 19).

No mesmo sentido a essa noção, decorre o princípio da culpabilidade, sobre o qual a doutrina afirma que “*significa que ninguém será penalmente punido se não houver agido com dolo ou culpa, dando mostras de que a responsabilização não deve ser objetiva, mas subjetiva (nullum crimen sine culpa)*” (NUCCI, 2020, p. 102).

Portanto, absolutamente vedada a responsabilidade objetiva em direito penal. Para efeito inclusive de deflagração de investigação penal em face de um indivíduo, mister que o ato tenha sido praticado com dolo ou culpa em qualquer momento do percurso criminoso, sob pena de inexistir efetivo crime.

O direito penal do autor, ao passo em que se correlaciona com o princípio da culpabilidade, com ele não se confunde. Enquanto este exige a ocorrência de algum ato e no mínimo a existência de culpa, aquela teoria veda a punição do agente pelo seu modo de ser ou se comportar (desde que em razão do comportamento não exteriorize ato previsto em tipo penal).

Na esteira do que preleciona a tese do garantismo penal integral, trazido à baila no primeiro capítulo desta monografia, cabe apontar os axiomas que despontam da obra de Luigi Ferrajoli, na qual estabelece as bases do garantismo penal. O autor, na oportunidade sustenta as máximas “*nulla actio sine culpa*” e “*nulla injuria sine actione*” (FERRAJOLI, 2002, p. 75), que se referem, respectivamente, ao princípio da culpabilidade e à necessidade de adoção do direito penal do fato. Quanto a essa última noção, sustenta-se a existência de princípio autônomo, denominado materialização do fato, que se conceitua ao afirmar que “*o Estado só pode incriminar penalmente condutas humanas voluntárias (fatos) que se exteriorizem por meio de ações ou omissões*” (GONÇALVES, 2021, p. 20).

O que se quer, portanto, é impedir que alguém seja punido por condutas penalmente irrelevantes ou que digam respeito à condição de existência do agente. Ainda, pretensionam-se evitar, que essas condutas possam influir na aplicação da pena e, em razão disso, infligir ônus desarrazoado ao agente.

Nesse contexto, cabe fazer menção ao *iter criminis*, isto é, o percurso percorrido pelo agente durante a prática de infração penal. Nucci (2020) divide o percurso do crime em duas fases: interna e externa. A primeira trata do crime no âmago do indivíduo, consumindo-se na própria cogitação. A segunda fase inicia-se com a preparação, perpassando pela execução e findando-se na consumação (NUCCI, 2020). Dessa forma, estaria concluído o *iter criminis*, que atravessa a cogitação, preparação, execução e consumação. Parte da doutrina ainda inclui o exaurimento como uma quinta fase, notadamente à vista dos crimes formais (que se consumam sem a realização do resultado naturalístico, inobstante previsto, diferenciando-se dos crimes de mera conduta). Quanto atingido o resultado no mundo natural, portanto, haveria exaurimento do delito. Contudo, a técnica de considerar exaurimento como etapa do *iter criminis* não é a mais frequente.

O princípio da materialização do fato atinge o *iter criminis* a ponto de reforçar a necessidade de eventual responsabilização pessoal incidir somente na fase externa. Isso significa que, somente após iniciados os atos executórios do intento delituoso, o sujeito passa a ser submetido à punição.

Nessa seara, inexistindo ação, não há que se cogitar punição. Ao analisar o aspecto filosófico da questão, percebe-se que o Estado Democrático de Direito, que assenta seu fundamento na dignidade da pessoa humana, ao referir-se aos indivíduos que o compõem, defende a “*tutela da sua identidade, inclusive desviada, ao abrigo de práticas constrictivas, inquisitoriais ou corretivas dirigidas a violentá-la ou, o que é pior, a transformá-la; e equivale, por isso, à legitimidade da dissidência*” (FERRAJOLI, 2002, p. 385).

O mesmo autor aponta consideração essencial, quando afirma que a materialização do fato (que é denominada por Ferrajoli como princípio da materialidade da ação) está prevista no axioma *nulla injuria sine actione*, um daqueles dez em que estabelece o autor as bases para o garantismo penal. Do exposto decorre a inviabilidade de imposição de pena ao agente ou sua majoração tendo como pressuposto características individuais do agente que não são exteriorizadas, que além de não configurarem efetivos atos, são irrelevantes penais.

Outra forma de infringência ao axioma enunciado por Ferrajoli é a base teórica denominada teoria de “Direito Penal do Inimigo”. Passa a ser relativamente vasta a doutrina referente ao tema, que tem como seu criador o professor alemão Gunther Jakobs.

Jakobs idealizou, quanto à conduta, o denominado funcionalismo sistêmico, inspirado nas ideias de Claus Roxin (NUCCI, 2020). A noção de funcionalismo penal decorre da superação, por Jakobs, da teoria finalista da ação, enxergando-se a violação da norma penal como um ataque às expectativas decorrentes da organização social (PACELLI; CALLEGARI, 2020). Dessas concepções exsurge a previsão de um direito penal aplicável ao “inimigo”.

Cindir-se-ia a sociedade em dois lastros de infratores do ordenamento penal: os cidadãos e os inimigos (CARVALHO, 2020). Para os primeiros, resguardadas todas as garantias constitucionais, processuais e penais; para os

segundos, rechaça-se a aplicação de todas as garantias individuais construídas pelo sistema jurídico, maximizando-se a aplicação de um direito penal heterogêneo em relação àqueles que cumprem com o pacto social (PACELLI; CALLEGARI, 2020).

O conceito do instituto trazido por Nucci (2020, p. 560) é deveras elucidativo, quando afirma que, para Jakobs: “*os inimigos não merecem do Estado as mesmas garantias humanas fundamentais, pois, como regra, não respeitam os direitos individuais. Portanto, estariam situados fora do sistema [...]*”. A possibilidade de reconhecimento dessa teoria é criticada pela maioria da doutrina, diante de sua possível incompatibilidade com as bases da ordem constitucional. É a posição de Nucci (2020).

Quanto ao reconhecimento de quem seriam os inimigos, Carvalho (2020, p. 129) afirma que “*os principais indicadores de risco seriam a habitualidade e a profissionalização*”. Esses dois elementos deveriam servir, portanto, como análise para segregação entre os inimigos sociais e os cidadãos. Como mecanismo para o deslinde processual penal, tem-se “*a supressão das garantias processuais do acusado e a imposição de sanções rígidas de caráter inabilitador*” (CARVALHO, 2020, p. 131). Valente (2020) afirma que considerar a existência de um direito penal do inimigo é a negação do próprio direito penal. Reforça o autor que a construção de um ordenamento penal pressupõe a manutenção de garantias básicas, sustentando a impossibilidade de segregação entre indivíduos merecedores de um “determinado direito” e outros não.

Tomando por base o aspecto funcionalista do direito penal, verifica-se uma estrita correlação entre todas as ciências criminais, já que pretendem os teóricos uma maciça integração de relações sociais com o direito penal. Tudo isso não permite olvidar das relações instrumentais entre o diploma penal adjetivo e a consequência advinda da pena, delimitada esta por aquela legislação que regulamenta a execução da pena. Nessa esteira, a segregação entre cidadão e inimigo conduz à “*uma fenomenológica dogmática de um sistema penal integral do inimigo*” (VALENTE, 2020, p. 142). Assim, os efeitos são irradiados por todo o ordenamento criminal do Estado, o que pode gerar severo comprometimento do arcabouço jurídico-constitucional inclusive.



Nesse sentido, Jakobs elabora todo um lastro teórico, de forma que a noção de um inimigo do Estado seria consequência de seu pensamento. Sobre a posição de Jakobs, é sustentado que para o professor alemão “o *Direito Penal se presta a manter a configuração normativa de uma sociedade concreta, isto é, em funcionamento; a função da pena, então, é manter a validade da norma violada*” (PACELLI; CALLEGARI, 2020, p. 70). Esse intento de reafirmação da ordem jurídico-penal à vista de sua violação, mediante a consideração de certos indivíduos como inimigos estatais permite uma inflação sem controle do próprio instituto (CARVALHO, 2020).

Assim, o modelo proposto inicialmente tinha por intenção abranger os sujeitos envolvidos em terrorismo, aceitando a punição simplesmente por atos preparatórios (VALENTE, 2020). Não é estranha à dogmática brasileira a punição de atos preparatórios à determinada infração penal. A Lei nº 13.260/2013 prevê como crime, expressamente em seu artigo 5º, “realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito”. Aquele que efetivamente pratica terrorismo fica sujeito às penas do artigo 2º, enquanto aquele que ultrapassa a fase da cogitação, inserindo-se na fase externa do *iter criminis*, especialmente na etapa preparatória, incide em violação da norma prevista no artigo 5º do diploma legal.

Tem-se aqui uma inovação na ordem jurídico-penal brasileira, à medida que passa a punir a mera preparação para determinado crime. Não há, de plano, patente violação à ordem jurídica nessa previsão, especialmente em face da permissão que se outorga pelo princípio da especialidade para que regulamente a legislação extravagante. O artigo 31 do Código Penal afirma que “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”. No caso, conquanto o agente não tenha adentrado na esfera de possibilidade de punição pela tentativa, que é concomitante à execução, passa a se tornar possível a punição pela preparação de atos de terrorismo. Tudo isso possui o condão de gerar precedentes inflacionários da técnica punitiva de preparação, bem como da definição de agentes indesejados à sociedade.

Essa correlação não permite que se olvide a notoriedade que alcançou a teoria de Gunther Jakobs no que atine ao direito penal do inimigo, bem como

que a principal razão dessa revisita hodierna à teoria do autor alemão tem por base os atos de terrorismo praticados no final do século vinte (PACELLI; CALLEGARI, 2020). O caso brasileiro, inobstante atrasado cronologicamente, teve função específica na edição do diploma legal, qual seja, uma legislação que atendesse à dinâmica iminente de competições esportivas de caráter global. Portanto, ainda que o Brasil não tenha adotado expressamente como base as ideias de Jakobs quanto ao inimigo do Estado, editou a legislação visando evitar atos que atentassem contra a ordem das competições, em mais um exemplo de emergência penal.

