

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
FACULDADE DE DIREITO

VINÍCIUS BERNARDI GUARIENTI

**DOSIMETRIA DA PENA: O PAPEL DOS ATORES PENAIS PARA A  
INDIVIDUALIZAÇÃO E PROPORCIONALIDADE NO SISTEMA RELATIVAMENTE  
INDETERMINADO**

CURITIBA  
2017

VINÍCIUS BERNARDI GUARIENTI

**DOSIMETRIA DA PENA: O PAPEL DOS ATORES PENAIS PARA A  
INDIVIDUALIZAÇÃO E PROPORCIONALIDADE NO SISTEMA RELATIVAMENTE  
INDETERMINADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requerimento parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito. Curso de Graduação em Direito – Habilitação em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor André Ribeiro Giamberardino

CURITIBA

2017

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, por todos os ensinamentos transmitidos, pelo apoio incondicional em minhas decisões e todos os sacrifícios realizados para que a minha caminhada seja vitoriosa.

Agradeço a Deus, por sempre estar presente na minha vida, pela força transmitida nos momentos difíceis, por ser meu guia e minha inspiração.

Agradeço aos meus tios, Inêz e Carlos que tornaram este curso possível, me aceitando em seu convívio diário, e me tratando como se filho fosse, prestando todo apoio e suporte necessário para a conquista deste sonho.

Agradeço ao Sr. José e Sra. Gracinda, por todo o apoio prestado, os ensinamentos e experiências transmitidas, e pela inspiração de caráter e conquista.

Agradeço à natação, o esporte que influenciou a minha vida, moldou o meu ser, formou meus valores, e foi o principal responsável pela minha busca na formação acadêmica na Universidade Federal do Paraná.

Agradeço ao meu primo Leandro, o ator responsável pela escolha do Curso de Ciências Jurídicas.

Agradeço aos meus amigos, de dentro e fora da Faculdade, pelo apoio e amizade em todos estes anos, vocês são uma peça fundamental na minha vida e tornaram esta jornada prazerosa e compensadora.

Agradeço a turma 2013-2017, pelos diversos momentos que passamos juntos, pela alegria proporcionada, pelas amizades conquistadas e pela união nos momentos difíceis.

Agradeço a todos que de alguma forma, colaboraram neste projeto, no meu amadurecimento, nas minhas experiências vivenciadas e na realização deste sonho.

*Os princípios jurídicos são a arma preferida dos juristas. Graças a eles, estes prudentes exercem seu magistério tanto em favor da jurisprudência, como em favor da lei.*  
(Hauriou)

## RESUMO

O método trifásico da dosimetria da pena, elaborado por Nelson Hungria e adotado pelo Código Penal brasileiro, decorre de um sistema de indeterminação relativa da pena que não considera apenas o ilícito praticado, mas também, a personalidade do agente para a definição da punição a ser imposta. Neste modelo, apesar de existir uma legislação limitadora, há espaços para a atuação discricionária por parte do magistrado, revelando ser o seu raciocínio, um fator decisivo para a aplicação dos discursos político-criminais que refletem na dosimetria da pena. Neste sentido, o Brasil, com sua base processual penal tradicionalmente inquisitorial, realiza uma grande aproximação entre o pensamento dos juízes com os discursos punitivistas, legitimando demandas populistas de necessidade de encarceramento em grande escala e penas rígidas. Desta forma, o escopo deste trabalho está voltado para o processo de dosimetria da pena e a importância dos atores penais na utilização dos espaços de discricionariedade com vistas a aplicação do princípio da individualização da pena, de uma forma justa e merecida, revelando a sua incompatibilidade com a formação cultural inquisitória advinda do modelo processual penal.

**Palavras Chave:** sentença; indeterminação relativa; justo merecimento; dosimetria; atores penais.

## ABSTRACT

The three-phase method of penalty dosimetry, elaborated by Nelson Hungria and adopted by the Brazilian Penal Code, comes from a system of relative indetermination penalty that considers not only the wrongdoing practiced but also the personality of the agent to define the punishment to be imposed. In this model, although there is a limiting legislation, there are spaces for discretionary action on the part of the magistrate, revealing to be his reasoning, a decisive factor for the application of the political-criminal discourses that reflect in the dosimetry of the sentence. In this way, Brazil, with its traditionally inquisitorial criminal procedural basis, makes a close approximation between the judges' thinking and punitive discourses, legitimizing populist demands for large-scale incarceration and rigid sentences. So, the scope of this work is focused on the process of penalty dosimetry and the importance of criminal actors in the use of the spaces of discretion with a view to applying the principle of individualization of the penalty in a fair and deserved way, its incompatibility with the inquisitorial cultural formation coming from the criminal procedure model.

**Keywords:** sentencing; relative indeterminacy; fair merit; dosimetry; criminal actors

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 O SISTEMA RELATIVAMENTE INDETERMINADO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>12</b>
2.1 A INDETERMINAÇÃO RELATIVA DA PENA.....	13
2.2 O MERECEMENTO E A JUSTA PENA PARA O DELITO.....	16
2.2.1 AS TEORIAS DO MERECEMENTO.....	17
2.2.2 O RETRIBUTIVISMO.....	21
2.2.3 A CENSURA E O MERECEMENTO.....	22
<b>3 OS ESPAÇOS DE DISCRICIONARIEDADE NA DOSIMETRIA DA PENA BRASILEIRA.....</b>	<b>25</b>
3.1 O MÉTODO BIFÁSICO.....	25
3.2 O SISTEMA TRIFÁSICO.....	26
3.3 A FIXAÇÃO DA PENA BASE (PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA).....	27
3.3.1 CULPABILIDADE.....	28
3.3.2 ANTECEDENTES:.....	29
3.3.3 CONDUITA SOCIAL.....	30
3.3.4 PERSONALIDADE.....	31
3.3.5 MOTIVOS DO CRIME.....	32
3.3.6 CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME.....	32
3.3.7 CONSEQUÊNCIAS DO CRIME:.....	33
3.3.8 COMPORTAMENTO DA VÍTIMA.....	34
3.4 SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA: AGRAVANTES E ATENUANTES.....	35
3.4.1 CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES.....	36
3.4.2 CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES.....	47

3.5 TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA: CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO DA PENA.....	52	
<b>4 OS ATORES PENAI</b> .....	<b>57</b>	
4.1 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PROTEÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ....	57	
4.2 A FORMAÇÃO CULTURAL DOS ATORES PENAI	E O CENÁRIO PUNITIVISTA.....	64
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS:</b> .....	<b>72</b>	
<b>6 BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>76</b>	

## 1 INTRODUÇÃO

O Código Penal brasileiro adota o método trifásico de dosimetria da pena proposto por Nelson Hungria para a consagração do princípio da individualização da pena. Sua matriz está no sistema relativamente indeterminado da pena, a qual é constituída por espaços de discricionariedade para a aplicação dos elementos propostos e o quantum a ser estabelecido na pena do acusado delimitado por máximos e mínimos estabelecidos em lei.

Este método, de acordo com a doutrina majoritária, permite uma adequada individualização e proporcionalidade, com a sanção sendo medida de acordo com os aspectos do delito cometido, a partir de juízos de reprovabilidade auferidos de acordo com o perigo social representado pela conduta do agente.

A utilização dos espaços é realizada exclusivamente pela figura do magistrado, o qual possui um papel singular no sistema de determinação da pena, verificando o caso concreto e exercendo um juízo da conduta criminosa, para então, determinar a sanção a ser imposta ao réu delimitado pelos máximos e mínimos oriundos da legislação penal, realizando assim, o controle do poder punitivo Estatal e definindo uma culpabilidade balanceada.

Contudo, nos últimos anos, os dados de encarceramento no Brasil revelam o ingresso do país no cenário punitivista internacional, com o crescimento nas estatísticas criminais e surgimento de novas espécies de criminalização.

Este quadro, advém da incompatibilidade entre o sistema proposto pelo Código Penal e a base inquisitorial do Código de Processo Penal, o qual influencia na formação cultural dos atores penais, aproximando-os da ótica punitivista, ao mesmo tempo em que prejudica a filtragem dos discursos político-criminais incorporados pelo legislador.

Tal cenário representa um risco à utilização dos espaços de discricionariedade com vistas a aplicação do princípio da individualização e proporcionalidade da pena, uma vez que o contexto de concretização da diretriz-punitivista reflete um aumento generalizado no rigor da aplicação das sanções penais, aproximando-a dos limites máximos definidos em lei, obstaculizando a reforma e a democratização do sistema punitivo nacional.

Desta forma, a proposta deste trabalho consiste em apresentar a individualização da pena pelo sistema consagrado para a sua execução e a importância de uma pena justa e equilibrada, relevando o papel dos atores penais na proteção deste princípio e a problemática da convivência com uma estrutura inquisitorial, base de nosso Código de Processo Penal, que atua na formação cultural de nossos magistrados, revelando pensamentos alinhados com a ótica punitivista, e consequente expansão do Direito Penal em penas mais rígidas, afetando assim, os espaços de discricionariedade.

Nesta medida, o trabalho se dividirá em 3 etapas.

No primeiro capítulo, apresentaremos a base do nosso atual sistema de individualização da pena, o método relativamente indeterminado, surgido a partir de uma união da vertente primária de indeterminação completa com o método determinado, bem como as divergências existentes entre estes dois sistemas.

Após, em um segundo momento, realizar-se-á um aprofundamento sobre a proporcionalidade pelas teorias do merecimento, mostrando suas noções de aplicação de uma pena justa e proporcional ao delito cometido, respeitando os máximos e mínimos garantidores do resguardo da futura liberdade individual e a coerência entre o delito praticado, os demais delitos da mesma espécie e a personalidade do agente.

Em seguida, o segundo capítulo estará centrado no Código Penal brasileiro, onde será apresentado os métodos bifásico e trifásico de dosimetria da pena. Uma vez ser o método trifásico adotado pela atual legislação penal, percorreremos os espaços de discricionariedade proporcionados pelo Código para a atuação do magistrado na delimitação da pena a ser imposta ao infrator.

Por fim, entraremos no terceiro capítulo, tratando dos atores penais. Em um primeiro momento, veremos a atuação do Supremo Tribunal Federal em ações que necessitaram uma manifestação em relação ao princípio da individualização da pena e garantia dos espaços de discricionariedade do magistrado, em razão de situações criadas pelos nossos legisladores que desrespeitaram a ordem constitucional, e transformaram nossos julgadores em meros aplicadores da lei.

Em sua última parte, será mostrada a problemática formação cultural dos atores penais brasileiros em uma base inquisitorial trazida pelo Código de Processo Penal, e suas consequências no endossamento do discurso punitivista

por parte de nossos magistrados, trazendo pesquisas realizadas pela Associação dos Magistrados e pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais que revelam um cenário preocupante para com aqueles que possuem tamanha responsabilidade em utilizar os espaços de discricionariedade para a aplicação de uma pena individualizada, justa e proporcional.

## 2 O SISTEMA RELATIVAMENTE INDETERMINADO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Individualizar a pena é torna-la única, singular, específica ao caso concreto e seu autor, prevenindo um tratamento de massa no direito penal.

Seu processamento se dá em três fases sucessivas; primeiramente na lei, pelo legislador, após, na fase de conhecimento pelo juiz da condenação, e, por último, na fase de execução, pelo juiz, com a coparticipação dos órgãos da administração pública. Boschi descreve que em todas as fases:

“A individualização da pena deverá atentar para os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da conformidade do processo executório com os termos da sentença qualificadora”.<sup>1</sup>

O foco do trabalho encontra-se na fase judicial a que lhe é destinada.

No Brasil, a dosimetria já foi executada pela teoria de Roberto Lyra anteriormente a Reforma de 1984 e após, pela teoria de Nelson Hungria, as quais veremos no próximo capítulo. Por ora, primeiramente, cabe analisarmos a fundação destas teorias: o sistema de indeterminação relativa da pena, aplicado pela primeira vez no Código Penal francês de 1810.

Esta orientação foi o ponto de partida para as legislações modernas, estabelecendo limites máximos e mínimos, onde o juiz deve, pelo seu livre convencimento, estabelecer a pena aplicável ao caso concreto, retirando do centro a figura do imaginário homem médio, válido para qualquer caso, para estabelecer uma orientação de consideração do homem certo e avaliação de todas as particularidades do caso concreto.

Após, trabalharemos com o princípio da proporcionalidade, mais especificamente, com as teorias do merecimento. Tal princípio está situado no mais alto patamar normativo, pois, conforme Paulo Bonavides, pertence “(...) à natureza e existência mesma do Estado de Direito”<sup>2</sup>.

A proporcionalidade é qualificada como um escudo de proteção dos direitos e das liberdades em todas as áreas do direito, estando positivado no

---

<sup>1</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Das Penas e seus Critérios de Aplicação, 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. P. 45.

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. O Princípio Constitucional da Proporcionalidade e a Proteção dos Direitos Fundamentais. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, vol. 34, 1994. P. 282 e 283.

próprio Código Penal pelo artigo 59, comandando o estabelecimento da quantidade certa da pena necessária à prevenção e à repressão.<sup>3</sup>

Com a regra da proporcionalidade viabilizando a valoração no caso concreto, de todas as circunstâncias judiciais que, de algum modo, guardem relação com o agente, com o fato ou com a vítima, obtêm-se as condições para que o direito penal adquira flexibilidade, já que quantidades previstas em abstrato assumem apenas uma função relativa.

Com esta breve introdução acerca dos temas, passamos aos seus estudos nos próximos subcapítulos.

## 2.1 A INDETERMINAÇÃO RELATIVA DA PENA.

A indeterminação, em sua concepção moderna, deriva da decorrência lógica do reconhecimento da necessidade de uma sanção penal individualizada, considerando não apenas o ato ilícito praticado, mas colocando a personalidade do agente como elemento principal.

Os sistemas de indeterminação da pena compreendem: a) a pena absolutamente indeterminada, em que não há qualquer determinação da natureza, classe ou *quantum* da mesma. O indivíduo é submetido ao tratamento mais adequado às suas características e condições, ficando a cargo da autoridade encarregada da execução fixar o prazo de duração, liberando-o quando considerar recuperado; b) a pena relativamente determinada (um sistema misto), na qual há fixação de um mínimo ou de um máximo de duração, que podem aparecer combinadas, onde a pena é limitada por dois termos, mínimos e máximo, suficientemente afastados de modo a tornar viável a individualização da pena.

Zacharias R. Brockway, é considerado o verdadeiro idealizador prático da sentença ou pena indeterminada. Durante o seu mandato como diretor da Casa de Correção de Detroit, em 1860, teve um papel único para a aprovação da lei que instituiu a sentença indeterminada no Estado de Michigan. Seu pensamento

---

<sup>3</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Código Penal da República Federativa do Brasil, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 01 de agosto de 2017.

era de que a pena não deveria terminar com a simples expiração de um lapso temporal, mas sim, mediante a prova suficiente de reforma moral, e para isto, introduziu um sistema das marcas ou vales, que eram concedidos pelo trabalho, boa conduta, instrução moral e religiosa.