*Já ressaltados alguns dos perigos que a aplicação da teoria possui, especialmente à vista da aplicação desmedida de suas ideias, o que pode conduzir à promoção de uma “ampliação do rótulo de inimigo, agregando ao rol dos grupos perigosos outros coletivos de risco, [...] e a inevitável e radical ruptura com os sistemas normativos que garantem os direitos fundamentais”* (CARVALHO, 2020, p. 131). Ainda quanto ao direito penal e a maior ou menor medida de garantia de direitos fundamentais, aventa-se as denominadas velocidades do direito penal. Atribui-se a gênese da doutrina das velocidades a Jesús-Maria Silva Sánchez (NUCCI, 2020).

A primeira velocidade é caracterizada por uma rigidez da reação penal, marcada pela alta incidência de penas privativas de liberdade, com ampliação de garantias individuais, sejam as constitucionais, penais e/ou processuais (PACELLI; CALLEGARI, 2020). *“A segunda velocidade evidenciaria um direito penal mais dinâmico, restringindo certos direitos e garantias para atingir, em compensação, penas mais rápidas como as restritivas de direitos e multas”* (NUCCI, 2020, p. 15).

Nucci (2020) afirma que a terceira velocidade consistiria na supressão de determinadas garantias fundamentais, com a intenção de infligir penas privativas de liberdade, retomando-se a primeira velocidade quanto à espécie das penas, inobstante as garantias individuais seriam solapadas. É solar a relação que se permite fazer com a teoria de Jakobs, quando pretende definir inimigos do Estado e a eles renegar a aplicação do mesmo direito penal aplicável ao reconhecidamente cidadão (PACELLI; CALLEGARI, 2020). Por fim, há a noção de uma quarta velocidade, relacionada aos Tribunais

Internacionais, notadamente promovendo uma correlação com o Tribunal de Nuremberg (NUCCI, 2020), criado para julgamento de crimes perpetrados pelo regime nazifascista alemão.

Nesse contexto, pretendeu-se enunciar alguns institutos penais que sejam prejudiciais à construção de um sistema penal calcado na materialidade da ação (FERRAJOLI, 2002) como pressuposto punitivo, evitando-se a inflação do direito penal do autor, sua aplicação desarrazoada e violadora de garantias fundamentais.

Conquanto o ordenamento jurídico-penal brasileiro tenha por intenção afastar-se de quaisquer vertentes relacionadas ao direito penal do autor, evidenciou-se resquícios dessa concepção no ordenamento jurídico. Outro aponte disso é a existência da conduta social e personalidade servindo como elementos de fixação da pena-base, conforme abordar-se-á na sequência.

#### **4.1 Conduta social do agente**

A conduta social do agente é elemento individualizador da pena, servindo como parâmetro de análise na fixação da pena-base, estando inclusa no rol de circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. Conforme Estefam (2020, p. 1990): *“refere-se ao comportamento do agente no meio em que vive. Compreende, destarte, sua conduta no ambiente de trabalho, nos momentos de lazer, no âmbito de seu lar, etc”*.

Nesse sentido, incumbe ao magistrado conhecer o réu (NUCCI, 2020), para efeito de poder cotejar as especificidades individuais. Como possível solução a essa hercúlea tarefa, Nucci (2020) sustenta que o interrogatório do réu é o momento para isso. Esse ato processual, segundo a dicção expressa do artigo 187 do Código de Processo Penal: *“será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos”*. Portanto, a primeira parte permitiria ao magistrado o conhecimento sobre o indivíduo, pois o sujeito esclareceria, na previsão expressa do art. 187, §1º, do Código de Processo Penal, questões atinentes à: *“residência, meios de vida ou profissão,*

*oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez [...]”.*

Portanto, surge complexa tarefa imposta ao julgador, ao exigir dele que, através de um interrogatório de poucos minutos, seja capaz de elucubrar e tecer asserções sobre a conduta social do indivíduo. A questão torna-se ainda mais evidente quando se considera a notória ausência de formação técnica do juiz na área das ciências psicológicas. Conquanto conhecedor profundo do ordenamento jurídico, em frequentes momentos não o é da psicologia e/ou antropologia. Corroborando essa tese, Roig (2015, p. 153), ao reforçar a necessidade de interdisciplinaridade entre as ciências, quando afirma que a conduta social *“comumente serve aos propósitos de intensificação do rigor penal, mediante juízos morais e atécnicos”*. Sabe-se que a *voluntas legislatoris*, quando da reforma do Código Penal, em nada tem relação com a intenção de graduar a pena conforme a condição moral do agente, mas intentou o legislador simplesmente concretizar na maior medida possível o princípio da individualização da pena.

Para efeito de rechaçar a noção da conduta social como elemento que vai de encontro à necessidade de materialização do fato, Estefam (2020, p. 199) afirma que *“não se trata de punir o agente por seu modo de vida (seja ele qual for), porquanto a pena não pode ser mensurada com base em tais elementos”*. Para tanto, o mesmo autor afirma que somente devem ser suficientes à análise aspectos referentes ao autor que tenham alguma relação com o ato praticado (ESTEFAM, 2020). Inobstante concorde-se com as definições, há uma possível contradição na constatação de aspectos referentes ao ato praticado e o desvalor da conduta social do agente. Se a conduta social servisse à análise estrita de circunstâncias relacionadas ao ato praticado, nada mais seria ela, senão o grau de reprovabilidade daquele ato praticado e visto como injusto penal. Já evidenciado que essa análise, qual seja, a do grau de reprovabilidade, é onde repousa a de culpabilidade em sentido amplo como circunstância judicial.

Boschi (2013) ressalta a conduta social como elemento de punição pelo modo de ser do agente, conquanto defenda sua existência, por reconhecer a subserviência da circunstância à plena individualização da pena, sustentando a

impossibilidade de indivíduos com díspares comportamentos sociais receberem a mesma pena. O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar casos submetidos ao seu exame, assume a possibilidade de valoração negativa da circunstância. A Corte Cidadã, ao referir-se à possibilidade de mensuração da conduta social como vetor negativo, assenta a necessidade de que *“haja elementos suficientes para sua aferição, afigurando-se ilegal quando a motivação fundase em conceitos e expressões vagas e genéricas, que não denotem concretamente elementos que possam ser objetivamente extraídos dos autos”*<sup>19</sup>. Nucci (2020) afirma a necessidade de boa vontade e dedicação das partes ao fornecerem elementos ao órgão julgador acerca da conduta social do agente.

Comumente, as circunstâncias judiciais são confundidas entre si. Valora-se conduta social em razão de condenações passadas do agente ou em razão de sua personalidade. A pretexto de evitar essas incongruências sistêmicas, o Supremo Tribunal Federal, em precedente, examinou a possibilidade de condenações anteriores serem valoradas como conduta social desfavorável, ocasionando, por conseguinte, majoração da pena-base. Na oportunidade<sup>20</sup>, a Corte Constitucional rejeitou essa possibilidade, definindo que condenações anteriores que superem o período depurador da reincidência (circunstância valorável na fixação da pena provisória) somente tem lugar na primeira fase no critério de antecedentes.

Esse posicionamento tendente a diferenciar claramente a conduta social dos antecedentes, ainda que ambos incidentes na primeira fase de fixação da pena-base, também é albergado por Nucci (2020, p. 657): *“lembramos que conduta social não é mais sinônimo de antecedentes criminais. Deve-se observar como se comporta o réu em sociedade, ausente qualquer figura típica incriminadora”*. A concluir e afastar a possibilidade de punição pelo estilo de vida do agente, desligada a conduta de qualquer ato penalmente relevante, a lição de Roig (2015, p. 155) quando afirma que é

---

<sup>19</sup> (HC 414.136/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017)

<sup>20</sup> (HC 125586, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 30/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 14-12-2015 PUBLIC 15-12-2015).

*“corriqueira também a associação entre má conduta social e vício em drogas ou álcool, muito embora, em nome da estrita legalidade, não seja o vício elencado como infração penal”*. Não há como se conceber, portanto, a punição ou influência de questões estranhas à órbita penal que simplesmente reflitam o modo de ser do agente no seio social.

Outras relações mostram-se relevantes à medida em que a conduta social passa a servir como parâmetro de dosimetria da pena. Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, manifestando-se através da Sexta Turma, afirma que o vetor conduta social analisa fatores como o convívio social, familiar e laboral do agente<sup>21</sup>. Diante disso, rechaça a valoração negativa da circunstância quando, sem agregar qualquer argumento concreto que desabone sua conduta, o magistrado releva a circunstância judicial em prejuízo do réu<sup>22</sup>.

Para efeito de prova em relação à boa ou má conduta social, essencial rememorar a lição de Nucci (2020), ao afirmar que a produção probatória, notadamente a oral, será responsável por fornecer subsídios ao magistrado quanto à vida do agente e sua conduta no seio social. Boschi (2013) contrapõe os antecedentes à conduta social, afirmando que para a valoração daqueles faz-se necessária certidão expedida pelo órgão jurisdicional, que ateste a existência de condenações anteriores. Não é estranho considerar essa mesma necessidade para o vetor reincidência (aplicável na fixação de pena provisória).

Outro aspecto cuja importância já restou assumida pelo Superior Tribunal de Justiça, através de sua Quinta Turma, como de valia para a valoração negativa da conduta social é o envolvimento do indivíduo em gangues, além de circular armado pela vizinhança<sup>23</sup>.

Conquanto essa questão seja reprovável, notadamente do ponto de vista social, o fato constitui ilícito autônomo, previsto ou no artigo 14 ou no 16 da Lei nº 10.826/2003, que incrimina, nos referidos dispositivos, o porte ilegal de arma

---

<sup>21</sup> (HC 420.344/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 14/08/2018).

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> (HC 345.773/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 07/11/2016)

de fogo de uso permitido e restrito, respectivamente. Daí surgem algumas possibilidades ao Estado. Revelar-se-ia adequado o enquadramento do agente no crime específico, instaurando-se a persecução penal em seu desfavor diante do crime de portar armamento quando desautorizado. Acaso o Estado não possua elementos concretos para a punição do crime, não há como valorar isso através da dosimetria da pena para outra infração. De outra banda, se a persecução penal está ocorrendo em razão do próprio porte de armas, o que se tem é a incidência de *bis in idem*, à maneira que o ato de portar armas em local público é elementar do próprio tipo penal. Na eventual hipótese de ser impossível ao Estado promover a persecução penal em face do agente, não pode se utilizar dessa circunstância como elemento de conduta social, por figurar como infração penal autônoma.

Não seria outra a solução para o envolvimento em gangues. O agente, nesse contexto, dedica-se à organização ou associação criminosa, em ambos os casos incidindo em infração penal autônoma, tipificadas as condutas no artigo 2º da Lei nº 12.850/2013 e artigo 288 do Código Penal, respectivamente. Sendo algum desses o crime diante do qual se está dosando pena, não há como valorar essa condição negativa, por ser elementar de outro delito praticado. Essencial, portanto, que haja a punição da infração de forma autônoma. Se impossível ao Estado processar e punir o crime autonomamente, não há como fazê-lo, de igual forma, a consideração negativa a título de circunstâncias judiciais.

O que não se pode admitir é a “*discriminatória criminalização do ambiente familiar ou social em que o réu se insere*” (ROIG, 2015, p. 155), quando lança mão na aplicação da pena de questões estranhas à dogmática penal, tomando por esteio conceitos jurídicos altamente voláteis, tais como é a conduta social.

Outro aspecto corroborado pela Corte Cidadã como passível de desvalor a título de conduta social é o fato de sujeito ser flagrado em infração penal enquanto em regime semiaberto<sup>24</sup>. Segundo a Quinta Turma do referido Sodalício, essa circunstância é passível de maior reprovabilidade, diante de ser

---

<sup>24</sup> (HC 425.172/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 13/04/2018)

um aspecto concreto que demonstre conduta social incompatível com os regimentos sociais.

Analisemos consequências jurídico-penais do flagrado já em cumprimento de pena por outra infração penal e vejamos a incongruência sistemática. Acaso o sujeito seja flagrado em infração à norma penal e esteja em regime semiaberto, ocorrerá de imediato a regressão de regime, passando ao fechado, pelo crime anterior. No caso da nova infração penal, quando do aporte de eventual sentença condenatória em razão do fato subsequente, a primeira condenação servirá como reincidência, incidindo na segunda fase, como agravante.

O sujeito ficará submetido, então, ao efeito da reincidência em decorrência da primeira condenação, bem como à má conduta social em razão de estar em regime semiaberto (cumprindo pena). Salvo melhor juízo, trata-se novamente de *bis in idem*, no momento em que as circunstâncias possuem efeito jurídico-penal e impactarão na dosimetria da pena a esse título. Dessa forma, a conduta social ou é hipótese subsidiária, ou não deve referir-se a quaisquer relações que já possuam relevância jurídico-penal, sob pena de dupla punição pelo mesmo fato.

Portanto, deve-se analisar as questões trazidas, notadamente a exposição que reflete a valoração da conduta social através do reconhecimento de desvalor do agente circular pela rua armado ou envolver-se em gangues, bem como por ter praticado novo crime quando em cumprimento de pena por condenação anterior transitada em julgado. Não se tem dúvida quanto à necessidade de ocorrência do trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena, diante do julgado pelo Pretório Excelso da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54<sup>25</sup>. Portanto, sabe-se que a aplicação da reincidência somente tem fim no quinquênio seguinte ao cumprimento da pena.

Assim, tendo o agente praticado novo crime, enquanto cumprindo pena, seja o regime que for, há reincidência. Não se mostra possível a conduta social também ser desvalorada, por evidente *bis in idem*. Praticando o agente crime

---

<sup>25</sup> (ADC 54, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020)



com envolvimento em gangues ou armado, há, possivelmente, concurso material entre o delito praticado e a condição de reunião ou porte de arma, na forma do artigo 69 do Código Penal, circunstâncias que são elementares de atos autonomamente tipificados. Cediço que condições elementares não podem incidir em outra fase, prejudicando sobremaneira o agente, em violação à principiologia penal.

Perpassando pelo exame jurisprudencial, cumpre trazer à tona mais dois julgados do Superior Tribunal de Justiça, em que valorada negativamente a conduta social do agente delituoso. Nos casos que serão trazidos, o desvalor é apontado em razão da posição socioprofissional do agente, investido em cargo público. Em um dos casos, o agente exercia cargo público de escrivão de polícia, possuindo significativa quantidade de infrações disciplinares<sup>26</sup>. Enquanto isso, o outro ostentava a posição de ser servidor público militar<sup>27</sup>. Ora, o vetor conduta social, nas situações expostas, serve como julgamento pelo simples modo de ser do agente, presumindo um juízo maior de censura na conduta de forma desmesurada. Não há, efetivamente, relação fática entre suposta atividade profissional e o fato delituoso a permitir avaliação do comportamento do agente no ambiente social, familiar e laboral.

O que se concebe possa exsurgir da posição profissional do agente em relação ao cometimento de um fato delituoso, como nos casos trazidos pelo parágrafo anterior, é um maior juízo de reprovabilidade da conduta por ele perpetrada. Já vislumbrado que essa consideração não extrapola o juízo de culpabilidade em sentido amplo, que também serve como circunstância judicial apta a contribuir para a fixação da pena-base.

Levando-se em conta esses aspectos, à semelhança do que faz o Tribunal da Cidadania, está-se adentrando em espaço que deve ser permeado por significativa cautela por parte do julgador, *“por ingressar em uma esfera da individualidade na qual o Estado não tem ingerência, sequer em juízo de censura, em decorrência da adoção de um modelo de direito penal do fato”*

---

<sup>26</sup> (HC 465.197/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019)

<sup>27</sup> (HC 471.335/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 17/12/2019)

(CARVALHO, 2020, p. 403). Nucci (2020, p. 657) ainda salienta que “*o que jamais deve ocorrer é um exercício de adivinhação de quem seria o réu antes do crime*”. Contudo, afirma que a valoração da conduta social, conquanto seja de análise subjetiva, está permeada por aspectos objetivos, desde que estejam inseridos nos autos (NUCCI, 2020).

Em contrapartida à menção do doutrinador referido, Carvalho (2020, p. 400) alerta, ao referir-se à mensuração da conduta social, “*que os dados de análise sugeridos na doutrina e na jurisprudência são fundados, em praticamente sua totalidade, em premissas morais*”. O que se pretende ressaltar, com a construção jurisprudencial exposta, é a possibilidade de arbítrio judicial na análise da conduta social do sujeito. Enquanto é sustentado que o interrogatório surge como momento hábil à instrução da forma de vida do agente, tanto pela defesa quanto pela acusação (NUCCI, 2020), eventual consideração desfavorável da conduta social tomando por base unicamente testemunhos de indivíduos arrolados pela acusação violaria preceitos constitucionais e processuais penais, na hipótese de ausência de quaisquer provas mais.

De outra banda, restou demonstrado que, muitas vezes, a pretexto de individualizar a pena com lastro na conduta social, está-se elevando o grau de punição em razão de como é, se comporta ou em razão da profissão que ocupa, quando não se está incorrendo em deturpação da circunstância judicial culpabilidade. Possui guarida nos Tribunais Superiores que o modo de comportamento social do sujeito é, portanto, por si só, instrumento hábil à majoração da reprimenda. Não há, como exposto no início do capítulo, materialização de qualquer fato penalmente relevante, mas simplesmente um julgamento do modo de ser do agente.

Por fim, não raras são as situações em que, levando em conta aspectos objetivos, notadamente acerca de crimes outrora praticados, incorre-se em dupla valoração de aspectos jurídico-penais, punindo o agente mais de uma vez por um mesmo fato. Neste momento, à semelhança da forma que se abordou a conduta social, trar-se-á à tona a circunstância judicial personalidade do agente.

## 4.2 Personalidade do agente

A última circunstância judicial que ainda pende de análise é a personalidade do agente, também prevista expressamente no artigo 59 do Código Penal, além de demais diplomas específicos. Nucci (2020, p. 659) define a personalidade como “*o conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida*”.

Assim, quando fixa a pena-base, o magistrado valora o somatório de características de uma pessoa, em observância à sua individualidade. Ressalta-se, diante do conceito trazido, a unicidade que consigo carrega cada sujeito. Assim como suas especificidades biológicas, únicas em essência, de igual forma assim é sua personalidade, dotada de individualidade, inexistindo a integralidade de padrões idênticos quando se trata de ser humano. Boschi (2013), embasado em autores não afetos à dogmática jurídica, sustenta a dinamicidade da personalidade dos sujeitos, não destoando da concepção exposta por Nucci (2020), este quando afirma a existência de uma parte adquirida da personalidade.

Carvalho (2020) reforça a complexidade do conceito personalidade, corroborando a noção de interdisciplinaridade que ele ostenta, ao sustentar que a ciência jurídica apenas incorporou a noção de personalidade, já que seu estudo é objeto da psiquiatria, psicologia e antropologia. Boschi (2013) demonstra que é rasa a menção jurisprudencial à personalidade como caractere científico interdisciplinar quando da sentença, de forma que a maior parte da fundamentação se restringe a adjetivar a suposta configuração da personalidade do réu através de um juízo meramente jurídico formulado pelo julgador. Se não unânime, a crítica à valoração judicial da personalidade é recorrente. Quanto à intercorrelação entre as ciências, afirma-se que “*ao mesmo tempo em que esta tarefa confronta a ciência criminal com conhecimentos intrínsecos a outros saberes, torna evidente a incapacidade técnica do magistrado em realizar juízos desta natureza*” (ROIG, 2015, p. 159).

O Superior Tribunal de Justiça, através de sua Quinta Turma, define que a personalidade resulta da análise do perfil subjetivo do réu, fazendo referência

notadamente a aspectos morais e psicológicos<sup>28</sup>. Em semelhante contexto, Nucci (2020, p. 659) sustenta ser essencial “*análise do meio e das condições onde o agente se formou e vive, pois o bem-nascido,[...] quando tende ao crime, deve ser mais severamente apenado do que o miserável que tenha praticado uma infração penal para garantir a sua sobrevivência*”. Novamente, à semelhança do que ocorre na hipótese da conduta social, há possibilidade de uma invasão ao âmbito de outras circunstâncias judiciais, ao tomar como ponto de partida o fato delituoso para análise da personalidade. Não seria inadequado considerar que “o bem nascido criminoso” (NUCCI, 2020, p. 659) tem, em verdade, maior grau de reprovabilidade na sua conduta, o que não se confunde com os caracteres ínsitos à sua personalidade. Assim, considerar a condição social do sujeito como aspecto formador de sua personalidade é tarefa complexa, quanto ao mais considerando-se os efeitos na esfera penal dessa noção.