A pena deveria adaptar-se ao indivíduo, às suas características e necessidades pessoais, o qual permaneceria em vigor até o momento em que o “tratamento” alcançasse o resultado almejado, qual seja, o da correção e readaptação social do condenado. A absoluta indeterminação proposta não fora, todavia, acolhida, sendo substituída por um regime limitado a um prazo máximo fixado pelo Tribunal.

O fundamento para a aplicação de um “tratamento” na forma e tempo requerido pelo condenado, advém da ideia de que a pena não deve ser vista como um castigo, e sim, objetivar o bem e a correção do condenado, com métodos adequados à personalidade dos sentenciados, e, como os seres diferem uns dos outros, não há porque todos receberem uma pena igual e determinada.

A esta ideia se coaduna o verdadeiro fim da pena de cessar o perigo que o delinquente representa para a sociedade, por meio de uma tutela que o emende e corrija, transformando-o em um ser socialmente útil.<sup>4</sup>

O pensamento, conforme expõe Henny Goulart era de que:

“Sendo a pena imposta não pelo o que o delinquente praticou, mas pelo o que é, apresenta-se um absurdo o princípio das penas prefixadas, devendo a duração ser determinada em razão das circunstâncias do réu e sua corrigibilidade. Daí o sistema de penas chamado ‘determinadas *a posteriori*’.”<sup>5</sup>

Apontado como um absurdo por Goulart, contrapondo-se ao sistema de penas determinadas “*a posteriori*”, está o sistema da pena pré-determinada, defendida pela Escola Clássica, numa reação ao antigo e abusivo arbítrio judicial, o qual traz o sentido político da garantia dos direitos do acusado, pretendendo submeter o condenado a um tratamento que realmente necessite,

---

<sup>4</sup> GOULART, Henny. Pena indeterminada. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 70, p. 165-184, jan. 1975. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66758/69368>>. Acesso em: 02 aug. 2017. P. 168

<sup>5</sup> Ibidem. P. 169

como se faz com o enfermo, até completar-se a cura. Desta forma, suas finalidades estão na emenda do culpado, e, ao mesmo tempo, a defesa social com base na teoria correcionalista.

A principal crítica a esta ideia, é a de que por maior que seja a classificação dos delinquentes, e de penas adaptáveis a estes, não é possível atingir uma adequada individualização. Isto pois, há incontáveis variedades envolvidas que tornam impossível a determinação *a priori* no sentido de harmonizar a pena com o temperamento moral de cada um dos que devem suportá-la.

Por isso há de se estudar a individualização administrativa sob a forma de sentenças indeterminadas, cujo fundamento último seria a obtenção da Justiça, uma vez que, ao proclamar o princípio de dar a cada um o que é seu, faz sentir a necessidade de individualizar a ação tutelar corretiva e educadora em que deve constituir a pena.<sup>6</sup>

A doutrina em geral reconhece que uma perfeita individualização da pena, é possível apenas por via da pena indeterminada, pois cada ser humano é distinto do outro, possui características exclusivas e reage diversamente ao tratamento penitenciário em razão da sua personalidade. Contudo, salienta Henny Goulart:

“A absoluta indeterminação pode deixar o condenado ao total arbítrio judicial ou dos administradores do presídio, de modo a prolongar demasiadamente a retenção, perpetuando o castigo e violando os direitos individuais. (...) A indeterminação relativa resguarda mais esses direitos, propiciando também relativa proteção à sociedade, pois havendo a fixação de um mínimo, pode-se tentar algum tratamento, enquanto a fixação de um máximo traz ao condenado a segurança de saber concretamente quando recobrará a liberdade, embora possa não estar apto a voltar ao convívio social.”<sup>7</sup>

A indeterminação relativa assegura a sociedade a aplicação de um tratamento, e garante ao apenado um retorno futuro à sociedade, mostrando ser o melhor caminho para realizar a individualização da pena, sendo adotado pelo nosso Código Penal brasileiro. Por meio de limites mínimos, é estabelecido um

---

<sup>6</sup> SALEILLES, Raymond, L' individualisation de la peine, 3<sup>a</sup> ed. Paris, 1927, p. 260-261. Asúa L. Jimenez. P. 69

<sup>7</sup> GOULART, Henny. Op. cit. Pag. 172

mínimo de duração para a pena, evitando abrandamentos desproporcionais, e um limite máximo, obstando excessos punitivos.

A pena, seja ela determinada ou indeterminada traz ínsita a ideia de castigo, punição e retribuição. O nascimento da indeterminação se dá nos anseios de ajuda ao delinquente, externados pelos adeptos das ideias correccionalistas, a pena é vista como um bem, um direito do infrator reclamar o tratamento devido, o qual encontrava correspondente dever Estatal, e dos demais indivíduos de propiciar-lhe o necessário para que voltasse a ser útil a si próprio e à comunidade.

Destarte, é revelada uma preocupação com o delinquente, e não ao delito, propondo sempre seu tratamento, correção e emenda, de modo mais individualizado possível.

Da maneira em que foi concebida, a pena indeterminada tinha a essência da moderna medida de segurança, a qual conserva este sentido em muitos países que obtêm bons resultados com sua execução. Aplicada como uma medida relativamente indeterminada, embora sem esta designação, consiste em um tratamento realizado em instituições especiais, adequado as particularidades de cada paciente, sujeito a todos os exames que proporcionam aos aplicadores elementos indispensáveis a uma correta individualização.

## 2.2 O MERECIMENTO E A JUSTA PENA PARA O DELITO.

As noções de merecimento e proporcionalidade sempre possuíram um papel na política da sentença, punições que são excessivamente severas em relação a gravidade da ofensa são percebidas como injustas. Isto refletiu em uma dimensão constitucional: muitas jurisdições adotam uma lei constitucional contra punições excessivamente severas.

O que é distintivo sobre as teorias modernas do merecimento, é que a noção de proporcionalidade alterou-se de uma mera questão periférica, para o centro das decisões sancionatórias.

A base da decisão do quantum de pena, é o princípio da proporcionalidade, necessitando uma severidade proporcional a gravidade da conduta criminal. Seu critério de decisão está baseado na retrospectiva, ao invés

das consequências. Destarte, os crimes serão punidos de acordo com a culpabilidade implicada e a gravidade da ofensa refletirá na repreensão da conduta.

As teorias do merecimento possuem uma ênfase no que o ofensor deveria justamente receber pelo crime, em vez de como a sua punição poderá afetar o futuro comportamento do criminoso, ou dos outros. A consequência desta filosofia, é que, o magistrado, ao invés de sopesar os efeitos das questões empíricas da prevenção do crime na sentença, poderá abordar questões em seu alcance sobre a seriedade da ofensa criminal – a gravidade da conduta típica e a culpabilidade do ofensor no seu cometimento.

### 2.2.1 AS TEORIAS DO MERECIMENTO

Tais teorias possuem uma história que percorre as leituras de Kant e Hegel, porém, suas leituras mais modernas, estão em escritas filosóficas dos anos 60 e 70. O relatório do Comitê de Estudo de Aprisionamento com o tema “Realizando a Justiça” foi um importante marco, ocasionando um incremento significativo no interesse por teorias penais, com um desenvolvimento especial orientado ao “justo merecimento” da pena nas sentenças.<sup>8</sup>

As teorias do merecimento são aquelas em que o *quantum* de punição pelos crimes, devem, pela orientação da justiça, estar proporcionada a relativa seriedade. Em termos de três questões: Porque punir? Quem punir? Quanto punir? – As teorias retributivistas, concordarão, em princípio, somente com a segunda e a terceira questões.

Para a primeira questão - Porque punir? – há três formas diferentes de responde-la pelas modernas teorias do merecimento. A primeira se dá pela ideia de Michael Moore, o qual essencialmente discorre que “aqueles que cometem crimes merecem ser punidos pela mesma razão do que aqueles que cometem infrações civis merecem pagar pelos danos”<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> HIRSCH, Andrew Von. Desert. In: Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy. Oregon: Hart Publishing, 2009. P. 102

<sup>9</sup> Idem.

Há uma fundamental conectividade intuitiva entre o crime e a punição, na mesma ordem da promissora teoria dos contratos. Os transgressores merecem sofrer, e o punitivismo como uma prática institucional não necessita maior justificação que esta.

Uma segunda aproximação, se dá pelos textos de Finnis e Davis, pela teoria da vantagem desonesta: o autor da ofensa ganha uma vantagem desonesta para com os cidadãos cumpridores da lei ao cometer a infração, e a punição restaura o equilíbrio social.<sup>10</sup>

A terceira aproximação, elaborada por von Hirsch, propõem a proporcionalidade como uma parte integral dos julgamentos realizados no dia a dia de consagração da culpa, o qual é institucionalizada no estado de punição para expressar desaprovação da conduta e seu infrator. É, portanto, uma função censuradora do punitivismo.<sup>11</sup>

A outra justificação de von Hirsch é preventiva: a instituição de punição oficial, desincentiva o cometimento de certa conduta. Para ele, a noção de censura como retribuição, é necessária, mas não revela uma justificação suficiente, pois, um elemento de difícil tratamento é necessário para a prevenção de crimes.<sup>12</sup>

O reconhecimento da necessidade de um tratamento, como parte da resposta como censura para ofensores da lei, cresce da questão do estado de punição. Nenhuma resposta definitiva será dada sem a visão da legitimação do estado autoridade. No entanto, é possível afirmar que o Estado está bem posicionado para prover a autoridade da censura dos ofensores pelos seus crimes, o que facilita a imposição da lei, pela chamada “função deslocada”, justificando um oficial estado de resposta em ordem de deslocar-se para uma injustificada ação de retaliação ou vigilância que de outra forma poderia resultar.

Outra variante interessante, está na teoria desenvolvida por Duff, o qual concorda com von Hirsch que a matriz justificadora do punitivismo reside na conveniência da censura da conduta criminal. Porém, pelo seu pensamento, a justificação comporta não apenas o simbolismo da desaprovação da conduta do

---

<sup>10</sup> HIRSCH, Andrew Von. Desert. In: Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy. Oregon: Hart Publishing, 2009. P. 102.

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Idem.

ofensor, mas também um aspecto de impor privações para o ofensor. A punição, Duff sugere, deveria ser um veículo pelo qual o ofensor possa alcançar o entendimento do que está errado. Desta forma, a sanção possui dois lados, o de “olhar para trás” e o de “olhar para a frente”.<sup>13</sup>

Em resposta à segunda pergunta – Quem punir? – as teorias do merecimento concordam que apenas aqueles que tiveram a sua conduta delituosa provada, poderão ser punidos. A limitação do punitivismo para apenas condutas provadas dos ofensores, é uma condição necessária para uma sentença justa. Ainda, um requerimento básico de culpabilidade pode ser retirado do princípio de que a lei criminal deve envolver a noção de culpa, e esta não é possível quando uma pessoa age sem a intenção de cometer o delito.

Para a terceira questão – Como punir? – a resposta é dada pelo princípio da proporcionalidade: as sentenças devem ser proporcionais na severidade da conduta criminal praticada.

Pelo princípio da proporcionalidade, devemos comparar o quão serio foi a conduta para determinado crime, com os outros crimes similares, bem como outros crimes de maior e menor seriedade. Após a sanção penal ser estabelecida, como uma instituição condenatória para resposta de atos criminosos, a sentença deverá refletir a relativa quantia de repreensão destes atos. Esta proporcionalidade pressupõe que os crimes sejam ranqueados de acordo com a seriedade de sua ofensa, determinado pelo mal causado pelo ofensor e seu grau de culpabilidade.

De modo contrário, em resposta à questão, Norval Morris e Richard Frase argumentam que o retributivismo deveria funcionar apenas como um princípio limitador, e que podemos ser mais confiantes nos julgamentos sem os requerimentos da proporcionalidade. Tão logo a punição não é merecida, e, sem outros limites da sua permissibilidade, as decisões poderão ser tomadas sem tais limites, para tentar avançar outros propósitos que poderiam ser adequados ao caso em particular. Porém, tal teoria nos revela uma dificuldade em equalizar a repreensão aos ofensores que cometem a mesma infração, uma vez que receberiam penas desiguais. Se o punitivismo envolve a culpa como principal

---

<sup>13</sup> HIRSCH, Andrew Von. Desert. In: *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. Oregon: Hart Publishing, 2009. P. 103

característica, seria completamente injusto haver tamanha divergência nas penas dos ofensores que cometeram transgressões parecidas.<sup>14</sup>

Quanto ao estabelecimento da base principiológica da proporcionalidade, Andrew Von Hirsch inicia seu estudo expondo:

“Para estabelecer uma base principiológica da teoria da proporcionalidade, o primeiro passo é estabelecer uma teoria da sentença coerente. Diversos elementos carecem de aprofundamento teórico (...). Primeiramente, cabe estabelecer por qual critério a escala da penalidade estará ancorada – isto é, como deve ser decidido o grau geral de punitivismo? A magnitude da escala de penalidade deriva da tradição e hábito de associar ofensas a uma gravidade de penas com certa severidade.<sup>15</sup>

Uma razão para manter este patamar em um nível moderado, se dá pela função primária de influenciar moralmente os cidadãos a não cometerem delitos.

Segundo, por qual critério, o sistema alcançará uma proporcionalidade adequada? As teorias do merecimento se preocuparam com os crimes convencionais, e não resta claro, onde os crimes de colarinho branco seriam acomodados. Para este desafio, “cabe desenvolver um quadro para os crimes dependendo no seu grau de efeito sobre o ‘modo de vida’ das pessoas”.<sup>16</sup>

A seriedade da ofensa criminal depende do seu grau de nocividade, e no grau de culpabilidade do seu autor. Neste caso, uma noção da qualidade de vida da vítima será um grande auxílio, uma vez que invasões em diferentes interesses podem ser comparados de acordo com o grau em que o crime afetará o modo de vida de uma pessoa, pelos meios e recursos para viver uma vida digna.

Desta forma, as forças das teorias do merecimento podem ser reconhecidas em suas bases nas concepções cotidianas de crime e punição, em suas estreitas ligações com a teoria política liberal moderna, sua insistência de que o poder do Estado esteja sujeito a limitações, em seu modelo de indivíduos

---

<sup>14</sup> HIRSCH, Andrew Von. Desert. In: *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. Oregon: Hart Publishing, 2009. P. 105

<sup>15</sup> Tradução Livre. Do original: “To establish a principled basis for desert theory is no more than the first step in fashioning a coherent theory of sentencing. Several of elements of desert theory stand in need of further exploration (...). First, by what criteria can it be assessed that a penalty scale is appropriately anchored – that is, how should its overall degree of punitiveness be decided? The magnitude of a penalty scale seems to derive from tradition and from the habit of associating offences of a certain gravity with penalties of a certain severity” Ibidem. P. 104-105.

<sup>16</sup> Tradução Livre. Do original: “it seeks to develop a framework for rating crimes according to their effect on persons “living standart”. Ibidem. P 105.

como seres autônomos, e na insistência de seus protagonistas de que os sistemas de sentença devem ter objetivos coerentes e frases previsíveis”.<sup>17</sup>

### 2.2.2 O RETRIBUTIVISMO

Já a justificação da punição no retributivismo se dá pelo simples merecimento do ofensor. Ainda, a culpabilidade moral de um ofensor, dá a sociedade o dever de punir, se revelando uma teoria de justiça, onde, se está provado, temos a obrigação de preparar as instituições para alcançarmos a retribuição. Desta feita, Andrew von Hirsch descreve:

“Retributivismo, assim construído, junta-se a teorias de justiça corretiva de crimes, teorias de direito naturais e propriedades promissórias de contratos como alternativas deontológicas a justificativas utilitárias; em cada caso, as instituições de punição, indenização, propriedade e contrato são justificadas pela justiça de equidade da instituição em questão e não pelas boas consequências que essas instituições podem gerar.”<sup>18</sup>

Ao analisar tal fato, Michael S Moore chega à conclusão de que:

“Uma vez que a natureza deontológica do retributivismo é plenamente apreciada, é normal concluir que tal visão não pode ser justificada. Ou você acredita que o castigo é inerentemente correto, ou você não acredita, e é tudo o que há para ser dito sobre isso”<sup>19</sup>

Em um sistema perfeito de coerência moral, o princípio retributivista, seria justificado por duas formas segundo Michael: a) “mostrando como se segue um princípio ainda mais geral de justiça que pensamos ser verdade”<sup>20</sup> ou b)

---

<sup>17</sup> HIRSCH, Andrew Von. Desert. In: *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. Oregon: Hart Publishing, 2009. P.107

<sup>18</sup> Tradução livre. Do original: “Retributivism, so construed, joins corrective justice theories of torts, natural right theories of property, and promissory theories of contract as deontological alternatives to utilitarian justifications; in each case, the institutions of punishment, tortn compensation, property, and contract are justified by the rightness of fairness of the institution in question, not by the good consequences such institutions may generate.” MOORE. Michael S. *The Moral Worth of Retribution*. In: HIRSCH, Andrew Von. *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. Oregon: Hart Publishing, 2009. P. 110

<sup>19</sup> Tradução livre. Do original: “once the deontological nature of retributivism is fully appreciated, it is often concluded that such a view cannot be justified. You either believe punishment to be ineherently right, or you do not, and that is all tere is to be said about it.” Idem. P.110

<sup>20</sup> Tradução livre. Do original: “by showing how it follows from some yet more general principle of justice that we think to be true.” Ibidem. P. 111

“alternativamente, podemos justificar um princípio moral, mostrando que ele é o melhor para aqueles dos nossos julgamentos mais particulares que também acreditamos ser verdadeiros<sup>21</sup>

A maioria das pessoas reagem com um julgamento intuitivo de que a punição é garantida. Muitas, porém, adicionarão rapidamente, que o necessário para um julgamento intuitivo seria a necessidade de detenção, ou a incapacitação de uma pessoa tão perigosa, ou ainda a indispensabilidade de reforma da pessoa. Esta visão sobre um julgamento retributivo particular, que contradiz julgamentos de merecimento morais amplamente aceitos, advém de diversas explicações.

Primeiramente, há uma popular aceitação da crença de que a punição por si só não faz bem, uma vez que não se poderia desfazer o crime realizado. Isto nos revela a reiteração da ideia consequencialista, de que apenas um bem futuro alcançado pela punição poderia justificar tal prática. Uma segunda suspeita popular sobre julgamentos retributivos, é de que se pressupõem um objetivismo indefensável sobre a moral. Isto não existe na culpabilidade ou merecimento, e mesmo se existisse, nunca saberíamos quem estaria merecendo.

### 2.2.3 A CENSURA E O MERECIMENTO.

Quanto ao relacionamento entre a censura e o merecimento penal, com uma ênfase nas características comunicativas, constata-se que a punição consiste na imposição ou privação a alguém, pois ele supostamente praticou uma conduta errada, em circunstâncias e maneiras que convém uma desaprovação sobre ele, pelo injusto provocado.

Uma sanção que situa uma conduta como errada possui duas funções morais principais: a) reconhecer a importância dos direitos que foram infringidos; b) vestir o agressor como um agente moral, apelando pelo seu senso do certo ou errado.

---

<sup>21</sup> Tradução livre. Do original: “alternatively, we can justify a moral principle by showing that it best accounts for those of our more particular judgments that we also believe to be true.” MOORE, Michael S. The Moral Worth of Retribution. In: HIRSCH, Andrew Von. Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy. Oregon: Hart Publishing, 2009. P. 111

Todo ator humano, pela sua perspectiva comunicativa, deve ser tratado como um agente moral, possuindo a capacidade de realizar um juízo de valor sobre sua conduta. A resposta pelo ato criminoso que convém em culpa, dá ao indivíduo a oportunidade de responder em maneiras típicas daqueles agentes capazes de realizar uma deliberação moral: reconhecer o ato errôneo, sentir remorso, realizar esforços de desistir das condutas no futuro, ou dar razões para que a conduta não deveria ser considerada errada. Uma sanção puramente neutra, sem juízo de culpa iria negar o status moral do agente, tratando os ofensores como bestas em um circo – incapazes de compreender que a conduta é errada.

A dependência desta ideia de censura nos ajuda a compreender e remover o mistério dos julgamentos de pena merecida: “censura e culpa envolve julgamentos morais diários usados em um amplo contexto social, em que uma punição é apenas uma”.<sup>22</sup> Conjuntamente, nos auxilia a endereçar outra objeção tradicionalmente levantada contra as teorias retributivistas – “o olho por olho”. Uma vez posta que esta não é a ideia principal, não é necessário um sofrimento por igual ao causado, mas sim, que a punição deve ser proporcional a seriedade da conduta criminal praticada.

Por fim, uma última pergunta é posta na medida em que se a sanção criminal serve para prevenir o crime e a censura, como isso é consistente ao tratar os infratores e potenciais infratores como agentes morais? Para a questão, Andrew Von Hirsch argumenta que:

“O tratamento severo na punição, em minha opinião, serve como uma razão prudencial para a obediência àqueles insuficientemente motivados pelo apelo moral da censura penal. Mas isso deve complementar, em vez de substituir as razões normativas para desistir do crime transmitido pela censura penal.”<sup>23</sup>

A lei dirige-se a nós, não como agentes perfeitamente morais e nem como bestas que só podem ser coagidas através de ameaças, mas sim, como agentes

---

<sup>22</sup> Tradução livre. Do original: “Censure or blaming involves everyday moral judgements used in a wide variety of social contexts, of which punishment is just one.” HIRSCH, Andrew Von. *Proportionate Sentences: a Desert Perspective*. In: *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. Oregon: Hart Publishing, 2009. P. 117

<sup>23</sup> Tradução livre. Do original: “The hard-treatment in punishment, in my view, serves as a prudential reason for obedience to those insufficiently motivated by the penal censure’s moral appeal. But this should supplement rather than replace the normative reasons for desisting from crime conveyed by penal censure.” *Ibidem*. P. 117-118.

morais falíveis, que necessitam de um suplemento prudencial para resistirmos à tentação criminosa.

No entanto, é preciso ter em mente que sua aplicação necessita uma moderação em seus níveis gerais de punição. Quanto mais severo for um sistema de penalidades, menos plausível se torna verifica-lo como um incorporador da moral, e mais fácil se torna identifica-lo como um sistema de ameaças nulas.

### 3 OS ESPAÇOS DE DISCRICIONARIEDADE NA DOSIMETRIA DA PENA BRASILEIRA.

Para colocar em prática os princípios da individualização, previsto no artigo 5º XLVI da Constituição de 1988<sup>24</sup>, e da proporcionalidade, o sistema penal brasileiro, utilizando a indeterminação relativa da pena, empregou dois métodos distintos a fim de gerar espaços ao julgador na realização da dosimetria da pena: o bifásico, atribuído a Roberto Lyra, e o trifásico, de Nelson Hungria. Conforme o próprio nome já expõe, no método bifásico, a dosimetria da pena é realizada em apenas dois momentos, enquanto no método trifásico é realizada em três momentos distintos.

#### 3.1 O MÉTODO BIFÁSICO

O método bifásico consistia em realizar uma ponderação da pena-base conjuntamente com as circunstâncias agravantes e atenuantes, por este motivo, a fixação da pena-base englobava a culpabilidade, os motivos e circunstâncias do crime, o comportamento da vítima, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como as agravantes e atenuantes do delito como critérios da primeira etapa. Após, na segunda etapa do procedimento, o Magistrado analisaria e aplicaria eventuais causas de diminuição ou aumento de pena. Guilherme de Souza Nucci expõe a visão de seus defensores:

“Segundo os defensores desse critério, o motivo para aplicá-lo consistiria no fato de que as circunstâncias judiciais e legais são coincidentes e, por conseguinte, não haveria razão para separá-las, sendo mais adequada uma visão panorâmica de tais circunstâncias, até mesmo porque a lei não estabelece parâmetros quantitativos para as atenuantes e agravantes”<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Art. 5º, XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro 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 05 de agosto de 2017.

<sup>25</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 1 ed. São Paulo: RT, 2005. p. 181.

Este sistema foi objeto de críticas, pois o quantum acrescido ou diminuído da pena-base pelas agravantes e atenuantes restava desconhecido, bem como havia a possibilidade de as circunstâncias legais poderem ser sobrepostas pelas circunstâncias judiciais, prejudicando assim, o direito à ampla defesa do réu, não sendo possível conhecer e refutar o raciocínio utilizado pelo magistrado ao dosar a pena.

### 3.2 O SISTEMA TRIFÁSICO.

Visando dar maior clareza para a aplicação da pena, a reforma da Parte Geral de 1984, substituiu o modelo bifásico pelo modelo trifásico, o qual está expressamente previsto no artigo 68, caput, do Código Penal:

“Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”<sup>26</sup>

De acordo com o método trifásico, primeiramente o magistrado deverá estabelecer a pena base, fixando-a pelos critérios definidos no artigo 59 do Código Penal, de forma a atender à culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, as consequências do crime e por fim, o comportamento da vítima, de forma necessária e suficiente para a reprovação da conduta e prevenção de novos delitos.

Em seguida, durante a segunda fase, o julgador, considerará as circunstâncias agravantes, e atenuantes, não podendo exceder os limites máximos e mínimos dos estabelecidos para a pena-base pelo legislador.

Por último, na terceira fase, o magistrado procederá com a aplicação de eventuais causas de aumento ou diminuição da pena, previstos em diversos locais do Código Penal, nas partes Geral e Especial. Como estas causas estão fixadas em um quantum pré-estabelecido pelo legislador, a pena do réu poderá

---

<sup>26</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Código Penal da República Federativa do Brasil, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 01 de agosto de 2017.

aumentar ou diminuir para além do limite legal estabelecido para a pena-base do delito.

O sistema trifásico é elogiado, pois possibilita uma melhor compreensão da fixação da pena, consagrando os princípios da ampla defesa e contraditório, os quais garantem ao condenado, saber quais as condições e circunstâncias utilizadas para o quantum de sua pena, de forma precisa e clara, propiciando uma melhor compreensão do raciocínio utilizado pelo magistrado.

Passaremos agora a um exame mais detalhado das três fases de fixação da pena propostos por Nelson Hungria, e adotados pela atual legislação penal.

### 3.3A FIXAÇÃO DA PENA BASE (PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA)

A fixação da pena base tem por escopo determinar a quantidade de pena fixada pelo magistrado, dentro dos limites mínimos e máximos estabelecidos pelo legislador, de acordo com o tipo penal incidente ao caso concreto. Seu fundamento encontra-se descrito no artigo 59 do Código Penal:

“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...)”<sup>27</sup>

Tais elementos são denominados circunstâncias judiciais, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identifica-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente. Elas constituem apenas uma diretriz, traçam um roteiro e critérios de orientação, indicando o caminho a ser seguido para a adequação da pena ao fato e ao delinquente.

Contemplando as circunstâncias, o magistrado efetuará um juízo de reprovação tendo em vista a finalidade de uma pena suficiente à reprovação da conduta e preventiva de novas condutas delituosas, considerando que, quanto mais favorável sejam as circunstâncias, mais a pena tenderá a fixar-se no

---

<sup>27</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Código Penal da República Federativa do Brasil, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 01 de agosto de 2017.

mínimo legal, bem como quanto mais desfavoráveis, mais propensa estará de aproximar-se do máximo legal.

É importante salientar que estas circunstâncias previstas no caput do artigo 59 do Código Penal, possuem caráter residual, devendo ser analisadas na primeira fase, salvo se não constituírem circunstância específica prevista em lei, no tipo penal violado.

### 3.3.1 CULPABILIDADE

A culpabilidade é o eixo sobre o qual se assentam os sistemas penais modernos.<sup>28</sup> Ela nos impõe a responsabilidade de ser entendida em um sentido amplo como circunstância judicial, consistindo na reprovação social que o fato delituoso e seu autor “fazem jus”, atuando como um limitador da pena, e não como elemento do conceito analítico de crime.<sup>29</sup>

Desta forma, caracteriza-se pelo balizador máximo da sanção aplicável, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade. Conforme expõe Bitencourt:

“Na verdade, impõe-se que se examine aqui a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade da conduta praticada, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de outra conduta.”<sup>30</sup>

Outro aspecto descrito para a culpabilidade do artigo 59, é a de que sua formação é realizada por um conjunto de todos os demais elementos presentes no tipo tanto para as teorias do delito como para as teorias da pena.

Na aplicação da pena, especificamente, na análise da circunstância judicial específica, o enfoque da culpabilidade está na verificação de: (a) qual a extensão da imputabilidade; (b) qual o nível de consciência da ilicitude; e (c) qual a medida de exigibilidade de outra conduta.

---

<sup>28</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Das Penas e seus Critérios de Aplicação, 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. P. 163

<sup>29</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 188.

<sup>30</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 1685

### 3.3.2 ANTECEDENTES

Os antecedentes dizem respeito ao histórico do condenado em matéria criminal, ou seja, aos eventuais acontecimentos anteriores ao fato criminoso que estejam constantes em sua folha de antecedentes criminais, indicando a maior ou menor afinidade do réu com a prática delituosa. Conforme a doutrina de José Boschi:

“A palavra antecedente designa tudo o que antecede, isto é, que está antes, e, em direito penal, permite conhecer a *vita ante acta* do acusado, ou seja, a sua *folha corrida* certificada por servidor judiciário, com base nas informações cartorárias.”<sup>31</sup>

Por um longo período, os tribunais aceitavam meros registros de ocorrência ou inquéritos policiais, processos judiciais em andamento, ou encerrados por sentença, mesmo que absolutórias ou extintivas da punibilidade como desabonadoras de antecedentes. Esta posição foi criticada por Boschi e Carvalho, por ir contra o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, da CF), sendo o caminho utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para a Súmula 444.<sup>32</sup>

Assim, não havendo sentença estabilizada pela coisa julgada, mesmo havendo registros criminais, o réu é tecnicamente primário e de bons antecedentes. Caso contrário, se houver trânsito em julgado, deverá ser realizada uma segunda análise referente ao tempo deste acontecimento, pois, se anterior à data do fato, o réu possuirá reincidência, já se posterior, haverá maus antecedentes. Somente se houver diversas condenações, anteriores e posteriores, haverá a valoração negativa nos dois aspectos.