Conforme observado anteriormente, cumpre trazer à colação a lição de Roig (2015), quando sustenta a existência de confusão entre as circunstâncias judiciais, ao demonstrar não ser incomum a mensuração da personalidade tomando por lastro condenações anteriores ou promovendo referência à conduta do agente na sociedade. Além dessas situações mencionadas, outra relação que surge é a que se faz com a culpabilidade, a pretexto de examinar a personalidade. Nesse sentido, ao promover valoração de particularidades do ato criminoso, está-se, em grande medida, tratando das já examinadas circunstâncias do crime, motivos do crime e até mesmo as consequências do ato delituoso. Essa invasão não é estranha às circunstâncias judiciais especificamente subjetivas.

Em episódio que albergou a valoração negativa da circunstância personalidade, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de aferição da “*existência de caráter voltado à prática de infrações com base nos elementos probatórios*”<sup>29</sup> independentemente de perícia. Contudo, faz-se necessário um apontamento metodológico pelo magistrado da forma por ele

---

<sup>28</sup> (HC 642.018/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021)

<sup>29</sup> Ibidem.

utilizada para aferir a personalidade (ROIG, 2015). Esse posicionamento (acaso entenda-se possível a subsistência de personalidade como circunstância judicial) é o mais coadunado com os ditames da Constituição Federal, ao permitir a devolução aos tribunais *ad quem* da integralidade dos argumentos e fundamentos que usou o magistrado como base para a consideração desfavorável da personalidade. Assim, permite-se uma forma de controle sobre a larga discricionariedade judicial, notadamente diante de conceitos multissignificativos ou estranhos à ciência jurídica, tal como é a personalidade.

Em outro sentido, não seria incomum a mera menção à impossibilidade de valoração da reprimenda com base em determinado critério fático e a readequação da dosimetria, considerando a neutralidade ou favorabilidade da circunstância personalidade. Esmiuçando a questão, não se torna estranha decisão judicial que faça remissão à genérica possibilidade ou não de determinada circunstância ser passível de influir na personalidade como elemento para a fixação da pena-base. Para tanto, ou aventa-se a impossibilidade de determinada condição, retirando-a da dosimetria da pena, ou corrobora-se sua manutenção, sendo incomum a completa digressão acerca dos caracteres relativos à personalidade, análise de fundamentos e demais aspectos que exige a atividade jurisdicional.

Quanto às questões fáticas concernentes ao ato delituoso, já ressaltado sua possibilidade de destoarem da efetiva análise de personalidade. Assim, referências ao ato criminoso em específico são muitas vezes circunstâncias que abarcam o grau de reprovabilidade do comportamento, consumindo-se na culpabilidade. Deveria, portanto, a personalidade tão somente escrutinar questões concernentes ao sujeito.

Contudo, dessa própria restrição decorre a clara vinculação da personalidade com a noção de um direito penal do autor, infringindo o axioma garantista da *nulla injuria sine actione* (FERRAJOLI, 2002). Stoco (2013) correlaciona a mensuração da personalidade com uma culpabilidade pelo estilo de vida do agente, o que conduz ao afastamento das relações do agente com os fatos por ele praticados, que é aquilo que efetivamente deve importar ao espectro penal. Estefam (2020), enquanto reforça a necessidade de cautela

para a mensuração da boa ou má personalidade do agente, afirma que o desvalor deve recair sobre a gravidade do fato praticado, não devendo o magistrado levar em conta o fato de ser o réu boa ou má pessoa. Novamente, esse parâmetro apontado por Estefam (2020) confunde-se com o grau de reprovabilidade do comportamento injusto praticado, que se encerra na culpabilidade.

O Superior Tribunal de Justiça, ao passo que assentou a inexigência de perícia para a possibilidade de valoração da personalidade, consoante já visualizado, não permite a valoração desfavorável dessa circunstância à ausência de elementos concretos. Os posicionamentos da Corte Cidadã quanto à personalidade e condenações anteriores são semelhantes, rechaçando a influência de processos e/ou investigações criminais em curso como vetor para a personalidade negativa.

Não costumam, assim, os Tribunais Superiores exercer um juízo de definição de parâmetros objetivos para análise da personalidade (também da conduta social, como já verificado), definindo o que deve ser objetivamente observado no sujeito. É corriqueira apenas a menção à impossibilidade de tal ou qual aspecto incidir em determinada circunstância, funcionando muito mais como uma desconstrução de noções fixadas pelos juízos *a quo*. Corroborando a necessidade da sedimentação de critérios objetivos para permitir uma maior apreensão do conceito de personalidade e permitir sua plena aplicabilidade na aplicação da pena, a lição de Pacelli e Callegari (2020, p. 470), quando afirmam que “*seria preciso eleger circunstâncias objetivas de fatos, que, reunidos, apresentariam um quadro social – por assim dizer – da personalidade do agente*”.

Após profundas digressões sobre a temática, especialmente no que atine à fundamentação judicial da personalidade, Carvalho (2020, p. 407) define que “*a conclusão possível de se chegar, portanto, é a de que a análise da personalidade é um ato de competência exclusiva das ciências psi (psiquiatria, psicologia e psicanálise)*”. Boschi (2013) adota solução semelhante, especialmente ao sugerir a abstenção jurisdicional de tecer considerações críticas sobre a personalidade do agente, bem como de valorá-la negativamente, com a conseqüente imposição de ônus ao agente.

Tudo isso corrobora a necessidade de afastamento do ordenamento jurídico-penal de questões referentes à culpabilidade de autor (STOCO, 2013). A culpabilidade de autor possui entrelaçamento conceitual com a tese de direito penal do autor, contrapondo-se à materialização do fato como pressuposto para a existência de crime, cominação de pena concreta e punição do agente. A possibilidade de considerar a culpabilidade da conduta do autor, levando-se em conta toda a conduta criminal e antissocial do agente era aventada por Mezger (1958), teórico do direito penal alemão em épocas de subserviência desse Estado soberano ao regime nazifascista. Defendia o teórico a ampla possibilidade de discricionariedade judicial, permitindo ao julgador um campo de ação na ordem psicológica e prática (MEZGER, 1958).

Deve-se visualizar com cautela a lição que se tem como herança do penalista alemão. No atual estágio em que se encontra o desenvolvimento do ordenamento jurídico penal brasileiro, quiçá global, não se concebe a punição do agente por infringir determinada expectativa social, desde que desassociada essa infringência de qualquer ato efetivamente praticado e que invada a esfera de relevância penal. Essa invasão do Estado no âmago do agente entrelaça-se com a teoria criminológica do etiquetamento, a qual sustenta existir um intento estatal em utilizar-se dos meios formais de coerção penal para reprimir e subjugar indivíduos com personalidade desviada, segundo padrões estabelecidos pelas classes dominantes (GONZAGA, 2020).

Sobre a possibilidade de majoração da reprimenda para a personalidade antissocial, à semelhança do que preconizava Mezger (1958), aventa-se a lição de Nucci (2020), quando este sustenta a inadequação aos ditames sociais dos agentes delituosos antissociais. O Superior Tribunal de Justiça não desacolhe essa possibilidade, quando confirma que as personalidades narcisista, perversa e antissocial são dignas de desvalor<sup>30</sup>. Nesse sentido, surge novamente a correlação entre as próprias circunstâncias judiciais e a materialização de fatos delituosos. Há de se considerar que, enquanto a personalidade do agente não provocar efetiva e concreta influência no ato criminoso, inexistente qualquer relação com a esfera de punição penal, sob pena

---

<sup>30</sup> (HC 135.604/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 05/09/2011)

de uma violação patente ao ordenamento jurídico em razão da culpabilidade pela forma de ser do agente.

Some-se a isso o fato de o aspecto antissocial causar confusões quanto a ser um caractere da personalidade ou uma forma de conduta social passível de desvalor. Não há construção legislativa que delimite esse interregno, sequer jurisprudencial. Efetivamente, a relação é estranha à ciência jurídica. Quando a antissociabilidade implica em algum ato no âmbito social, ainda que irrelevante penal, poder-se-ia considerar sua incidência na circunstância conduta social. Caso inexista qualquer exteriorização, mas somente se constate a existência do caractere antissocial ínsito ao sujeito, o desvalor recairia sobre a personalidade. Em ambos os casos, está-se diante de violação à materialização de qualquer fato penalmente relevante. De outra banda, na hipótese de essas condições do agente influírem ou colaborarem para a prática criminosa, evidenciado estará um maior grau de reprovabilidade na conduta, o que não escapa da culpabilidade como circunstância judicial.

Boschi (2013), ao analisar a valoração dos supostos transtornos da personalidade, afirma a interconexão desses com a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente. Assim, enquanto evidencia a existência de punição mais gravosa ao autor, indaga se a solução mais adequada não seria um tratamento recuperativo ao agente pela sua condição. Roig (2015, p. 161) afirma que, em verdade, *“a correção moral do apenado por intermédio da reprimenda estatal passa a atuar como sublime finalidade da pena”*, já que possíveis os juízos mais diversos sobre várias questões humanas pelo magistrado com a pretensão indireta de definir padrões objetivos de comportamento para os sujeitos sobre os quais incide a pena. Reforça-se diante disso, caso ainda se tenha por intenção a manutenção da personalidade como circunstância judicial, a necessidade de *“eleger circunstâncias objetivas de fatos”* (PACELLI, 2020, p. 470).

Sobre a noção de personalidade voltada ao crime, afirma Nucci (2020, p. 662): *“trata-se de expressão utilizada com certa frequência, em decisões judiciais, embora não obedeça qualquer critério científico de análise e conceituação da personalidade”*. O Superior Tribunal de Justiça já afastou a possibilidade de valoração dessa circunstância, reconhecendo tratar-se de



fundamento inidôneo para o desvalor da personalidade. No caso concreto, diversas eram as condenações anteriores, diante das quais atribuiu-se inidoneidade à personalidade, afirmando que essa estaria voltada à prática de delitos<sup>31</sup>. No mesmo julgado, a Corte Cidadã afirma que reflexos de anteriores condenações devem ser mensuradas a critério de antecedentes ou reincidência, a depender do suporte fático. Por fim, Nucci (2020, p. 662) encerra, ao afirmar que *“não há personalidade voltada à prática de crimes, devendo-se cessar o uso de tal expressão, como fundamento para agravar a pena-base do acusado”*, inobstante defenda a possibilidade de desvalor da circunstância judicial personalidade.