Quanto a graduação, deve ser levado em consideração, na sentença, o número de infrações pretéritas. “Quanto maior o número de condenações, maior,

---

<sup>31</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit. P. 167

<sup>32</sup> Brasil, Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 444: “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27444%27\).sub.>](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27444%27).sub.>) Acesso em 18 de setembro de 2017.

naturalmente, haverá de ser a censura a título de pena-base, haja vista a maior intensidade do juízo de desvalor sobre os antecedentes”.<sup>33</sup>

Por fim, cabe ressaltar que a valoração negativa dos antecedentes, ao contrário da reincidência, não está limitada temporalmente em lei, porém, o Superior Tribunal de Justiça e grande parte da doutrina entendem que, por similitude lógica, aplica-se o período de cinco anos para a prescrição do artigo 64 do Código Penal.

### 3.3.3 CONDUTA SOCIAL

Conforme a doutrina de Salo de Carvalho, a análise da conduta social está vinculada ao seu modo de ser na família e em comunidade. Assim, caberia ao julgador estabelecer maior ou menor censura penal conforme a adaptabilidade ou o desajuste social do réu, seu estilo de vida, junto à comunidade.<sup>34</sup>

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci, leciona que é fundamental a análise da inserção social do condenado. Incumbe considerar as situações sociais nas quais ele se insere como hipóteses ensejadoras de graduação da pena, averiguando, por exemplo, se vivia em uma situação financeira de pobreza.<sup>35</sup>

Para sua aferição, bastam notícias transmitidas pelas testemunhas, pois como há o compromisso de falar a verdade, às partes é assegurada a formulação de perguntas, podendo realizar-se a contraprova.

O problema sobre a conduta social, é que os dados de análise sugeridos são fundados em premissas morais. Paulo Queiroz disserta que “é difícil compatibilizar o exame da conduta social do apenado com a perspectiva de um direito penal do fato, já que o condenado deve responde penalmente pelo que fez e não pelo que é.”<sup>36</sup> Porém, salienta que o juiz não poderá ignorar o contexto social em que o acusado está inserido e as possibilidades de comportamento e de inserção no meio, sob pena de julgar um estereótipo.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit. P. 168.

<sup>34</sup> CARVALHO, Salo de. O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2010. P. 364

<sup>35</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. P. 201-203

<sup>36</sup> QUEIROZ, Paulo. A Justificativa do Direito de Punir na Obra de Luigi Ferrajoli. In: Santos, Rogério Dutra (Org.). Introdução Crítica ao Estado do Sistema Penal. Florianópolis: Editora Diploma Legal, 1999. P. 395.

<sup>37</sup> Idem.

Logicamente, a condição e a posição social da pessoa processada devem ser analisadas demonstrando que, de alguma forma, os dados inseridos no julgamento têm relação ou influência na prática delitiva.

### 3.3.4 PERSONALIDADE

Consiste em um conjunto de elementos inerentes a pessoa do agente, construídas pela experiência no meio ambiente em que está inserido, e herdadas geneticamente, traduzindo-se no modo de ser do agente. Ao cometer um delito, caso o agente tenha agido por força de um caráter negativo de sua personalidade, a mesma deve ensejar um aumento de pena, desde que comprovada o seu nexo de causalidade.<sup>38</sup>

Conforme os ensinamentos de Aníbal Bruno:

“O juiz, partindo de seu bom senso, poderá determinar se o crime foi expressão da íntima inclinação do agente para o delito ou simples acontecer acidental na sua existência, o que irá influir no grau da pena a ser aplicada.”<sup>39</sup>

Na análise da personalidade, é verificada a sua boa ou má-índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social e a presença ou não de eventuais desvios de caráter, de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental ou não na vida do réu, aumentando ou diminuindo a reprovabilidade da conduta.

O problema na valoração da personalidade, surge pela ausência de precisão conceitual e carência de uma metodologia de análise. Segundo Boschi:

“Definir a personalidade não é algo tão simples como pode parecer, sendo especialmente ao juiz muito tormentosa a questão, seja porque ele não domina conteúdos da psicologia, antropologia ou psiquiatria, seja porque possui, como todo indivíduo, atributos próprios de sua personalidade. Por isso, constata-se, que a valoração da personalidade do acusado, nas sentenças criminais é quase sempre precária, imprecisa, incompleta (...)”<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. P. 208-209.

<sup>39</sup> BRUNO, Aníbal. Das Penas. 4 ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 94-95.

<sup>40</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit. P. 211

Desta forma, é fundamental que a valoração judicial seja precedida de uma justificação convincente e adequadamente orientada, sob pena de serem obstaculizados o contraditório e a ampla defesa.

### 3.3.5 MOTIVOS DO CRIME

Consistem em fatores psíquicos que levaram o agente a praticar o fato delituoso, uma vez que não há ação ou omissão humana consciente destituída de finalidades. Segundo Nucci “o motivo é o fator qualificativo da vontade humana, fornecendo o colorido indispensável à compreensão de qualquer conduta: existiu por quê? Para quê?”<sup>41</sup>

Todo o delito possui alguma motivação, pois ninguém age apenas por agir, ao não ser em caso de ato reflexo, e desta feita, se os aspectos que levaram ao delito são negativos, a pena deverá ser aumentada, enquanto que, se o motivo for nobre, a sua pena será diminuída.

Cabe salientar que, quando os motivos forem também qualificadoras, agravantes, atenuantes ou causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, jamais poderão influir no processo de valoração das circunstâncias judiciais, em nome do princípio que proíbe a dupla valoração da mesma circunstância.

### 3.3.6 CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME

É um elemento objetivo, e refere-se aos aspectos exteriores do fato criminoso, informando questões acerca do tempo, do local e do modo de execução do delito. Complementa Salo de Carvalho que para além das questões próprias, é relevante para determinar, por exemplo, a razoabilidade no uso dos meios; os distintos níveis de autoria e participação no concurso de agentes; a forma de violação do dever de cuidado objetivo nos crimes culposos e omissivos impróprios; a extensão da execução na tentativa dentre outras.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. P. 219

<sup>42</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit. P. 377

Ainda, esta circunstância incidirá apenas em caráter residual, e por esta forma, não terá aplicabilidade para atenuar a pena, tendo em vista que as circunstâncias favoráveis devem ser aceitas como atenuantes genéricas, conforme nos indica o artigo 66 do Código Penal: “Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”<sup>43</sup>

Nessas condições, portanto, o magistrado não as considerará na pena-base, pois as circunstâncias legais, embora o Código Penal não o diga expressamente “são superiores em hierarquia às circunstâncias judiciais”.<sup>44</sup> Não fosse assim, resultaria em violação a regra do *ne bis in idem*.

### 3.3.7 CONSEQUÊNCIAS DO CRIME:

Sumariza-se nos efeitos decorrentes do delito, como o exaurimento, em prejuízo da vítima, de seus familiares ou da sociedade, de natureza pessoal, moral, afetiva, patrimonial, social ou política, como “o sofrimento material e moral da vítima ou de seus dependentes em crimes violentos, [...]”<sup>45</sup>

Sobre o tema, Boschi salienta que as causas analisadas são aquelas independentes, que se desdobram para além do resultado lesivo:

“Certo é que os resultados das condutas humanas tipificadas penalmente, para poderem ser valorados negativamente como circunstância judicial, devem ser estranhos aos elementos que compõem a figura típica simples ou qualificada e às causas legais de modificação da pena”.<sup>46</sup>

Isto pois, caso contrário, os resultados ou consequências da infração autorizariam maior exasperação das penas-base respectivas, em nítido desrespeito ao princípio do *ne bis in idem*.

---

<sup>43</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Código Penal da República Federativa do Brasil, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 01 de agosto de 2017.

<sup>44</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit. P. 177

<sup>45</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 2 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 567

<sup>46</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit. P. 177

Portanto, as consequências suscetíveis de apreciação nesta fase, são as situadas para além da tipicidade sem ligação com as circunstâncias agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes, como por exemplo, a prole deixada sem assistência por vítima de assassinato e elevados custos suportados pela vítima com tratamento médico.

### 3.3.8 COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

Consiste em analisar se a vítima concorreu para a prática do delito de algum modo. Preceitua Juarez Cirino dos Santos que há três possibilidades para a vítima se comportar:

“A contribuição da vítima para o delito pode não existir, em casos de vítimas inocentes; pode ser parcial, em casos de ingenuidade da vítima em crimes sexuais ou de descuido em crimes patrimoniais, por exemplo; pode ser equivalente à contribuição do agente, como quando há provocação em crimes violentos; e, por fim, poderá ser total no caso de legítima defesa, exemplificativamente”<sup>47</sup>

No tocante as consequências resultantes do comportamento da vítima Nucci expõe que:

“Se a contribuição da vítima for total ou equivalente, poderá ensejar a absolvição do agente; se parcial, o juiz deverá atenuar a pena; e, por fim, se a vítima não contribuiu de modo algum para o delito, ou seja, era totalmente inocente, o magistrado deve analisar a possibilidade de aumentar a pena”<sup>48</sup>

Assim, é válido minorar a resposta penal se o comportamento da vítima resultar em fator de estímulo a prática delitativa, uma vez que, efetivamente, quando a vítima instiga, provoca ou estimula a animosidade, ela, intencionalmente ou não, acaba contribuindo por enfraquecer a disposição do agente de viver em conformidade as normas jurídicas, revelando que o comportamento da vítima guarda intensa proximidade com o elemento da culpabilidade da exigibilidade de conduta diversa.

---

<sup>47</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Op. cit. P. 568

<sup>48</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. P. 229-230.

### 3.4 SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA: AGRAVANTES E ATENUANTES.

Nesta fase, incidem sobre a pena fixada na pena-base as agravantes e atenuantes, que são assim denominadas, pela sua previsão na Parte Geral do Código Penal, e, portanto, aplicável a todos os delitos. Tais circunstâncias são de aplicação obrigatória, de natureza subjetiva e objetiva, que podem aumentar ou diminuir o *quantum* da pena.

Nesta seara, haja vista que o Código Penal se omitiu em determinar o *quantum* a ser fixado, o que poderia ensejar aplicações aleatórias e ineficazes, Guilherme de Souza Nucci disserta que um sexto da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento e de diminuição) seria a medida ideal para o *quantum* de incidência dessas circunstâncias.<sup>49</sup> Por outro lado, Luiz Regis Prado entende que a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, assim entendidas aquelas que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência<sup>50</sup>

Conforme a doutrina pacificada, circunstâncias atenuantes não poderão diminuir a pena para além do mínimo previsto em lei, bem como as agravantes não são capazes de aumentar a pena-base que for fixada no máximo legal, tendo em vista não constituírem estruturas típicas, que resultariam em interferência judicial na esfera legislativa.

Neste sentido, a jurisprudência brasileira firmou o entendimento de que o cálculo realizado na segunda fase da dosimetria deve respeitar os limites máximo e mínimo do preceito secundário do tipo, conforme o enunciado na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.<sup>51</sup>

Ainda, o juiz não poderá facultar a observância do disciplinado no artigo 67 do Código Penal, o qual determina que:

“Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes,

---

<sup>49</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 230

<sup>50</sup> REGIS PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral - arts. 1º a 120*. 7 ed. São Paulo: RT, 2007. p. 651-652

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Súmula 231 - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (Súmula 231, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/1999, DJ 15/10/1999)

entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.”<sup>52</sup>

Assim, quando existir agravantes e atenuantes em concurso, o juiz poderá considera-las separadamente ou compensar uma pela outra, salvo quando qualquer delas for preponderante, pois neste caso, a pena deve aproximar-se do limite indicado pela circunstância que preponderou.

### 3.4.1 CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES

São hipóteses taxativamente elencadas nos artigos 61 e 62 do Código Penal, e reveladoras de particular culpabilidade do agente, aumentando a reprovação que a ordem jurídica faz pesar sobre ele, em razão de seu crime.

Tais circunstâncias sempre agravam a pena, desde que não constituam uma elementar do tipo penal ou qualificadora, pois caso aplicado, decorreria o *bis in idem* da conduta, o que é vedado pela legislação pátria.

Com exceção da agravante da reincidência, que pode incidir tanto sobre delitos dolosos como culposos, as restantes somente poderão incidir nas condutas dolosas, tendo em visto a ausência de nexos entre uma punição mais grave, sem que haja o dolo, a intenção, de produzir o resultado. Por fim, insta salientar que as agravantes incidirão somente se o agente tiver conhecimento acerca da sua existência no caso concreto.

De acordo com o artigo 61 e 62 do Código Penal, são agravantes as enumeradas a seguir:

#### 3.4.1.1 A REINCIDÊNCIA

Anteriormente a metade do século XVIII, não era admitida, pois a finalidade da pena era puramente retributiva, devendo assim, resguardar uma estrita relação com o delito praticado, desprezando condutas anteriores.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Código Penal da República Federativa do Brasil, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 01 de agosto de 2017.

<sup>53</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 233.

Com a integração da finalidade preventiva à sanção penal, a reincidência passou a ser um elemento agravante da pena, demonstrando assim, que a sanção anterior foi insuficiente, justificando uma pena mais severa para o réu. Desta forma, a reincidência possui características de subjetividade e de personalidade, uma vez que se relaciona exclusivamente com a pessoa do agente, e não ao fato criminoso.

A definição da reincidência é realizada pelo artigo 63 do Código Penal:

“Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”<sup>54</sup>

Novamente, destaca-se que o agente só poderá ser considerado reincidente, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória por prática de delito anterior, não podendo o inquérito policial ser utilizado para tal fim, conforme a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça.<sup>55</sup>

Quanto as contravenções penais, a mesma diferencia-se do crime, e, portanto, não pode ser considerada para efeitos de reincidência, porém, no caso do cometimento de outra infração de contravenção, a mesma valerá como reincidência, pelo preceito do art. 7º da Lei de Contravenções Penais. Neste sentido, leciona Nucci:

“Também se admite, por força do art. 7º da Lei de Contravenções Penais, a reincidência na hipótese de cometimento de contravenção penal após a prática anterior de contravenção penal ou crime, não se admitindo a reincidência quando a conduta anterior consistir em contravenção penal e a posterior em crime em razão de inexistir previsão legal nesse sentido”<sup>56</sup>

Segue-se então que o autor de crime não será reincidente se o objeto da condenação anterior for uma contravenção penal, pois, na dicção do artigo 63 do Código Penal, o pressuposto para a reincidência é prévia condenação em definitivo por um crime.

---

<sup>54</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Código Penal da República Federativa do Brasil, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 01 de agosto de 2017.

<sup>55</sup> BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Súmula 444 - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. (Súmula 444, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)

<sup>56</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 233-234.