Portanto, a bivaloração é evidência de *bis in idem*, se reconhecida uma mesma condenação como antecedente e personalidade desfavorável. A outra ponderação que merece análise é a que se faz quanto à impossibilidade de aferição de tão complexo aspecto que é a personalidade por meio de simples documentos juntados aos autos (BOSCHI, 2013) e consequente ilação do magistrado, com base nesses documentos, acerca da condição psíquica do agente. Contudo, Nucci (2020) defende a possibilidade de apontes referentes à personalidade pelo julgador, diante das provas colhidas.

Demais questões que se revestem de grande relevância para a ordem jurídico-penal e a aplicação da pena são as previsões das Leis nº 11.343/2006 e 9.605/1998, quando afirmam, esta em seu artigo 7º, inciso II, que a conduta social e a personalidade, dentre outras, são circunstâncias relevantes para a substituição da pena imposta; e aquela em seu art. 42 que *“o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”*.

No caso específico da Lei nº 11.343/2006, a previsão do artigo 42 é inovadora na legislação, à medida que fixa circunstâncias judiciais que devem preponderar sobre as outras. Portanto, na fixação da pena-base referente a crimes previstos nesse diploma legal, além das oito circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, devem ser objeto de mensuração a natureza e a

---

<sup>31</sup> (AgRg no HC 626.522/PE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 09/02/2021)

quantidade da droga. O que se tem, portanto, são 10 circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base, devendo-se considerar como preponderantes quatro delas: natureza e quantidade da droga, personalidade e conduta social.

Conquanto a natureza e a quantidade da droga sejam aspectos extremamente subjetivos quanto ao grau atribuído à reprovabilidade, o Superior Tribunal de Justiça faculta ao magistrado a atribuição de maior desvalor na fixação da pena-base. No caso concreto, a condenação do agente deu-se em razão de o agente estar portando 309 gramas de crack<sup>32</sup>. Nesse contexto, tanto a natureza quanto a quantidade foram negativamente sopesadas. O ponto que exsurge é a larga discricionariedade judicial, quando se considera determinado espécime ilícito entorpecente como desfavorável em razão da sua natureza. Não há uma baliza adequada. Bem como não há definições acerca de patamares para a quantidade considerada desfavorável, além de referências à correlação entre quantidade e natureza e a eventual mensuração negativa majorada nesses casos. Nucci (2020a) ainda traz à tona que ambas as questões se esgotam nas circunstâncias e consequências do crime, que já são objeto de análise como circunstâncias judiciais à vista da previsão do artigo 59 do Código Penal.

Não menor é a controvérsia quando se passa a contemplar a personalidade e a conduta social como circunstâncias preponderantes. Portanto, na esteira do preconizado pelo legislador, personalidade e conduta social “*são ambos mais importantes que os antecedentes, os motivos, as consequências do crime, etc*” (NUCCI, 2020a, p. 422). Aqui o aspecto atinge seu ápice, quando questões estranhas à materialização do fato delituoso, que interessam puramente ao agente e seu modo de ser, funcionam como preponderantes, assumindo protagonismo perante as outras.

Já a previsão da Lei nº 9.605/1998 não possui diferença significativa em relação àquela do artigo 44, III, do Código Penal. Nesse sentido, a intenção é demonstrar a involução sistêmica do ordenamento jurídico, ainda que decorrido um prazo de quatorze anos entre a reforma do Código Penal e a edição do diploma especial. Assim, acaso eventualmente vindoura alguma das

---

<sup>32</sup> (AgRg no REsp 1747006/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 25/09/2018)

mencionadas modificações de projetos legislativos elencados por Carvalho (2020), o princípio da especialidade, *a priori*, vigoraria, aplicando-se as atuais circunstâncias aos crimes previstos no referido caderno legal. Carrega-se o ordenamento jurídico sobremaneira com incongruências sistêmicas decorrentes de diplomas normativos emergentes que não confluem.

Portanto, pretendeu-se expor a circunstância judicial personalidade, correlacionando-a com as demais noções expostas durante todo o trabalho. A encerrar, quer-se ventilar teses que permitam afastar aspectos que tomam por base a noção de um direito penal do autor, desfigurados que estão em relação aos axiomas garantistas.

#### **4.3 Circunstâncias judiciais com exclusão de Direito Penal do Autor**

Pretensões de reforma do Código Penal não são estranhas à tramitação legislativa brasileira. Destaca-se o Projeto de Lei nº 236/2012, elaborado por uma Comissão de Juristas, com início da tramitação no Senado Federal. Conquanto severamente criticado por estudiosos, destacando-se, dentre eles, Miguel Reale Júnior (CARVALHO, 2020), o Projeto de Lei nº 236/2012 traz significativas alterações à dogmática penal. Destaca-se, acerca da aplicação da pena, a fixação de pena-base através da análise de circunstâncias judiciais, quando o pretense diploma enuncia, no que pode vir a ser o artigo 75 do Código Penal, que o juiz atenderá à culpabilidade, aos motivos, fins, meios e modo de execução, circunstâncias e consequências do crime, além da contribuição da vítima. Veja-se a evidente supressão de ambas as circunstâncias vergastadas no início deste capítulo: conduta social e personalidade.

Também é sustentada a existência de outro projeto de reforma do Código Penal, esse idealizado por Miguel Reale Júnior, no qual “*são excluídas do art. 59, caput, do Código Penal, as circunstâncias subjetivas personalidade e conduta social*”. (CARVALHO, 2020, p. 417). Extrai-se desses dois projetos a existência de discussões sobre a temática, de forma que o tema

não é sedimentado, sequer pacífico. Variados são os autores e tribunais que defendem a possibilidade de conduta social e personalidade figurarem no rol de circunstâncias judiciais, alguns até defendendo serem preponderantes, diante de legislação especial, na esteira do que preleciona a Lei nº 11.343/2006 (NUCCI, 2020a).

Diante disso, pretendeu-se trazer à tona, na gênese desta monografia, a força normativa que detém a Carta Constitucional, revestindo-se do poder de alterar o meio que a circunda através dos ditames fundamentais (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2020). Após digressões sobre a importância dos direitos e garantias fundamentais que se extraem da Constituição Federal, sejam os explícitos, sejam os implícitos, ventilou-se as primeiras noções sobre garantismo penal. Após a exposição sobre direitos fundamentais, adentrou-se na garantia da individualização da pena.

A partir daí, a penologia passa a servir como base da construção teórica. Enunciou-se as espécies de pena aplicáveis, as vedadas, bem como as previsões na legislação infraconstitucional. Nesse contexto, importa reforçar a garantia da individualização da pena como uma forma de proteção individual, relacionada aos direitos fundamentais de primeira dimensão (primordialmente voltados ao absentismo estatal), além de servir como vedação imposta à proteção deficiente da integralidade de bens jurídicos albergados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda no que se refere à individualização da pena, seus momentos e etapas revestem-se de nodal importância para a compreensão da dinâmica que conduz ao encerramento da persecução penal. Assim, anteriormente ao fato delituoso, o legislador define a conduta violadora, bem assim comina abstratamente um interregno de pena. Após, o magistrado, como membro do Poder Judiciário, define a quantidade de pena aplicável ao caso concreto, diante do procedimento metodológico já exposto. Finda-se o procedimento com a individualização da pena na fase executiva, observando-se o regime fixado e cotejando os ditames legais de progressão.

Todas essas previsões são extraídas da legislação criminal, seja aquela do Código Penal, de legislação criminal extravagante, e ainda da legislação referente à execução penal. A grande relevância está no segundo momento de

individualização da pena, que é aquela que incumbe ao magistrado, ao Estado-juiz, através da denominada individualização judicial. Quanto a essa, o atual procedimento estabelecido pela legislação e trazido à positivação no de 1984, demonstra que a definição da pena concreta perpassará pela fixação de penabase, provisória e definitiva. Em um primeiro momento, interessam as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima. Após, lobra-se a existência de agravantes e atenuantes. Por fim, majorantes e minorantes.

Demonstrou-se ao longo da presente monografia as particularidades que revestem a dosimetria da pena. Dentre elas, cabe retomar a impossibilidade de os parâmetros para fixação da pena provisória extrapolarem o mínimo e máximo abstratamente cominados, enquanto a solução é díspar na pena definitiva. Além disso, outro aspecto salutar é a contraposição entre a necessidade de definição de patamares objetivos frente à individualização da pena e preservação da discricionariedade judicial.

Além disso, importam as especificidades quando se reconhece majorantes ou minorantes sobejantes; ou ainda, a possibilidade de uma mesma circunstância fática figurar como hipótese valorável em critérios diferentes, até mesmo em diferentes fases, tal como é situação da reincidência e dos antecedentes. Inobstante todas essas exposições, a controvérsia trazida neste trabalho é, principalmente, a existência de circunstâncias judiciais que se aproximam da impossibilidade de mensuração prática.

Pois bem, ainda que já assentada a aceitação pelas Corte Constitucional e Cidadã do Poder Judiciário brasileiro da valoração desfavorável de conduta social e personalidade, ressalta-se que essas circunstâncias não possuem parâmetros suficientes de mensuração, com previsão de critérios que escapam largamente à ciência jurídica. Não somente, a pretexto de permitir uma plena individualização da reprimenda penal no âmbito judicial, definiu-se oito circunstâncias. Além das duas já mencionadas, as demais seis, culpabilidade, antecedentes, motivos, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima, circunscrevem-se umas nas outras.

Já visto que a culpabilidade como circunstância judicial, reconhecida em seu sentido amplo, é definida como o grau de reprovabilidade da conduta delituosa do agente. E daqui surge uma gama de possibilidades. Exemplificativamente, um crime contra a vida pode ser cometido de várias formas, com vários instrumentos. Algumas dessas formas são previstas como qualificação para o delito, majorando significativamente a pena abstrata e, por conseguinte, influenciando na concreta.

Contudo, tudo isso é opção legislativa de considerar determinada conduta como digna de maior desvalor. A culpabilidade não escapa de maior elevação (e, por consequência, o comportamento é mais reprovável), na hipótese de um crime contra a vida cometido por meio cruel ou insidioso. Entretanto, como já ressaltado, o legislador optou por atribuir desvalor já na pena abstratamente cominada. Nesse exemplo hipotético, não há como atribuir a uma elementar do tipo (ainda que do qualificado) a reprovação da culpabilidade, por configurar *bis in idem*.