Ainda, os efeitos da reincidência não são eternos. Declara o artigo 64 do Código Penal:

“Art. 64 - Para efeito de reincidência:

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

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.”<sup>57</sup>

Portanto, o lapso temporal limite para considerar-se a aplicação da reincidência, é de 5 (cinco) anos após o trânsito em julgado, bem como os crimes militares e políticos não tem o condão para ensejar a reincidência.

Passado o período de 5 (cinco) anos da condenação transitada em julgado, o réu volta a ser primário, contudo, os delitos anteriores continuarão sendo considerados como maus antecedentes, não havendo ofensa ao princípio da presunção de inocência neste caso.

Ao aplicar a circunstância agravante da reincidência, o magistrado, durante a fundamentação da pena, possui o dever de especificar qual será a condenação anterior que considerará para a existência da reincidência. Este dever decorre da finalidade de se evitar o *bis in idem* na aplicação de condenações anteriores durante a aplicação da circunstância judicial de maus antecedentes e da reincidência. Enfatiza-se que nada impede a dupla ponderação de maus antecedentes e a reincidência, porém, a fundamentação em condenações anteriores utilizadas para cada um deverá ser distinta.

#### 3.4.1.2 MOTIVO FÚTIL

Por motivo fútil há que se entender o desproporcional, o insignificante, revelador da insensibilidade moral do autor, como, por exemplo, o decorrente de discussão pueril sobre a mera desconfiança da infidelidade da esposa.<sup>58</sup> Segundo a doutrina de Aníbal Bruno:

---

<sup>57</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Código Penal da República Federativa do Brasil, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 01 de agosto de 2017.

<sup>58</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit. P. 208

“É o motivo em que não se pode encontrar razão suficiente para o comportamento criminoso do sujeito. É pequeno demais para explicá-lo. O ato do agente é estranhamente desproporcionado em relação à causa que o provocou”<sup>59</sup>

Assim, se o sentido da conduta indicar falta de paridade e de adequação entre o crime e o motivo gerador, será possível agravar a pena no momento em que for demonstrado o dado empírico irrelevante conectado ao delito como elemento impulsionador.

Importante diferenciá-lo do motivo torpe, que se demonstra repugnante, vil, conforme explica Aníbal Bruno:

“Motivo abjeto, aquele que repugna ao sentimento ético elementar e assim justificadamente desperta a mais veemente reprovção da consciência comum, fundamentando a agravação da pena”<sup>60</sup>

Ao contrário da futilidade, a avaliação da torpeza leva em conta os padrões predominantes na sociedade.

Novamente, cabe ressaltar que, se utilizadas com a finalidade de agravar a pena, os motivos fúteis ou torpes não podem ser utilizados na análise das circunstâncias judiciais durante a fixação da pena-base, bem como não serão aplicados, caso o motivo constitua elementar, qualificadora ou causa de aumento do delito.

#### 3.4.1.3 FACILITAÇÃO OU ASSEGURAÇÃO DA EXECUÇÃO, OCULTAÇÃO, IMPUNIDADE OU VANTAGEM DE OUTRO CRIME

Esta agravante visa aumentar a pena do agente que facilita ou assegura a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro delito, se revelando um motivo torpe específico, com intensa degradação moral do agente.

Ela pressupõe um crime anterior concomitante ou posterior àquele cuja pena-base deverá ser acrescida pelas finalidades apontadas. Boschi expõe que

---

<sup>59</sup> BRUNO, Aníbal. Op. cit. p. 109.

<sup>60</sup> Ibidem. P. 107.

“há, pois, entre os fatos, relação de conexidade, de modo que um se apresentará ao juiz como fim e o outro, como crime-meio”.<sup>61</sup>

A agravante não incide no apenamento dos crimes complexos, formais e continuados, pois, em todos, há unidade de delitos por ficção da lei. É também inadmissível sua aplicação no concurso de crimes, quando a agravante for reconhecida como elementar de algum deles, como no exemplo da receptação, em que para configurar-se crime, há dependência de que a coisa seja produto de crime e que disso tenha conhecimento o receptor.

#### 3.4.1.4 A TRAIÇÃO, A EMBOSCADA, A DISSIMULAÇÃO OU OUTRO RECURSO QUE DIFICULTOU OU TORNOU IMPOSSÍVEL A DEFESA DO OFENDIDO

São situações em que o modo de agir se revela merecedor de uma maior reprovação, pois reduzem ou mesmo impedem que a vítima se defenda. Os conceitos são sintetizados por Fragoso:

“A traição caracteriza-se pela perfídia e pela deslealdade (...). Há emboscada quando o agente aguarda, por determinado lapso de tempo, a vinda da vítima ao lugar por onde deve passar. Há dissimulação quando o agente oculta o propósito hostil”.<sup>62</sup>

Importante perceber, a existência de alguns elementos unificadores destas formas de realização do delito. Além do agir inesperado ou desleal, que por si só dificultam ou tornam impossível a defesa da vítima, existe o fator premeditação. Estes elementos são fundamentais para a compreensão da segunda parte do dispositivo, que permite a inclusão de outros recursos que tenham o mesmo efeito de dificultar ou tornar impossível a defesa do ofendido. Boschi descreve que:

“O ‘outro recurso’ a que se refere o texto legal só pode ser aquele que, como a traição, a emboscada ou a dissimulação, tenha caráter insidioso, aleivoso, sub-reptício, como acontece no caso em que a

---

<sup>61</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit. P. 209

<sup>62</sup> FRAGOSO. Ciência e Experiência do Direito Penal. In: Lições de Direito Penal. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 421.

vítima é colhida de surpresa, podendo sê-lo à traição ou mesmo dissimuladamente.”<sup>63</sup>

Por fim, entende a jurisprudência, a não existência da agravante da surpresa sempre que o fato for precedido de discussão, ameaças recíprocas, existirem conflitos anteriores entre ambos, a sugerirem maior prevenção.

#### 3.4.1.5 EMPREGO DE VENENO, FOGO, EXPLOSIVO, TORTURA OU OUTRO MEIO INSIDIOSO OU CRUEL, O QUE POSSA RESULTAR EM PERIGO COMUM

Esta agravante relaciona-se aos meios de execução, resultando em aumento da pena provisória o emprego de meios que causem especial sofrimento à vítima e que têm a potencialidade de gerar danos a terceiros.

São estabelecidos três gêneros e quatro espécies como meios de execução. O primeiro gênero é o meio insidioso, que revela uma verdadeira traição, cuja espécie é o emprego de veneno. O segundo é o meio cruel, que impõe à vítima sofrimento desnecessário para alcançar o resultado típico, como espécies desse meio têm-se a tortura, o fogo e o veneno causador de dores. O terceiro se refere ao perigo comum, o qual fundamenta-se em colocar em risco, um número indeterminado de pessoas e como espécies, podem ser citadas o fogo e o veneno.<sup>64</sup>

No enquadramento de “outro meio insidioso”, autorizado como agravante, há de ser ter em mente os meios equiparáveis e potencialmente contidos nas expressões veneno, fogo, explosivo e tortura.

#### 3.4.1.6 VÍTIMA ASCENDENTE, DESCENDENTE, IRMÃO OU CÔNJUGE

Baseia-se no maior grau de reprovabilidade pela insensibilidade moral do agente, pautada em uma relação familiar de respeito e consideração mútuas.

---

<sup>63</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit. P. 212.

<sup>64</sup> BRUNO, Aníbal. Op. cit. P. 253-254.

A agravante em questão tem por fim a proteção das relações de confiança, solidariedade, fraternidade, respeito e apoio mútuo, valores que presidem a vida em família, a célula *mater* da sociedade.<sup>65</sup>

A lei não limita os graus entre os ascendentes e os descendentes. Porém, ela não incide em relações de afinidade, e de união estável.

#### 3.4.1.7 ABUSO DE AUTORIDADE OU PREVALÊNCIA DE RELAÇÕES DOMÉSTICAS, DE COABITAÇÃO OU HOSPITALIDADE OU COM VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Ampara-se no recrudescimento da pena pela violação da confiança e solidariedade que existe entre tais pessoas. O abuso de autoridade está inserido nas relações de direito privado, nas quais existe um vínculo de dependência entre o agente e a vítima, como ocorre entre o tutor e o tutelado, curador e curatelado. Já as relações domésticas são aquelas que se estabelecem entre pessoas participantes de um mesmo círculo familiar, podendo haver parentesco ou não.

A coabitação refere-se ao viver em um mesmo lugar, enquanto que hospitalidade remonta à estadia provisória na casa de alguém, sendo aplicados em crimes praticados neste contexto. Sobre o tema, Boschi descreve que:

“A agravante não exige um relacionamento íntimo entre o agente e a vítima e nem demorada permanência no local, bastando que a presença do infrator tenha nascido de relações de cortesia social do prejudicado.”<sup>66</sup>

A parte final do dispositivo – ou com violência contra a mulher - incluído pela Lei 12.440/2006, na prática, em pouco acrescenta, por já estar contemplada na ideia geral da agravante. O efeito é simbólico, com o fim de dar visibilidade a esta forma particular de violência.

---

<sup>65</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit. P. 214

<sup>66</sup> Ibidem. P. 215

### 3.4.1.8 ABUSO DE PODER OU VIOLAÇÃO DE DEVER INERENTE AO CARGO, OFÍCIO, MINISTÉRIO OU PROFISSÃO

Esta circunstância tem como escopo aumentar a punição dos agentes que, valendo-se da utilização do cargo público, ofício, profissão ou ministério, beneficiam-se dele para o cometimento do delito.

Ela indica situações nas quais o autor pratica delito excedendo dolosamente o exercício legítimo de determinados poderes que dispõe nas relações privadas. Poder este, que estabelece uma relação de dependência da vítima com o agente.<sup>67</sup>

### 3.4.1.9 VÍTIMA CRIANÇA (MENOR DE 12 ANOS SEGUNDO O ECA), MAIOR DE 60 ANOS, ENFERMO OU MULHER GRÁVIDA

A agravante tem como alicerce a situação e vulnerabilidade da vítima, o que, além de facilitar a prática delitiva, demonstra maior insensibilidade do agente. Sobre o tema, disserta Boschi:

“O critério biológico faz presumir a hipossuficiência (da criança e do adulto), pois se considera o agente em *superioridade de forças* diante das crianças e dos adultos com idade mínima de sessenta anos e em condições de chegar com maior facilidade à consumação do crime.”<sup>68</sup>

Enfermo, na lógica do Código é quem padece de doença física ou mental que reduza a capacidade de reação. Quanto à mulher grávida, é indispensável a reduzida capacidade de reação ou risco produzido à gravidez, sendo importante observar que a mesma deve estar em um estágio avançado de gestação, isto pois, o agente necessita conhecer o estado de gravidez da vítima, para que esta enseje uma responsabilidade penal objetiva, comprovando assim, o nexo de causalidade entre a condição especial da vítima e a facilitação do delito cometido.

---

<sup>67</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit. P. 410

<sup>68</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit. P. 218

#### 3.4.1.10 O OFENDIDO QUE ESTÁ SOB A PROTEÇÃO DO ESTADO

A agravante tem por escopo punir mais intensamente quem pratica crime contra pessoa que estava sob imediata proteção da autoridade pública.

O autor da agressão atenta, além da vítima, para as próprias instituições públicas, uma vez que a vítima possui sua condição de confiança aumentada na inviolabilidade de direitos protegidos pela lei.

#### 3.4.1.11 INCÊNDIO, NAUFRÁGIO, INUNDAÇÃO OU QUALQUER CALAMIDADE PÚBLICA, OU DE DESGRAÇA PARTICULAR DO OFENDIDO

O maior rigor punitivo, explica-se pelo proveito do agente, diante de uma situação de calamidade ou desgraça do ofendido, o que, mais uma vez, demonstra uma maior insensibilidade moral do agente, que se aproveita de condições adversas “que reduzem ou excluem a capacidade de proteção pessoal ou patrimonial das vítimas”.<sup>69</sup>

Os casos de calamidade pública elencados no texto legal são exemplificativos, cabendo desastres de natureza similar as descritas.

A desgraça particular é entendida por situações limítrofes de emergência que não atingem o coletivo social, mas apenas uma ou poucas pessoas, como os casos de crimes praticados após acidentes ou em momentos de extrema fragilidade da vítima decorrentes de luto, enfermidade ou moléstias graves.<sup>70</sup>

#### 3.4.1.12 EMBRIAGUEZ PREORDENADA

A embriaguez pode isentar o agente de pena, ensejar a redução, ou ser causa de punição com maior exasperação da reprimenda penal. A embriaguez preordenada é a forma mais grave de embriaguez voluntária. Salo de Carvalho descreve que estas situações:

---

<sup>69</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Op. cit. P. 578.

<sup>70</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit. P. 411

“Pressupõem que o sujeito, em um momento anterior ao da embriaguez, ou seja, em estado de sobriedade, opte, livre e conscientemente (*actio libera in causa*), por utilizar substância entorpecente como um meio facilitador da prática delitiva consistente no encorajamento ou na desinibição.”<sup>71</sup>

Fruto do *actio libera in causa*, objetiva-se evitar de que o agente intencionalmente se coloque em estado de embriaguez, para então conseguir praticar o delito, colocando-se em estado de inimputabilidade por conta própria para então alegar a exclusão da culpabilidade. Tem-se que o agente, quando sóbrio, seria o autor mediato da conduta, enquanto que, no estado de embriaguez, se tornaria um mero instrumento para a conduta, sendo o autor mediato, plenamente imputável.

#### 3.4.1.13 PROMOVE OU ORGANIZA A COOPERAÇÃO NO CRIME OU DIRIGE A ATIVIDADE DOS DEMAIS AGENTES.

A partir deste tópico, estaremos tratando do artigo 62 do Código Penal, o qual elenca hipóteses de exasperação em razão de duas ou mais pessoas terem concorrido para o delito, não necessariamente na forma de concurso de pessoas, uma vez que há situações em que a autoria é mediata, não caracterizando vínculo subjetivo.

A pena será aumentada quando o agente for responsável pela organização/ promoção da cooperação do crime ou direção da atividade dos demais agentes. Nesta situação, a pena aumenta-se para o autor intelectual do delito, o líder do grupo que promove e organiza a atividade criminosa, justamente por se encontrar em uma posição hierarquicamente superior aos demais, possuindo papel fundamental para a sua ocorrência.

---

<sup>71</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit. P. 411

#### 3.4.1.14 COAGE OU INDUZ OUTREM A EXECUTAR MATERIALMENTE O DELITO

Quem coage ou induz outrem a executar materialmente o delito, é punido de forma mais enérgica, pois o executor não teria tal atitude caso não fosse influenciado pelo agente, revelando-se mais perigoso do que o próprio executor.