A questão que se põe é quanto às outras circunstâncias judiciais, à exceção dos antecedentes, estarem inseridas na própria noção de culpabilidade. Os motivos, ainda tomando os crimes contra a vida como exemplo hipotético, também podem configurar hipótese de qualificação do delito quando considerado. A lógica para considerar-se algo qualificado em razão dos motivos é a mesma da decorrência do modo de execução: o maior desvalor da conduta na forma que exteriorizada. Portanto, os motivos, como circunstância judicial prevista no artigo 59, confundem-se com o próprio grau de reprovabilidade da conduta. Motivação fútil, torpe, dentre outras, geram reprovação majorada no comportamento. Assim, inexistiria prejuízo se os motivos fossem imbuídos na noção de culpabilidade. Motivação reprovável, culpabilidade majorada.

Outra circunstância judicial prevista é a “circunstância do crime”, com a necessidade de redundância que se impõe. Nesse contexto, enquanto os motivos constituem a razão pela qual o agente praticou o delito, o que se analisa a título de circunstâncias é justamente a forma de execução, condições de tempo, lugar e demais aspectos que possam influir em uma maior ou menor reprovabilidade. Novamente, algumas circunstâncias foram eleitas pelo

legislador como dignas de reprovabilidade notável, inclusive servindo como qualificação do crime, tal como na hipótese do artigo 121, §2º, IV, do Código Penal vigente: “à *traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido*”. Também nesse caso, não se verifica equívoca a consideração de tudo isso como juízo de culpabilidade, à medida que todo o contexto do fato delituoso se torna mais ou menos reprovável, a depender das condições de prática do delito.

Outra hipótese que não destoa do que já foi exposto até agora é a das “consequências do crime”, que também serve como circunstância judicial prevista expressamente no artigo 59 do Código Penal. Trata-se do efeito prático da conduta do agente e o impacto no mundo naturalístico que seu ato ocasiona. Nesse ponto, a digressão hermenêutica torna-se de relativa complexidade. Um resultado somente pode ser imputado ao agente mediante ato voluntário; após, evidenciado o nexo causal, essencial que o ato produza o resultado previsto no tipo penal - à exceção dos crimes de mera conduta. Portanto, o agente causa um resultado a título de dolo ou culpa, à vista da impossibilidade de incidência da responsabilidade objetiva.

Nesse caso, considerando-se consequências como o efeito no mundo dos fatos em relação ao ato praticado – sob um prisma causal-naturalístico – o agente quis aquele resultado no momento que praticou o ato inicial (ou pelo menos desatendeu dever objetivo de cuidado para evitar que ele ocorresse). Diante disso, as consequências mais danosas e reconhecidamente desfavoráveis do crime refletem, também, um maior grau de reprovabilidade no comportamento inicial do agente, já que dirigido àquela finalidade.

Vistas até agora as circunstâncias judiciais motivos, circunstâncias e consequências do crime, que se evidenciam no próprio desenrolar criminoso, à medida que funcionam como razão para a prática do fato delituoso, condições referentes ao ato, além de resultado da conduta.

Outro aspecto salutar é o comportamento da vítima, sobre o qual paira análise individualizada. A vítima pode se comportar de algumas maneiras, diante do que estabelecer-se-á dois padrões: vítima que contribui para o crime e vítima neutra. Em ambos os casos, não há possibilidade de considerar a circunstância como desfavorável. Acaso a vítima contribuir para o intento

criminoso, em tese, a reprovabilidade do comportamento do agente será menor, o que deve favorecê-lo. Diante de um comportamento neutro da vítima, não há como punir o agente, pois em nada a vítima favoreceu ou prejudicou o crime.

Por fim, poderia se cogitar a existência de um terceiro padrão, que é a vítima que se opõe fielmente ao intento criminoso do agente. Nesse caso, indaga-se a possibilidade de considerar desfavorável a circunstância judicial, diante da renitência criminosa, inobstante o posicionamento da vítima de encontro ao intento delitivo. Ainda, não se descarta que a eventual participação ou neutralidade da vítima provoca uma influência no comportamento delitivo do agente que, novamente, pode ser mais ou menos reprovável. Ora, mais uma vez está-se diante de culpabilidade em sentido amplo, no sentido de circunstância judicial, já que a forma como a vítima se posiciona perante o delito é capaz de gerar uma maior ou menor reprovabilidade na conduta exteriorizada.

Diante disso, as quatro circunstâncias expostas, motivos, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima entrelaçam-se com a circunstância culpabilidade de maneira umbilical, à medida que significam, em maior ou menor grau, a reprovabilidade do comportamento perpetrado. Nesse contexto, ou a culpabilidade como circunstância *de per se* torna-se subsidiária, ou atribui-se uma noção multissignificativa à fixação da pena-base e seus parâmetros, de forma que o controle jurisdicional recursal resolver-se-á em favor do réu, muitas vezes em um juízo desconstrutivo, rechaçando possibilidades de adequação fática a determinadas circunstâncias, de forma a vedar a consideração desfavorável da circunstância.

Também é critério de fixação da pena-base os antecedentes criminais do acusado. Já demonstrado no decorrer do trabalho a interrelação existente entre antecedentes e reincidência, conquanto estejam localizadas em fases diferentes do procedimento metodológico de dosimetria da pena. Enquanto esta é circunstância agravante, aqueles servem como circunstância judicial. Além disso, a reincidência sujeita-se aos ditames dos artigos 63 e 64 do Código Penal, que estabelecem seu lugar quando do cometimento de novo crime depois do trânsito em julgado de anterior sentença condenatória. Os



dispositivos legais definem ainda período depurador quinquenal que, quando transcorrido, extingue-se a hipótese de reincidência. Os termos inicial e final do período depurador são respectivamente o cumprimento da pena e o fim do lapso quinquenal, considerado o termo inicial.

Contudo, ainda que transcorrido esse prazo, as condenações anteriores podem servir como antecedentes. Segundo entendimento abalizado do Superior Tribunal Federal, não há limite de tempo para a consideração de antecedentes, de forma que todas as condenações já transitadas em julgado do agente configuram antecedentes. Outra possibilidade de valoração dos antecedentes é quando da existência de mais de uma condenação no período quinquenal, de forma que uma servirá à reincidência e outra aos antecedentes. Enfim, faz-se essas digressões apenas com intenção de retomada para a análise quanto aos antecedentes e sua relação com “direito penal do autor”.

Nesse sentido, Gonçalves (2021) afirma que a análise de primariedade e o exame de antecedentes ou reincidência constituem hipótese de direito penal do autor. Além disso, Salo e Amilton Bueno de Carvalho sustentam que *“se no juízo de culpabilidade, como vimos, já existe forte tendência em subverter o direito penal do fato em prol de um direito penal do autor, quando da avaliação dos antecedentes e da conduta social esta opção fica nítida”* (CARVALHO; CARVALHO, 2002, p. 53). As alegações destes últimos são ventiladas em razão da discricionariedade outorgada ao julgador, de forma que pretendem os autores demonstrar a elevada incidência de relações estritamente pessoais na dosimetria da pena.

Contudo, especialmente no que tange aos antecedentes e a influência de um “direito penal do autor”, alguns pontos merecem exame. Na valoração da reincidência, pela mera análise de condenações, ou que sirvam como antecedentes, o juízo que se faz é quanto à vida criminosa pretérita do agente. Entretanto, ao revés do que se afirma, não se pune o agente pelo que é, mas pelo que fez em momento passado. É essa justamente a essência do direito penal, punir o agente pelo que fez no passado, tomando por esteio todas as funções da pena e particularidades do viés punitivo. Na hipótese de antecedentes, importa a integralidade dos fatos criminosos praticados durante toda a vida do sujeito. Não se trata de uma subversão ao direito penal do fato

por si só considerado, mas trata-se de abranger todos os fatos criminosos em que o agente incorreu. É isso que se extrai da já pacificada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme já referido, que assentou a possibilidade de consideração sem termo *ad quem* dos fatos delituosos pelo agente praticado.

Toda essa vida criminosa pretérita, objetivamente considerada, é digna de maior desvalor e serve para atender aos ditames do preceito constitucional de individualização da pena. Portanto, ao contrário do que afirma parte significativa da doutrina, notadamente ao sustentar que os antecedentes se revestem de resquícios do “direito penal do autor”, não se trata de violação à principiologia que exige a materialização do fato. Ao contrário, a previsão de antecedentes como circunstância judicial visa efetivamente valorizar sujeitos que não praticam fatos delituosos reiteradamente, deixando de incutir maior desvalor na fixação da pena-base através de valoração negativa de antecedentes.

Outra é a solução para a conduta social e personalidade. Conforme analisado no decorrer da monografia, ambas as circunstâncias possuem como lastro de análise alguns aspectos ínsitos à mera condição de vida dos sujeitos. No que atine à conduta social, importa a maneira como os indivíduos se portam na sociedade, no trabalho e em suas demais relações, de forma que isso constitui a influência nodal para que se considere como favorável ou desfavorável essa circunstância na fixação da pena-base. Já quanto à personalidade, sua concepção está no conjunto de caracteres pertencentes à psiquê do agente.

Os aspectos da conduta social e da personalidade estão desassociados de qualquer ato penalmente relevante na sua mensuração. Comumente, conforme demonstrado, aponta-se a prática de crimes anteriores pelo agente como conduta social desfavorável, enquanto a solução deveria pautar-se pela efetiva punição pelo delito individualmente considerado (seja como reincidência, antecedentes ou punido autonomamente), mas não analisada sua influência na fixação de pena-base de outro delito absolutamente independente. Em semelhante sentido, quanto à personalidade, faz-se um juízo de adequação do âmago do agente às expectativas sociais, desprovido de

qualquer rigor científico específico, sob o pretexto de a ciência jurídica ser capaz de mensurar a personalidade de um sujeito.

Portanto, ambas as circunstâncias “*reforçam modelos de direito penal do autor, pois voltadas à censura do modo de ser do acusado, e não da sua conduta e do dano concreto produzido ao bem jurídico*” (CARVALHO, 2020, p. 401), de forma que se extrai violação ao axioma garantista *nulla injuria sine actione* (FERRAJOLI, 2002), já que a mensuração das referidas circunstâncias judiciais não decorre de qualquer ato criminal do agente, mas do seu mero modo de ser. Posto isso, não se reconhece a viabilidade de majoração da pena-base, fixando-a em patamar superior ao mínimo unicamente como decorrência de suposta personalidade ou conduta social desfavoráveis. Torna-se alarmante a previsão do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, que considera ambas as circunstâncias como preponderantes em relação às outras, atribuindo maior grau de importância ao autor em detrimento do fato. Além disso, como demonstrado, a repetição dessas circunstâncias como critério de fixação da pena-base em legislação extravagante não é incomum, ecoando punições pelo modo de ser em todo o ordenamento jurídico-penal.