A coação pode ser moral ou física, resistível e irresistível. Independentemente da espécie e modalidade, quem coage, responde pelo delito e recebe a pena agravada. Já a indução reflete nos casos em que a ideia do delito não está amadurecida, ou sequer foi cogitada, sendo imprescindível que o indutor construa ou ajude a construir no induzido o projeto do crime.<sup>72</sup>

#### 3.4.1.15 INSTIGA OU DETERMINA ALGUÉM SUJEITO À SUA AUTORIDADE OU NÃO PUNÍVEL, EM VIRTUDE DE CONDIÇÃO OU QUALIDADE PESSOAL, AO COMETIMENTO DO DELITO.

O fundamento é basicamente o mesmo visto acima, o agente, da mesma forma, revela-se mais perigoso que o executor, pois é necessário que este esteja sob a autoridade de quem instiga ou determina. Sobre a subordinação, a mesma deverá estar prevista em lei, e a instigação/determinação deve ser capaz de influenciar o agente.

#### 3.4.1.16 EXECUÇÃO OU PARTICIPAÇÃO DELITIVA, MEDIANTE PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA

Constitui figura especial do motivo torpe, visando exasperar a pena pela ganância do agente, que visou obter vantagem financeira com o delito, uma situação de grave imoralidade. Para incidir tal agravante, não é necessário que o agente receba efetivamente a quantia, bastando apenas que o autor pratique a conduta motivado pelo recebimento do valor.

---

<sup>72</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit. P. 413.

### 3.4.2 CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES

Estão elencadas nos artigos 65 e 66 do Código Penal, mas não são taxativas, tendo em vista a figura disposta no artigo 66, da atenuante inominada. Salo de Carvalho salienta que: “a formação das atenuantes inominadas consagra uma perspectiva dogmática direcionada à flexibilização da interpretação das regras penais nas hipóteses de favorecimento do réu.”<sup>73</sup>

Com o disposto pelo artigo 66, qualquer razão de circunstância relevante, embora não prevista em lei, poderá ser aplicada, deixando ao juiz margem de liberdade para interpretar se resta configurada ou não.

De acordo com o artigo 65 do Código Penal, são atenuantes as enumeradas a seguir:

#### 3.4.2.1 MENOR DE VINTE E UM ANOS NA DATA DO FATO E AO MAIOR DE SETENTA ANOS NA DATA DA SENTENÇA

O fundamento desta circunstância atenuadora, está no grau de censurabilidade pessoal do responsável pela conduta típica, para o menor, esta decorre da imaturidade, enquanto que para o maior de 70 anos, de alterações psíquicas que possam influenciar o comportamento criminoso, e da sua saúde.

#### 3.4.2.2 POR DESCONHECIMENTO DA LEI

Apesar do art. 21, do Código Penal, estabelecer que o desconhecimento da lei é inescusável, quando demonstrada uma total ignorância da norma escrita, atuará como atenuante da pena. O direito, segundo Boschi:

“Concilia a necessidade da segurança advinda do dogma de que todos conhecem a lei com a necessidade de maior benevolência com o indivíduo, que, provadamente, não conhecia a existência da lei por ele violada.”<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit. P. 414

<sup>74</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit. P. 224

Resta distinguir a alegação de desconhecimento da lei da alegação de erro quanto ao tipo ou a proibição. No desconhecimento, o indivíduo não sabe da sua existência e assim fica sujeito às sanções pela falta cometida, com redução de pena.

Por outro lado, no erro quanto ao tipo penal, o indivíduo realiza a conduta nuclear, mas incorre em erro quanto ao elemento da figura típica. Já no erro quanto à proibição, o agente conhece a lei e seus enunciados, mas supõe, em razão das circunstâncias que sua conduta não se submete ao tipo correspondente.

#### 3.4.2.3 MOTIVOS DE RELEVANTE VALOR SOCIAL OU MORAL

A motivação do delito decorre de inúmeros fatores psíquicos, que conduzem a pessoa a praticá-lo, e também revelam a sua finalidade. Conforme a doutrina de Salo de Carvalho:

“Ambas as motivações dizem respeito às convicções pessoais do autor; são questões ideológicas, de foro íntimo, que expressam posições individuais relativas aos temas afetivos, religiosos e políticos. A diferença se traduz no valor externo que a conduta pretende tutelar: um interesse particular ou privado (valor moral); um bem coletivo ou público (valor social).<sup>75</sup>

Se os valores que motivaram a prática ofensiva ao ordenamento pátrio são relevantes para a coletividade como um todo, ou remontam a interesses de ordem pessoal, que atinjam até mesmo ao homem médio, há uma relevância social ou moral que enseja a aplicação da atenuante. São exemplos os motivos sociais ou morais inspirados no amor à pátria, na honra, na liberdade, na maternidade, na solidariedade e na fraternidade.

---

<sup>75</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit. P. 417.

#### 3.4.2.4 EVITA OU DIMINUI AS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO, POR ESPONTÂNEA VONTADE E DE MODO EFICIENTE, LOGO APÓS O CRIME OU, AINDA, REPARA O DANO ANTES DO JULGAMENTO.

Seu fundamento ético-jurídico encontra-se no arrependimento do agente, que, com sua atitude de evitar ou minorar as consequências do crime, ou de indenizar a vítima, antes do julgamento, demonstra ser um indivíduo com sensibilidade, responsabilidade e juízo crítico sobre seus atos.<sup>76</sup>

Destaca-se que tal atenuante não se confunde com o arrependimento eficaz, o qual o agente impede o resultado típico, e nem com o arrependimento posterior, em que o autor repara o dano até o recebimento da denúncia ou queixa. Esta atenuante funciona de maneira subsidiária em relação a estes institutos, onde o autor procura restaurar o *status quo* de forma espontânea, uma atitude que diminui as consequências do delito.

#### 3.4.2.5 COMETER O CRIME SOB COAÇÃO RESISTÍVEL, OU EM CUMPRIMENTO DE ORDEM DE AUTORIDADE SUPERIOR, OU SOB A INFLUÊNCIA DE VIOLENTA EMOÇÃO, PROVOCADA POR ATO INJUSTO DA VÍTIMA

Ressalva-se neste caso, a existência de uma influência que, diferentemente dos casos de irresistibilidade, poderia ser resistida pelo agente, ou seja, de que o agente não praticasse o delito apesar da coação. Ela se justifica pois, conforme Aníbal Bruno:

“Há sempre no resultado uma manifestação de sua vontade, embora tolhida e deformada pela compulsão que sobre ele se exerce, e porque ele podia e devia resistir a essa pressão que o impele ao crime e com aquela parcela de vontade o realiza, há culpabilidade sua no fato praticado”<sup>77</sup>

Na coação física, há a implicação de uma força externa que influencia a ação, como emprego de força bruta. Por outro lado, na coação moral, há o

---

<sup>76</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit. P. 226

<sup>77</sup> BRUNO, Aníbal. Op. cit. P. 141

emprego de uma grave ameaça que constrange o sujeito a fazer ou deixar de fazer algo.

No caso de a ordem hierárquica ser manifestamente ilegal, ambos (subordinado e autoridade) responderão pelos atos praticados, contudo, o subordinado fará jus a atenuante, tendo em vista que este não agiu de forma totalmente livre, havendo uma menor exigibilidade de conduta diversa.

A última hipótese decorre da violenta emoção provocada por ato injusto da vítima, pressupondo uma conduta de oposição ao ato praticado pela vítima, mas com condições de poder desistir do projeto criminoso.

Sucedese uma influência exterior sobre o agente, que o compele a praticar o ato, não agindo desta forma, com sua total liberdade, pois no momento, encontrava-se perturbado pela emoção.

Importante destacar, que esta atenuante não coincide com as previstas nos delitos de homicídio e lesão corporal, pois nestas, o autor encontra-se completamente dominado pela emoção. Outro fator diferenciador, é que o agente deve realizar o delito no lapso temporal “logo após” a perturbação, enquanto na atenuante genérica, admite-se maior lapso temporal.

#### 3.4.2.6 CONFISSÃO

Com a Reforma de 1984, a simples confissão é suficiente para a atenuação da pena, mesmo que o delito já tenha sido formalmente imputado ao confidente.

Para incidir, o autor confessa a prática delituosa perante autoridade judicial ou policial. É necessária a espontaneidade para a sua validade, e não importa para este fim, que o agente se arrependa, havendo uma presunção deste arrependimento.

Salo de Carvalho enfatiza que “a confissão da autoria do fato não implica necessariamente, a confissão do delito imputado”<sup>78</sup>. Ou seja, a atenuante é aplicável mesmo nos casos em que o acusado confessa ser o autor do fato, mas nega que a conduta imputada constitua crime.

---

<sup>78</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit. P. 425.

### 3.4.2.7 COMETE O CRIME SOB A INFLUÊNCIA DE MULTIDÃO EM TUMULTO, NÃO PROVOCADO POR SUA VONTADE

A circunstância refere-se aos casos em que a conduta individual segue o impulso ou a orientação imposta pela massa. Desta forma, a menor reprovabilidade provém do contexto em que o agente está inserido, segundo Aníbal Bruno:

“A atenuação da pena assenta na deformação transitória da personalidade que sofre o indivíduo sob a pressão das paixões violentas que agitam o grupo em sublevação. A lei toma em conta essa turvação accidental que acomete o espírito dos amotinados, em que falta a serenidade necessária para pesar razões e decidir conforme o Direito, atribuindo-lhe, então, uma responsabilidade diminuída e com ela a minoração da pena.”<sup>79</sup>

O único requisito para a aplicação da causa de diminuição provisória, é que o autor não seja o responsável pelo tumulto. Não fosse assim, haveria um benefício pela própria torpeza, criando ambientes favoráveis a este tipo de conduta.

### 3.4.2.8 ARTIGO 66: ATENUANTE INOMINADA OU ATENUANTE DE CLEMÊNCIA

O legislador concede ao magistrado uma margem de liberdade, para que, ao analisar o caso concreto, verifique se incide alguma circunstância em que o agente faz jus a censura estabelecida sobre a conduta do autor de forma a atenuá-la. A necessidade de relevância é exposta por Boschi:

“A condução para que esses fatos possam ser conhecidos como atenuantes é que sejam relevantes, nos exemplos de quem é acometido durante o andamento do processo por doença gravíssima, daquele que estava antes da prática delituosa em fase terminal de saúde, ou em estado de miserabilidade absoluta, ou que tenha invocado convicção religiosa como motivo para a prática delituosa.”<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> BRUNO, Aníbal. Op. cit. P. 143

<sup>80</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit. P. 234.

Esta abertura permite a incorporação de inúmeras situações peculiares, próprias do caso em julgamento, no sentido de buscar uma melhor individualização da sanção.

### 3.5 TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA: CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO DA PENA.

A terceira fase esgota o itinerário do método de Nelson Hungria, incorporado ao Código Penal pela Reforma de 1984, sendo estabelecida a pena definitiva, ou seja, insuscetível de modificação no grau de jurisdição em que for estabelecida. Contudo, sua execução só será realizada após a certificação do trânsito em julgado da sentença em que foi estabelecida, pressupondo o fechamento de todas as janelas recursais possíveis.

Durante a terceira fase da dosimetria, ocorre a identificação das causas de aumento ou diminuição da pena, decorrentes e determinadas por lei, podendo definirem-se tanto como fixas ou como variáveis. Exemplos: quantidades fixas – arts. 168, §1.º (apropriação indébita); 258 (formas qualificadas do crime de perigo comum); 333, parágrafo único (corrupção ativa) e 339, § 2.º (denúnciação caluniosa). Quantidades variáveis – arts. 14, parágrafo único (tentativa); 24, § 2.º (estado de necessidade) e 265, parágrafo único (atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública).<sup>81</sup>

Como apontado, por vez o legislador preferiu dar liberdade ao magistrado na fixação do *quantum* de pena a ser majorado, e por vez optou por ele próprio estabelecer tal quantitativo de maneira fixa, de uma maneira que desarmoniza o Código, e viola a liberdade de atuação do magistrado.

Desta forma, quando a lei apontar os aumentos e as diminuições e quantidades certas, a conduta do aplicador da pena será bem restrita, não havendo espaços de flexibilização do resultado assumindo o magistrado, conforme Boschi, “a posição de intermediário entre os fatos e a lei, para anunciar, bem ao estilo dos juízes napoleônicos, o que ela determina”.<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> PRADO, Luiz Regis. Op. cit. P. 498

<sup>82</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit. P. 261.

Por outro lado, quando a lei indicar margens fracionárias mínimas e máximas de aumentos ou de diminuições, a conduta do aplicador será primeiramente a de determinar, dentro das margens previstas, a quantidade, para, em um segundo momento, agregará ou retirará da pena provisória, a fim de declarar a pena definitiva. Neste quesito, Boschi alerta que:

“A lei penal não diz (ao menos explicitamente) ao juiz qual o critério que ele deve seguir para estabelecer a medida concreta da causa especial de aumento ou diminuição em quantidade variável, ficando-se com a impressão de que os juízes, por serem juízes, sabem como proceder”.<sup>83</sup>

Para a questão, os tribunais sugerem a utilização de critérios práticos para a mensuração da minorante da tentativa (art. 14 do Código Penal), e das majorantes do concurso formal e do crime continuado (art. 70 e 71 do Código Penal).

É relevante realizar uma distinção das causas de aumento para as circunstâncias agravantes e atenuantes. Nesta questão, descreve Regis Prado:

“As causas de aumento e de diminuição de pena distinguem-se das circunstâncias agravantes e atenuantes, já que se localizam tanto na Parte Geral como na Parte Especial e estabelecem o quantum de exasperação ou redução da pena, permitindo-se como regra geral o aumento ou diminuição desta para além ou quem dos limites máximo e mínimo abstratamente previstos.”<sup>84</sup>

Nesta fase, as causas têm o condão de elevar ou diminuir a pena de forma a ultrapassar o máximo e mínimo legal estabelecidos na primeira fase da dosimetria, isto pois, apontam o montante a ser diminuído ou aumentado de acordo com a determinação do legislador, bem como integram a estrutura típica do delito.

Do mesmo modo, importante não confundir as causas especiais com as circunstâncias qualificadoras. Sobre o assunto, discorre Boschi:

“As majorantes produzem especial aumento da pena provisória (...). Ao seu turno, as qualificadoras formam tipo novos, sempre cominando pena privativa de liberdade em margens novas e mais graves que as cominadas nos tipos dos quais derivam.”<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit. P. 261

<sup>84</sup> PRADO, Luiz Regis. Op. cit. P. 498

<sup>85</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit. P. 256.

Os exames sobre as qualificadoras compõem o universo das considerações iniciais destinadas à mensuração da pena-base, enquanto que as majorantes e minorantes, compõe o objeto das considerações finais voltadas à mensuração da pena definitiva.

Ainda, o mesmo fato típico pode ensejar a incidência simultânea de causas especiais de aumento e diminuição da pena. Neste sentido, cabe ressaltar o disposto no artigo 68 do Código Penal:

“Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - 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.”<sup>86</sup>

No caso de concurso de causas de aumento e diminuição da pena previstas na Parte Especial, o juiz pode limitar-se a aplicar apenas uma causa, prevalecendo a que aumente em maior quantia.

Se não existisse esta norma, ao aplicar todas as majorantes e minorantes em concurso, perceberíamos que as circunstâncias laterais ao fato produziram tão extraordinária repercussão nos cálculos que a pena definitiva acabaria ficando ou muito elevada ou muito branda, a ponto de comprometer o sentido do princípio da proporcionalidade. Desta forma, Boschi aponta:

“O parágrafo único do artigo 68 é então uma fórmula ponderadora voltada ao equilíbrio, isto é, que concilia a necessidade da pena aos princípios e às finalidades que a norteiam. Na sua base vê-se implícito o princípio da necessidade e da suficiência da pena (proporcionalidade em sentido estrito).”<sup>87</sup>

Quanto ao cálculo e ordem de incidência, Ruy Rosado de Aguiar Jr. discorre precisamente acerca do sistema de “juros sobre juros”:

---

<sup>86</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Código Penal da República Federativa do Brasil, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 01 de agosto de 2017.

<sup>87</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit. P. 273.

“O cálculo da primeira modificação é feito sobre a pena até ali encontrada, que tanto pode ser a pena-base (se não houver agravantes ou atenuantes) como a pena provisória. Havendo uma segunda causa de aumento ou de diminuição, o cálculo é feito sobre a última pena, já alterada por influência da anterior causa de aumento ou de diminuição. Assim, se a pena-base é de dois anos, com a agravante, a pena provisória passou para dois anos e seis meses, a causa de aumento de um terço elevou-a para quarenta meses, e a causa de diminuição de metade a trouxe para vinte meses. Se houvesse uma nova causa de diminuição, deveria ser calculada sobre os últimos vinte meses. Este é o sistema em cascata, que leva em conta sempre a última pena encontrada.”<sup>88</sup>

As operações em cascata, evitam a pena zero, o que poderia ocorrer pelas reduções na ocorrência de mais de uma causa de diminuição.

Incidindo as majorantes e as minorantes sempre sobre o resultado da última operação aritmética, pode ocorrer, ocasionalmente, que a pena definitiva fique aquém ou vá além dos limites previstos pela moldura típica, sem que isso represente ofensa ao princípio da legalidade, pois a hipótese atine com a funcionalidade do método trifásico.

Quanto à ordem de incidência, o Código Penal, no artigo 68, prevê que primeiramente devem ser realizadas as diminuições determinadas pelas minorantes, e, depois os aumentos impostos pelas majorantes.

Na ausência de agravantes e atenuantes, e de majorantes e minorantes, a pena-base deve ser tomada definitiva. Na ausência apenas de majorantes ou minorantes, será então a pena provisória tornada definitiva.

Finalmente, com a pena definitiva estabelecida, o magistrado deverá analisar quando a natureza do crime e a quantidade da pena privativa de liberdade permite a possibilidade de substituição (art. 59, IV, do Código Penal) ou de suspensão da sua execução (art. 157 da Lei de Execuções Penais). Encontrada a pena definitiva, o magistrado deverá fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, podendo vir a ser substituída ou suspensa, pela conversão ou revogação da medida alternativa.

Na sentença, ao seguir o sistema trifásico da dosimetria da pena, proposto por Nelson Hungria, o mais importante elemento para a sua concretização será sempre a fundamentação dada pelo Magistrado, que deverá seguir uma lógica, com atos concatenados e coerentes, respeitando os critérios e limites

---

<sup>88</sup> JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Aplicação da Pena. Revista da Ajuris. Porto Alegre, 1994. P. 12.

estabelecidos em lei, realizando uma adequada análise do caso concreto para a devida aplicação de uma pena individualizada e proporcional.

Nesta seara, cabe destacar a decisão do Supremo Tribunal Federal, na Súmula 718<sup>89</sup>, em 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 aplicável. Desta forma, o Supremo pôs um termo nas arbitrariedades infundadas, que davam azo a opiniões pessoais de julgadores, sem qualquer respaldo legal.

---

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 718: 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. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2545>> Acessado em 03 de agosto de 2017.

## 4 OS ATORES PENAIS

Na fase judicial do princípio da individualização, os atores penais possuem uma importância inestimável para a sua aplicação e proteção. Os magistrados, analisam o caso exposto e realizam a adequação da lei ao caso penal, por sua vez, as Cortes Superiores controlam esta atuação e protegem os princípios existentes em nossa ordem jurídica, defendendo a coesão do sistema.

Desta forma, em um primeiro momento, exploraremos a atuação da corte máxima deste país, o Supremo Tribunal Federal, na proteção em específico do princípio da individualização da pena.

Após, o estudo aprofundará o papel dos magistrados, relacionando sua formação cultural com as demandas punitivistas e o risco que este discurso poderá trazer à individualização e proporcionalidade da pena.

### 4.1 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PROTEÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

A importância histórica da individualização da pena para o sistema penal, é inegável. Porém, ainda hoje, sofremos com o abuso e impulso punitivo de nossos legisladores, os quais acabam por atuar no afã de momentos casuísticos, buscando reduzir a tão destacada “sensação de impunidade”.

Muitas vezes, as leis feitas nas pressas pelo poder legislativo, ferem fundamentos constitucionais importantes, gerando inconsistências em nosso sistema penal, com clara violação ao princípio da individualização, à indeterminação relativa e a adequada proporcionalidade da pena.

Consequentemente, há um retorno as práticas do sistema de pena fixo, onde o magistrado atua como mero aplicador da lei, e um impulso na aplicação das teorias do retributivismo em nosso meio, com graves repercussões sociais.

Diante de tais situações, o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, julgou de forma exemplar, no sentido de proteger o princípio da individualização da pena, contra os impulsos penalizadores de nossos legisladores.

Nesta posição, há algumas decisões de inconstitucionalidade que logram de grande destaque e merecem ser lembradas.

A primeira, trata da progressão de regime e regime inicial prevista na Lei nº 8.072/90 conhecida como Lei de Crimes Hediondos, que conforme expõe Thiago Silva:

“É uma lei feita mediante grande comoção popular, no afã do cometimento de um crime de repercussão nacional. Não que a população não deve interferir na formulação das leis, mas é sabido que decisões tomadas sob forte comoção, não raras vezes costumam impor reprimendas desproporcionais e violadoras do direitos e garantias fundamentais.”<sup>90</sup>

Em sua redação original, a lei trouxe a previsão de que, nos crimes definidos como hediondos ou equiparados, seriam insuscetíveis uma série de benefícios, bem como sua pena seria cumprida integralmente no regime fechado. O seu artigo 2º dispunha da seguinte redação:

“Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:  
I - anistia, graça e indulto;  
II - fiança e liberdade provisória.  
§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.”<sup>91</sup>

O artigo 2º, §1º vedava a progressão de regime, impondo uma forma fixa, que vinculava o juiz e não admitia exceções ou juízo de valor por parte do magistrado. Tal questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, pelo julgamento do Habeas Corpus nº 82.959, o qual declarou a inconstitucionalidade do referido parágrafo. No sentido favorável a inconstitucionalidade, destaca-se o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, seguidor do voto vencedor do Ministro Marco Aurélio:

“Em verdade, estou convencido de que a fórmula aberta parece indicar, tal como em relação aos demais comandos constitucionais que remetem a uma intervenção legislativa, que **o princípio da individualização da pena fundamenta um direito subjetivo, que se não se restringe à simples fixação da pena in abstracto, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização (progressão).**

---

<sup>90</sup> SILVA. Thiago Boeing Schemes da. Cláusulas Fixas e a Individualização da Pena. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/29585/clausulas-penais-fixas-e-a-individualizacao-da-pena>>. Acesso em 27 de julho de 2017.

<sup>91</sup> BRASIL. Lei nº. 8.072 de 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 28 de julho de 2017.

**Em outros termos, a fórmula utilizada pelo constituinte assegura um direito fundamental à individualização da pena.** A referência à lei" - princípio da reserva legal - explicita tão somente, que esse direito está submetido a uma restrição legal expressa e que o legislador poderá fazer as distinções e qualificações, tendo em vista as múltiplas peculiaridades que dimanam da situação a reclamar regulação.

É evidente, porém, que, como todos sabem, que a reserva legal também está submetida a limites. Do contrário, ter-se-ia a possibilidade de nulificação do direito fundamental submetido à reserva legal por simples decisão legislativa. Este é o cerne da questão. **Se se está diante de um direito fundamental à individualização da pena e não de uma mera orientação geral ao legislador - até porque para isso - despcienda seria a inclusão do dispositivo no elenco dos direitos fundamentais - então há que se cogitar do limite à ação do legislador na espécie.**"<sup>92</sup> (grifo nosso)

Após intenso debate, o Plenário do Supremo Tribunal Federal optou por declarar inconstitucional a cláusula fixa do parágrafo único do artigo 2º da lei 8.072/90, nos seguintes termos:

"PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.  
PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÔBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. **Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado.** Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90."<sup>93</sup> (grifo nosso)

Posteriormente a decisão, a redação do parágrafo foi alterada pelo Poder Legislativo para "§1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"<sup>94</sup>

A Corte foi novamente acionada por meio do Habeas Corpus nº 111.840/ES, em que a Defensoria Pública do Espírito Santo pedia a concessão do cumprimento da pena do acusado em regime semiaberto, alegando a inconstitucionalidade da referida norma.

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.959/SP. Paciente: Oseas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=82959&classe=HC>>. Acesso em: 28 de julho de 2017.

<sup>93</sup> Idem.

<sup>94</sup> BRASIL. Lei nº. 8.072 de 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 28 de julho de 2017.

Com a relatoria do Ministro Dias Toffoli a Suprema Corte voltou a declarar inconstitucional o mesmo dispositivo, que apesar de ter nova redação continuou a impor uma cláusula fixa ao magistrado, impondo um regime inicial fixo ao réu, extirpando assim a individualização da pena. Ao fim, a ementa do referido julgado declarou de forma incidental a inconstitucionalidade do dispositivo nos seguintes termos:

“Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

**4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.**

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.”<sup>95</sup> (grifo nosso)

Por duas vezes, o Supremo Tribunal Federal necessitou se manifestar sobre a matéria, confirmando a violação do princípio da individualização da pena,

---

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 111.840/ES. Paciente: Emar Lopes Feliciano. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=111840&classe=HC>>. Acesso em: 27 de julho de 2017.

na imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena, e salientando seu papel no combate às práticas abusivas e inconstitucionais.

Outra lei que apresentou dispositivos questionados perante o Supremo Tribunal Federal foi a Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), que em sua redação original previa a vedação de conversão da pena de prisão em restritiva de direitos, bem como a liberdade provisória do acusado.

A matéria alcançou a Suprema Corte, por meio do Habeas Corpus n.º 104.339/SP, que por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do artigo 44 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas)<sup>96</sup>, a qual proibia a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de entorpecentes

Novamente o princípio da individualização da pena foi elencado pelos ministros como sendo um dos motivos que levam a inconstitucionalidade da cláusula fixa imposta pela lei. Nos debates o Ministro Dias Toffoli esclarece:

“Ademais, entendo que, se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo os critérios para a concessão ou não da liberdade provisória deverão estar harmonizados com as regras constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação da negativa da liberdade provisória, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.”<sup>97</sup>

Ao final do julgamento acordaram os ministros, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes em declarar a inconstitucionalidade da vedação da concessão de liberdade provisória para os acusados presos pelo crime de tráfico de drogas da seguinte maneira:

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos: declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”

<sup>96</sup> BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm)> Acesso em: 27 de julho de 2017.

<sup>97</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 104.339/SP. Paciente: Marcio da Silva Prado. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=104339&classe=HC>>. Acesso em: 27 de julho de 2017.

do caput do art. 44 da Lei 11.343/2006; conceder, parcialmente, a ordem; e, ainda, autorizar os senhores ministros a decidir, monocraticamente, habeas corpus quando o único fundamento da impetração for o art. 44 da mencionada lei, nos termos do voto do Relator.<sup>98</sup>

Somado a esta, foi levado ao julgamento pelo Supremo, o parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06<sup>99</sup>, pela previsão da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos. O julgamento alcançou a Corte no Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Por mais uma vez, o princípio da individualização da pena foi determinante para a verificação de inconstitucionalidade do referido instituto. A Ação Constitucional de relatoria do Ministro Ayres Brito deixa clara em sua ementa a liberdade que deve ser concedida ao magistrado no momento da fixação da pena, não tendo a lei força para substituir o juiz sentenciante, conforme visto a seguir:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. **O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado**, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 104.339/SP. Paciente: Marcio da Silva Prado. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=104339&classe=HC>>. Acesso em: 27 de julho de 2017.

<sup>99</sup> BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Art. 33, §4º: Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. 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)> Acesso em: 27 de julho de 2017.

que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. **Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.**

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. **As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, em caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.**

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.”<sup>100</sup> (grifo nosso)

Este importante julgamento deu um novo entendimento a forma de se consagrar a individualização da pena no Direito Penal Brasileiro, passando a ser fator decisivo em várias decisões futuras proferidas pelos demais tribunais pátrios.

Resta claro com estes exemplos, a importante função do Supremo Tribunal Federal na proteção do princípio da individualização contra as tentativas de cerceamento do poder discricionário existente no método relativamente indeterminado da pena, o que comprometeria a coesão do sistema penal

---

<sup>100</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 97.256/RS. Paciente: Alexandro Mariano da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=97256&classe=HC>>. Acesso em: 27 de julho de 2017.

brasileiro e nos remeteria as bases do método de cláusulas fixas, com restrita atuação dos magistrados, impedindo assim, a justa adequação da pena e sua aplicação ao caso concreto.

#### 4.2 A FORMAÇÃO CULTURAL DOS ATORES PENAIS E O CENÁRIO PUNITIVISTA

Nos capítulos anteriores, demonstrou-se a importância do princípio da individualização da pena, consagrado por uma atuação do magistrado limitado por máximos e mínimos estabelecidos em lei, conforme o sistema de pena relativamente indeterminada previsto no Código Penal definida pelo método trifásico de Nelson Hungria. Conjuntamente, tratamos da relevância de uma justa e merecida dosimetria da pena, foco principal das sentenças com vistas a celebrar o princípio da proporcionalidade.

Por conseguinte, dos inúmeros atores que compõem a cena judicial brasileira, a Magistratura criminal adquire o mais importante papel, justamente, em razão da possibilidade de definir, no caso concreto, os rumos da política criminal. Qualquer proposta político-criminal, de natureza garantista ou inquisitiva, não subsiste sem a sua concretização pelos atores judiciais.

A Magistratura, atuando na resistência ou na adesão de discursos será, portanto, fundamental para diagnosticar o estado da arte político-criminal. Dentre os inúmeros momentos de intervenção judicial, a aplicação da pena, como etapa final da sentença penal condenatória, tem destacado papel, que possibilita estabelecer filtros ao punitivismo.

Mesmo que com parcial liberdade de aplicação da pena (delimitada pela lei), há margens para o Juiz atuar no caso concreto, de acordo com suas convicções, e, portanto, o pensamento do Magistrado brasileiro e sua formação cultural revelam-se fatores decisivos para a aplicação dos discursos político-criminais que refletem imensamente na individualização, na proporcionalidade, e conseqüente rigor das sentenças.