Enfim, o que se tem é a possibilidade de circunstâncias judiciais, tais como os motivos, circunstâncias e consequências do crime estarem envoltas pela culpabilidade em seu sentido amplo. Portanto, dada a confusão teórico-metodológica e valorizando a principiologia penal que se coloca em favor do réu, não há plena correlação entre a dosimetria e a individualização da pena, de forma que a primeira passa a não servir à segunda, notadamente no que se refere à fixação da pena-base.

Também é evidente uma denominada política da pena-mínima (NUCCI, 2020; BOSCHI, 2013), que muitas vezes não carrega fundamentação. Constitui-se em deixar de individualizar a pena de modo adequado, embasando-se no argumento de essa condição ser favorável ao réu, portanto, não haveria violação a direitos fundamentais. É nesse contexto que surge a necessidade do juízo principiológico de proporcionalidade, conforme exposto no primeiro capítulo.

Ao passo que se considera a proporcionalidade sob a sua dupla vertente, quais sejam, a vedação imposta ao excesso do afã punitivo estatal e

a proibição de uma proteção deficiente, a mencionada política de pena mínima viola uma dessas referências. Enquanto beneficia o réu, já que não lhe impõe ônus que supera o mínimo estabelecido pela legislação, os direitos fundamentais ínsitos a toda a sociedade perante o agente delitivo são sobremaneira violados.

Nessa esteira, ao rechaçar a valoração da conduta social e personalidade como elementos de direito penal do autor, porque atentam contra a materialização em razão de dizerem respeito unicamente à pessoa do agente, está-se outorgando ao réu uma benesse desmesurada. A pretensão do ordenamento jurídico é benevolente quando trata da dosimetria da pena, tudo em observação à principiologia que erige do histórico direito penal. Nesse contexto, a proteção aos direitos fundamentais que decorre da concepção da obra Ferrajoli (2002) não é também concedida a todos os demais sujeitos estranhos àquela lide processual-penal em específico.

É daí que decorre o magistério de Douglas Fischer (2009), quando afirma a existência de um garantismo hiperbólico-monocular. Esse autor sustenta a necessidade de uma mudança de paradigma garantista, aventando a existência de um garantismo penal integral (FISCHER, 2009), coadunado com o princípio da proporcionalidade, à medida que resguarda direitos de todos os sujeitos. Diante de uma impossibilidade de prejudicar o réu com expressões multissignificativas ou que se confundem entre si, comumente o agir possui viés desconstrutivo, negando a valoração de determinado fato como possível para conduzir à negação da possibilidade de consideração da circunstância na fixação da pena-base. Assim, volta-se ao patamar inicial, reconhecendo-a como circunstância neutra.

É essa a comum solução para o comportamento da vítima, conforme já evidenciado. Semelhante também para motivos, circunstâncias e consequências. Nesse contexto, restam culpabilidade e antecedentes como circunstâncias judiciais hábeis e passíveis de mensuração sem malferir qualquer axioma garantista, direito ou garantia fundamental de primeira dimensão. Assim, ao passo que a individualização da pena desponta constitucionalmente como uma garantia de primeira dimensão, não é equívoco

considerar a necessidade de sua mensuração à luz da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.

Destaca-se a garantia prevista no artigo 1º do Código Penal, ao trazer à positividade infraconstitucional o princípio da legalidade/anterioridade: “*não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*”. Já que inexistente pena sem prévia cominação, não há que se cogitar a adoção de parâmetros para a dosimetria da pena inexistentes nos diplomas legais, ainda que a pretexto de atender a uma das vertentes do princípio da proporcionalidade, já que seria cristalina não só a ilegalidade, mas também a inconstitucionalidade da pena concretamente fixada. Há de se ressaltar, também, que é garantido à sociedade que o agente que infringe à norma de forma mais reprovável terá uma reprimenda individualizada e adequada à gravidade do fato praticado, sendo de extensa gravidade a manutenção da pena em patamares inferiores por ausência de arcabouço legislativo que permita a plena e adequada individualização.

## 5 CONCLUSÃO

A história da espécie humana perpassou por diversas formas de organização social. Inicialmente, os indivíduos eram nômades; após, domesticados os animais e alavancadas as técnicas agrícolas, passou o ser humano a dominar e utilizar o ambiente ao seu redor para a satisfação de suas necessidades e vontades. A organização social moderna remonta a período recente, à medida que se erigiu a noção de Estado como agente centralizador.

Os indivíduos, antes sujeitos à consolidação de poderes em um único ser humano, quer fosse o chefe da tribo, quer fosse o Rei, tem como resultado evolutivo e filosófico de sua organização o surgimento do Estado. Teorizou-se a esse respeito, alguns afirmando a imponente força do instituto, como fez Hobbes, em “O Leviatã”, outros ensinando ao governante formas de mantê-lo, como fez Maquiavel, em “O Príncipe”. Em um momento inicial, o representante estatal era absoluto em sua essência, inexistindo sufrágio ou efetiva democracia.

Com o decurso do tempo, a sociedade se organiza. Sujeitos renunciam à parcela de liberdade em razão de um “contrato” firmado no próprio nascimento com um ente inanimado. O Estado assume o monopólio da força e o Direito toma lugar na solução de litígios sócio individuais.

Exsurge, assim, a força do direito penal como repressor dos afãs individuais delitivos. Definem-se crimes e cominam-se penas, portanto. A solução, à primeira vista, é simples. Evidenciada a infração penal, deve-se cominar determinada quantidade de pena ao sujeito, que a cumprirá, retomando-se o *status quo ante*. Contudo, a forma de aplicação da quantidade de pena reveste-se de particularidades e nuances, consoante evidenciou-se.

Questionou-se a eventual necessidade de atualização legislativa na fixação da pena-base no direito brasileiro, especialmente por meio das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Eventualmente, indaga-se quais modificações permitiriam a eliminação dos resquícios da tese de direito penal do autor, quiçá ainda existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

A pretexto de compreender contemporaneamente a aplicação da pena no direito brasileiro, especialmente a fixação da pena-base, teve-se como desiderato do trabalho, modestamente sugerir adaptações tendentes a modernizar o método, para efeito de contribuir para uma plena resposta social à prática delitiva.

Faz-se essencial que o ordenamento jurídico estabeleça parâmetros adequados e seguros para servirem como reprimenda à prática do fato delituoso, permeado todo o processo pela principiologia erigida da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Nesse contexto, a individualização da pena, prevista de forma expressa no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, mostra-se essencial na realização de todos os objetivos a que se propõe a República. Dito isso, foram apresentadas circunstâncias jurídico-constitucionais que podem contribuir para a concretização da individualização da pena, através de uma revisão de parâmetros atualmente utilizados na fixação da pena-base.

Não se pode negligenciar a persecução penal como uma noção de processo penal em seu sentido instrumental, coadunando a análise à função social que dele decorre. Não por outra razão a ação penal é movida por membro de função essencial à justiça, mantida, em suas subdivisões, pela administração pública, independentemente do ente federativo a que pertença.

Considerando-se a referida função social que decorre do processo penal, não se pode desatender à expectativa social que dele advém, qual seja, a adequada aplicação do ordenamento jurídico-penal a um fato delituoso. Entretanto, o atual procedimento reveste-se de largas falhas, como já demonstrado, o que conduz, em muitos momentos, a um processo sem efeito prático, em que se aplica uma pena incompatível com o fato praticado.

É nesse contexto que a reforma da dosimetria da pena faz-se necessária, especialmente quando promove a adequação da metodologia de fixação da pena-base, retirando-se todos os elementos ainda presentes que se refiram a um direito penal unicamente voltado ao autor. Além disso, buscando-se a plena efetivação da lei penal, sob a ótica da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, não se pode manter na legislação parâmetros

de dosimetria da pena que sejam impossíveis de mensuração; ou que, quando mensurados, violem garantias constitucionais.

Buscou-se, nesta monografia, compreender a aplicação da pena no direito brasileiro, notadamente a fixação da pena-base, sugerindo adaptações tendentes a modernizar o método, que possam contribuir para uma plena resposta social à prática delitiva. Inicialmente, acreditou-se que alterações na redação do artigo 59 do Código Penal, com modificação dos parâmetros de fixação da pena-base, pudessem contribuir para a maximização da proporcionalidade na aplicação da pena. Com esse lastro, conclui-se que personalidade e conduta social violam a materialização do fato, devendo ser removidos da fixação da pena-base. A mesma solução deve ser tomada quanto aos critérios circunstâncias, motivos, consequências e comportamento da vítima, por traduzirem-se no juízo de culpabilidade.

Assim, tomando como base a tese de um garantismo penal integral (FISCHER, 2009), a reforma da dosimetria da pena no direito brasileiro se impõe, removendo as circunstâncias conduta social e personalidade, além das que digam respeito a aspectos fáticos examinados em outro momento do procedimento. Importa referir que eventual medida que pretenda adequar a dosimetria da pena às noções de proporcionalidade e contribuir para a garantia integral dos direitos fundamentais deve decorrer do Poder Legislativo. Já vislumbrada a existência de projetos que pretendam adequar a fixação da pena, promovendo a retirada das circunstâncias judiciais conduta social e personalidade, mas incluindo outras.

Contudo, inobstante não se queira agir com demasiada pretensão a ponto de sugerir novos padrões que devam reger a aplicação da pena no espectro nacional, avulta-se premente a necessidade de alteração legislativa, para que se possa aplicar uma pena efetivamente individualizada e adequada ao fato criminoso. Repise-se, os patamares devem ser vinculados ao fato ou a fatos, mas sempre de forma que o critério de punição obedeça a uma estrita vinculação à conduta praticada, mantendo hígida a integralidade dos direitos fundamentais individuais, passando a adequá-los à noção de vedação à proteção deficiente, o que o hodierno ordenamento jurídico brasileiro já contempla, como demonstrou-se



Diante disso, personalidade e conduta social, por violarem à materialização do fato, devem ser removidos da fixação da pena-base. A mesma solução deve ser tomada quanto aos critérios “circunstâncias, motivos e consequências do crime”, por traduzirem-se no juízo de culpabilidade. Já o comportamento da vítima é circunstância inócua, sob qualquer prisma que seja vislumbrada, sem distanciar-se de considerá-la culpabilidade, entendida esta como grau de reprovabilidade da conduta.

As referidas questões circunstâncias, motivos e consequências de um crime não podem ser vistas somente através do resultado prático, mas da conduta e do elemento subjetivo. No espectro penal, segundo a teoria finalista da ação, o resultado é decorrente da intenção do agente já na conduta delituosa. Portanto, as consequências, os motivos e as circunstâncias devem ser enfrentadas no momento em que o agente pratica o ato delituoso, pois é ali que está presente a reprovabilidade do resultado. Tudo isso é culpabilidade, na própria dicção da circunstância judicial do artigo 59 do Código Penal.

Tem-se, assim, seis circunstâncias que não permitem a adequada individualização da pena, o que redundará em penas não raramente incondizentes com o lastro fático que do processo avulta. Portanto, a reforma do artigo 59 do Código Penal urge, sem olvidar de toda a sistemática que ecoa da legislação extravagante criminal.

Evidencia-se, portanto, uma desproteção aos direitos fundamentais que à sociedade pertencem em face de indivíduos que praticam um fato criminoso, porquanto a sanção penal, se aplicada em concreto de acordo com os ditames previstos hodiernamente pela legislação, não atende à prevenção e reprovação do crime. Pelo contrário, quando se fixa a pena-base, a esteira de benesses outorgadas unicamente ao réu em razão da própria metodologia do procedimento permite considerar uma violação massiva da proporcionalidade, constitucional e criminalmente referidas.

Todas essas questões apontadas têm por intenção maximizar a conjugação da ordem jurídico-penal com os objetivos da República Federativa Brasileira. Efetivamente, quer-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na dicção do artigo 3º, I, da Constituição Federal de 1988.

Com isso, pretende-se contribuir para um ordenamento jurídico brasileiro que esteja cada vez mais coadunado com a busca incessante da ciência do direito: a pacificação social e a realização do bem comum.

## 6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 12 mar 2021.

\_\_\_\_\_. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acessado em 14 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.688 de 03 de outubro de 1941. *Lei das Contravenções Penais*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm)> Acessado em 22 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acessado em 01 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)> Acessado em 22 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Exposição de Motivos*. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940->

1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html Acesso em 15 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 2.889 de 01 de outubro de 1956. Define e pune o crime de genocídio. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l2889.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm)> Acessado em 14 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acessado em 14 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990. *Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm)> Acessado em 17 mar. 2021

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. *Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)> Acessado em 22 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003. *Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm)>. Acessado em 05 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013. *Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)> Acessado em 05 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006. *Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.* Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)>

Acessado em 18 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. *Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.* Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm)>

Acessado em 22 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007. *Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal.* Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm#art1)>

Acessado em 15 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.260 de 16 de março de 2016. *Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013.* Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm)>

Acessado em 04 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.344 de 06 de outubro de 2016. *Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de*

atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm)> Acessado em 18 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 236/2012*. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1613697834640&disposition=inline>> Acessado em 07 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 231*. Brasília, DF: STJ, 1999. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_17\\_capSumula231.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf)> Acessado em 21 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 444*. Brasília, DF: STJ, 2010. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27444%27\).sub.](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27444%27).sub.)> Acessado em 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 491*. Brasília, DF: STJ, 2012. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017\\_43\\_capSumulas491-495.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_43_capSumulas491-495.pdf)>. Acesso em: 15 mar 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 599*. Brasília, DF: STJ, 2017. Disponível em <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27599%27\).sub.](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27599%27).sub.)> Acessado em 17 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 718*. Brasília, DF: STF, 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula2545>>. Acesso em: 15 mar 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 719*. Brasília, DF: STF, 2003.  
Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2556>>. Acesso em: 15 mar 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 24*. Brasília, DF: STF, 2009. Disponível em  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>>  
Acessado em 17 mar. 2021.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. v. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

COUTO, Ana Paula; COUTO, Marco. Crítica ao Garantismo Penal Hiperbólico Monocular. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 148-165, jan-mar, 2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTEFAM, André. *Direito Penal*. v 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: Acesso em: 24 set. 2020.

\_\_\_\_\_. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo; FISCHER, Douglas (Coord.). *Garantismo penal integral:*

*questões penais, processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil.* Salvador: Juspodivm, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão.* Petrópolis: Vozes, 2014.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de direito penal.* v. 1. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GONZAGA, Christiano. *Manual de Criminologia.* 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito.* São Paulo, Martins Fontes, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes.* São Paulo: Edipro, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado.* 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal.* v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MAGALHÃES, Vladimir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 185-199, dez 2010.

MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional.* 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional.* 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.



MEZGER, Edmund. *Derecho Penal – parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

\_\_\_\_\_. *Leis penais e processuais penais comentadas*. v. 1. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020a.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral do direito constitucional na perspectiva constitucional*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STOCO, Tatiana de Oliveira. *A personalidade do agente na fixação da pena*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 206p, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. In: Revista do Ministério Público/RS. nº 53, jan. 2004. Disponível em <[https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1279045814.pdf](https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279045814.pdf)> Acessado em 17 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUPERIOR Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1751953 – Rio Grande do Norte*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. DJe: 12/02/2021. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202002280630&dt\\_publicacao=12/03/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002280630&dt_publicacao=12/03/2021)> Acessado em 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Agravo Regimental no Habeas Corpus 638276 – São Paulo*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJe: 19/03/2021. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202100005230&dt\\_publicacao=19/03/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100005230&dt_publicacao=19/03/2021)> Acessado em 22 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Agravo Regimental no Habeas Corpus 644572 – São Paulo*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. DJe: 15/03/2021. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202100398330&dt\\_publicacao=15/03/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100398330&dt_publicacao=15/03/2021)> Acessado em 24 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Agravo Regimental no Recurso Especial 1747006 – Mato Grosso do Sul*. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. DJe: 25/09/2018. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801403476&dt\\_publicacao=25/09/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801403476&dt_publicacao=25/09/2018)> Acessado em 07 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Agravo Regimental no Recurso Especial 1781987 – Pará*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJe: 15/02/2019. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201803131145&dt\\_publicacao=15/02/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803131145&dt_publicacao=15/02/2019)> Acessado em 26 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Embargos de Divergência nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 1196136 – Rondônia*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJe: 01/08/2017. Disponível em:

<<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1607610&tipo=0&nreg=201001003762&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170801&formato=PDF&salvar=false>> Acessado em 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 84.302 – São Paulo*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. DJe: 13/04/2009. STJ. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200701290405&dt\\_publicacao=13/04/2009](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701290405&dt_publicacao=13/04/2009)> Acessado em 15 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 131336 – São Paulo*. Relator: Ministro Jorge Mussi. DJe: 15/03/2010. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200900471642&dt\\_publicacao=15/03/2010](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900471642&dt_publicacao=15/03/2010)> Acessado em 21 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 135604 – Rio Grande do Sul*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. DJe: 05/09/2011. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200900859864&dt\\_publicacao=05/09/2011](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900859864&dt_publicacao=05/09/2011)> Acessado em 06 abr. 2021

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 345773 – Mato Grosso do Sul*. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. DJe: 07/11/2016. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201503196214&dt\\_publicacao=07/11/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201503196214&dt_publicacao=07/11/2016)> Acessado em 03 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 414136 – Mato Grosso do Sul*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJe: 28/11/2017. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201702162551&dt\\_publicacao=28/11/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702162551&dt_publicacao=28/11/2017)> Acessado em 01 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 420344 – Rio de Janeiro*. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJe: 14/08/2018. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201702643015&dt\\_publicacao=14/08/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702643015&dt_publicacao=14/08/2018)> Acessado em 03 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 447857- Rio Grande do Sul*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJe: 21/08/2018. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801002459&dt\\_publicacao=28/08/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801002459&dt_publicacao=28/08/2018). Acessado em: 21 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 465197 – São Paulo*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJe: 19/03/2019. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201802118659&dt\\_publicacao=19/03/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802118659&dt_publicacao=19/03/2019)> Acessado em 03 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 471335 – Pernambuco*. Relator: Ministra Laurita Vaz. DJe: 17/12/2019. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201802525912&dt\\_publicacao=17/12/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802525912&dt_publicacao=17/12/2019)> Acessado em 03 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 522022 – Rio de Janeiro*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJe: 23/09/2019. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201902093313&dt\\_publicacao=23/09/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902093313&dt_publicacao=23/09/2019)> Acessado em 22 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 646905 – Espírito Santo*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJe: 19/03/2021. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202100511451&dt\\_publicacao=19/03/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100511451&dt_publicacao=19/03/2021)> Acessado em 24 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *REsp 1553257 – Paraná*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJe: 15/04/2016. Disponível em: <

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201502179382&dt\\_publicacao=15/04/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502179382&dt_publicacao=15/04/2016)> Acessado em 21 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *REsp 1709029 – Minas Gerais*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. DJe: 04/04/2018. STJ. Disponível em: <

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201702518799&dt\\_publicacao=04/04/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702518799&dt_publicacao=04/04/2018)> Acessado em 17 mar. 2021.

SUPREMO Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 54 – Distrito Federal*. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 07/11/2019.

Coordenadoria de Análise e Jurisprudência. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888>> Acessado em 05 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112-1 – Distrito Federal*.

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 26/10/2007. Coordenadoria de Análise e Jurisprudência. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2194197>> Acesso em: 12 mar 2021.

\_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 – Distrito Federal*. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 13/06/2019. Coordenadoria de

Análise e Jurisprudência. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> Acessado em 17 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus: 82.959-7 – São Paulo*. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 01/09/2006. Coordenadoria de Análise e Jurisprudência. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7931/false>> Acessado em 14 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 111.840 – Espírito Santo*. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 13/09/2013. Coordenadoria de Análise e Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho355900/false>> Acessado em 15 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 125.586 – São Paulo*. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 15/12/2015. Coordenadoria de Análise e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=999681>> Acessado em 01 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário 593818 – Santa Catarina*. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJe: 23/11/2020. Coordenadoria de Análise e Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754448246>> Acessado em 25 mar. 2021

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença criminal: prática de aplicação da pena e medida de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito penal do inimigo e o terrorismo*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro v. 1 – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.