Infelizmente, o Brasil possui uma matriz inquisitorial que revela uma grande aproximação com os discursos punitivistas. Segundo os ensinamentos de Salo de Carvalho:

“A tradição inquisitorial que modelou a cultura dos operadores do direito no Brasil se consolida, na atualidade, a partir da significativa aproximação com os discursos político-criminais punitivistas.”<sup>101</sup>

Destarte, para entender tal fenômeno, necessitamos iniciar o estudo pelo sistema processual de Justiça brasileiro, o qual passa por uma crise de ineficiência. Segundo Faria:

“A ineficiência do sistema de Justiça no exercício dessas funções decorre, em grande parte, da incompatibilidade estrutural entre sua arquitetura e a realidade socioeconômica sobre a qual tem de atuar. Em termos históricos, desde seus primórdios no Brasil colonial, como instituição de feições inquisitórias, forjada pelo Estado português a partir das raízes culturais da Contrarreformas, com seus prazos, instâncias e recursos, o Judiciário sempre foi organizado como um burocratizado sistema de procedimentos escritos.”<sup>102</sup>

O sistema inquisitório se estrutura em economia de poder, cujo protagonismo é exercido pelo Magistrado, com uma relação estruturante, que traça limites de atuação dos sujeitos processuais.

A forma judicial de atuação-protagonismo processual se manifesta, pois, como “verdadeira obsessão do inquisidor, daí ser natural, nessa perspectiva, a utilização do saber do próprio acusado como fonte de informação”<sup>103</sup>

Para caracterizar a epistemologia inquisitiva, Ferrajoli identifica e expõe elementos assimétricos ao tipo-ideal garantista, e estabelece contraposições dos modelos puros. O primeiro aspecto da epistemologia inquisitiva seria a concepção ontológica de delito:

“Das doutrinas moralistas que identificam no crime um pecado às naturalistas que veem no crime um sinal de anormalidade ou patologia psicofísica do sujeito, até aquelas pragmáticas e utilitaristas que a este conferem relevância somente quando se mostra como sintoma especial e alarmante da periculosidade do seu autor.”<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> CARVALHO, Salo de. O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2010. P. 115

<sup>102</sup> FARIA, José Eduardo. O Sistema Brasileiro de Justiça: Experiência Recente e Futuros Desafios. *In Estudos Avançados*, v. 18, nº 51, 2004. P. 104.

<sup>103</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O direito à Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 1997. P. 21.

<sup>104</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 14

Desta forma, há uma potencialização no direito penal dos modelos de autor, nos quais são reprimidos comportamentos individuais ou condições pessoais em detrimento da violação externa de bens jurídicos normativamente tutelados, externando tensão entre direito pena mínimo e máximo.

O segundo elemento da epistemologia inquisitiva é referente ao processo penal e às formas de execução da pena, na caracterização do decisionismo processual, revelando uma tensão entre os sistemas processuais acusatórios e inquisitórios.

A principal caracterização dos modelos processuais penais é realizada a partir da posição do Magistrado no processo, no sistema acusatório, o princípio dispositivo é do juiz espectador - figura de forma passiva - tanto na iniciativa da ação penal quanto na gestão da prova. Em contraposição, há o sistema inquisitivo, no qual o Juiz procede à busca e valoração das provas. Salienta Ferrajoli que:

“Ao sistema acusatório convém um juiz espectador, voltado sobretudo à objetiva e imparcial avaliação dos fatos, e portanto mais sábio que ilustrado, o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo, e por isso legalista, versado nos procedimentos e dotado de capacidade investigativa.”<sup>105</sup>

O sistema inquisitório, portanto, exclui o contraditório, limita a ampla defesa e obstaculiza, a presunção de inocência, cuja comissividade é o postulado básico do garantismo processual. Suas técnicas de sobrevalorização da imputação em relação à prova – *o primado das hipóteses sobre os fatos* - desenvolvem no Magistrado quadros mentais sujeitos a tendências, onde, ao invés de se convencer através das provas trazidas aos autos, a prova serve, inversamente, para demonstrar o acerto da imputação formulada pelo juiz-inquisidor.

Neste plano inquisitorial, o réu transforma-se em objeto de investigação, pois detém com exclusividade a verdade histórica que necessita ser revelada. O juiz acusador formula uma hipótese e realiza a verificação, havendo uma conclusão *ex ante*, a sentença.

---

<sup>105</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. P. 588

O cenário de permanência da mentalidade inquisitória e de resistência das agências de repressão penal ao processo de democratização, apresenta-se como terreno fértil para incorporação do punitivismo, nas políticas institucionais e no agir dos atores que as instrumentalizam, assim, são estabelecidas condições ótimas de incorporação da ideia de serem legítimas as demandas populistas de necessidade de encarceramento em grande escala.

Esta formação cultural inquisitória dos atores da persecução criminal representa um dos principais obstáculos à reforma e à democratização do sistema punitivo nacional. Leciona Salo de Carvalho:

“O cenário de permanência da mentalidade inquisitória e de resistência das agências de repressão pena ao processo de democratização apresenta-se como terreno fértil para incorporação do punitivismo, nas políticas institucionais e no agir dos atores que as instrumentalizam. Assim, são estabelecidas condições ótimas de incorporação da ideia de serem legítimas as demandas populistas de necessidade de encarceramento em grande escala.”<sup>106</sup>

A postura conservadora dos atores jurídicos opera como canal de expansão da criminalização, quando, conforme os parâmetros constitucionais, seu papel deveria ser o de criar, incrementar, ou potencializar filtros processuais de resistência à demanda punitiva.

A mentalidade inquisitória cria, nos principais momentos processuais – prisão cautelar, indiciamento, oferecimento e recebimento da denúncia, sentença e aplicação da pena, execuções – importantes espaços de abertura/vazão ao punitivismo.

É justamente nestes momentos centrais da atuação dos operadores jurídicos, que a opção entre ampliar ou minimizar o poder punitivo é colocada de forma explícita. Salo de Carvalho descreve que:

“Ocorre que a formação cultural autoritária dos atores transforma espaços de fechamento em canais de abertura, cujo efeito, sobretudo no momento de aplicação judicial da pena será significativo para o aumento quantitativo do encarceramento.”<sup>107</sup>

As possibilidades de ampliação ou diminuição dos filtros processuais se concentram fundamentalmente na figura do julgador, uma vez que após a fase

---

<sup>106</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit. P. 98

<sup>107</sup> Ibidem. P. 98-99.

preliminar de Inquérito Policial, o protagonismo se dá pelo Ministério Público e a Magistratura. O Defensor Criminal, embora imprescindível, realiza um trabalho de reação à imputação, com atuação comissiva de anular ou minimizar os efeitos da criminalização ou da punição, mormente restritas as possibilidades de ação penal privada, e de o trabalho de assistência de acusação ser subsidiário ao agente público acusador.

Pesquisas de opinião tem indicado a tendência político-criminal conservadora da Magistratura nacional, sobretudo em relação aos Juízes de primeiro grau de jurisdição. A influência do populismo punitivo se dá pela adesão às correntes punitivista, que não se restringe ao Legislativo, impactando no senso comum prático-teórico dos operadores do direito.

A principal prova da atuação desta corrente, está na permanência da centralidade da pena de prisão em regime fechado como resposta ao delito, apesar de existirem diversas ferramentas infraconstitucionais descarcerizadoras e de normas constitucionais dirigidas ao deslocamento do cárcere para a margem do sistema de penas no Brasil.

Em pesquisa realizada entre os anos de 2005 e 2006, pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), apontou-se uma forte tendência da Magistratura atuar na potencialização do punitivismo e na obstaculização dos substitutivos como efetivas alternativas ao cárcere. Sobre o resultado, Bruno Colasso, então presidente na época, manifestou-se:

“A pesquisa revela que o ambiente extremo de violência que atinge as grandes cidades brasileiras influencia o comportamento da magistratura. A categoria coloca-se como protagonista importante do combate à criminalidade e anseia pela instituição de formas mais poderosas para combatê-la, seja por meio de alterações legislativas ou da instrumentalização de procedimentos que possam ser aplicados no combate ao crime. Os magistrados querem o endurecimento da lei penal.”<sup>108</sup>

Ao responder sobre temas específicos de política criminal, os Magistrados demonstraram ser favoráveis à diminuição da idade penal (61%), ao aumento do tempo de internação de menores em conflito com a Lei (75,3%), ao aumento das hipóteses de internação de menores (73,8%), ao aumento do tempo de

---

<sup>108</sup> COLLAÇO, Rodrigo. Desenvolvimento: Uma Questão de Justiça *in* AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros. *Pesquisa AMB 2006*. Brasília: AMB, 2006. P. 06.

cumprimento de pena para progressão de regime em crimes graves (89,3%), à ampliação do sigilo das investigações em crimes graves (84,1%), ao aumento da pena mínima para crimes de tráfico de drogas (76,8%), ao aumento do limite máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade (69,1%), à ampliação das hipóteses de crimes hediondos (50,9%). Em contraponto, manifestaram-se favoráveis à ampliação da aplicação das penas alternativas (64,9%), e ao caráter ressocializador da pena criminal (86,4%).<sup>109</sup>

Isto nos revela o senso comum teórico e ideológico dos juízes brasileiros em matéria político-criminal, a qual possui similaridade com o pensamento que acomete o setor político-legislativo, sendo pendulares as posições entre o incremento do punitivismo, a opção carcerizadora e a função ressocializadora da pena.

Ainda, a pesquisa da Associação dos Magistrados é validada por duas importantes investigações qualitativas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim).

O primeiro estudo analisou processos no Estado de São Paulo em que foram constatadas sentenças condenatórias onde a pena foi fixada no mínimo legal (77,19%), e mesmo assim, o regime de cumprimento da pena, em sua expressiva maioria se deu no regime fechado (80,75% para primários e 97,6% para reincidentes no primeiro grau. E 69,85% para primários e 98,65% para reincidentes no segundo grau), mesmo que a Lei penal defina que, para penas aplicadas entre 04 e 08 anos, o regime inicial de cumprimento será o semiaberto, facultando o regime fechado apenas nos casos de reincidência<sup>110</sup>. Salienta Salo de Carvalho que:

“Para além das barreiras legais, das orientações doutrinárias e da consolidação da jurisprudência, os integrantes do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, a partir da dupla valoração (*bis in idem*) de circunstâncias idênticas e de adoção de metarregras interpretativas (periculosidade, defesa social e prevenção do crime – circunstâncias não previstas na sistemática da aplicação da pena no Código Penal), fixavam regime de pena mais grave do que o cominado

---

<sup>109</sup> COLLAÇO, Rodrigo. Desenvolvimento: Uma Questão de Justiça *in* AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros. *Pesquisa AMB 2006*. Brasília: AMB, 2006. P. 18 a 20.

<sup>110</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCrim). *Visões de Política Criminal entre Operadores da Justiça Criminal de São Paulo: Relatório de Pesquisa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 25.

legislativamente, violando significativamente o Código Penal e a Constituição”.<sup>111</sup>

Em sequência ao estudo dos operadores do sistema de justiça criminal paulistano, o IBCCrim realizou uma pesquisa no Complexo Jurídico Mário Guimarães, a partir o mapeamento das inúmeras vertentes contemporâneas de política criminal, classificando as posições político-criminais em quatro grupos: a) abolicionistas, minimalistas e garantistas: baseada na residualidade da legislação penal; b) garantismo e minimalismo: no sentido de reforço das agências penais para o aumento da eficácia do sistema; c) reforçar instituições e inserir propostas de expansão do direito penal, mantendo garantias; d) movimentos de lei e ordem, defesa social e gestão penal da sociedade, com preponderância do interesse estatal e dos valores sociais em detrimento da proteção individual.<sup>112</sup> E obteve, como principal resultado:

“(…) a confirmação de que há, entre os operadores da justiça criminal, uma zona de consenso, um centro político-criminal, caracterizado pelo reconhecimento comum da necessidade de reforço das capacidades institucionais e da importância do sistema de garantias individuais, diferindo, contudo, quanto à eficácia da expansão da tutela penal e ao sentido (repressivo, contra-repressivo ou preventivo) do aumento do reforço institucional.”<sup>113</sup>

Conforme o levantamento de dados, os Juízes entrevistados demonstraram tendência:

“A ser mais ‘rigorosos’ na defesa de estratégias de política criminal baseadas na penalização/criminalização de condutas, quando concordam, no todo ou em parte, que a legislação penal é excessivamente branda, dificultando a contenção da criminalidade (61,9% do respondentes), e que o direito penal deve expandir seu campo de abrangência para novos bens jurídicos ameaçados, cuidando de novos riscos sociais (85,4% dos respondentes), referendando assim posições e governo penal da sociedade, seja pela sua matriz punitivista mais clássica (defesa social), seja em suas atualização pelas doutrinas penais do risco.”<sup>114</sup>

Por fim, tais pesquisas reforçaram o papel dos Tribunais Superiores na defesa da Constituição e na inibição do punitivismo.

---

<sup>111</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit. P. 108

<sup>112</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCrim). Op. cit. P. 15-16.

<sup>113</sup> Ibidem. P. 16

<sup>114</sup> Ibidem. P. 14

É possível notar, nos últimos anos, sobretudo em destaque na imprensa nacional, a importância do Supremo Tribunal de Justiça e Superior Tribunal de Justiça na limitação punitivista da jurisdição penal de primeiro grau. A diferença entre as formas de atuação é motivada, segundo Salo de Carvalho:

“Pela formação política das Cortes, com abertura às demais carreiras jurídicas, através de membros do Ministério Público e da Ordem dos Advogados para composição dos colegiados de julgamento. Outrossim, o distanciamento do conflito tende a ser outro importante elemento de análise”.<sup>115</sup>

Destarte, constata-se que mesmo que haja instrumentos previstos pelo sistema penal para garantir o princípio da individualização da pena, dando poderes delimitados ao Magistrado para que atue fundamentadamente com vistas a aplicar uma pena individualizada, que seja, conforme as teorias do merecimento, proporcional ao caso, há enormes influências de bases inquisitórias na formação cultural dos atores penais, com sentenças de penas e regimes de cumprimento severos que acabam por expor práticas punitivistas que conflitam com os ideais constitucionais desenvolvidos para proteger e garantir direitos.

Isto revela uma face obscura do cenário punitivo brasileiro, que põe em risco princípios constitucionais e dificulta a introdução de práticas alternativas ao cárcere, gerando conseqüentemente, mais práticas punitivistas, leis ainda mais severas e penas mais duras, com diminuição dos espaços de indeterminação e atuação dos Magistrados, como muitas vezes vistas, em nome da “sensação de impunidade”.

---

<sup>115</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit. P. 110

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Como salientado, o objetivo deste trabalho consiste em apresentar o sistema de individualização da pena, destacando sua importância para a existência de uma pena justa e proporcional, buscando trazer os espaços de discricionariedade dispostos, e a relevância dos atores penais para o correto funcionamento e aplicação desta estrutura, revelando neste contexto, a problemática da formação cultural decorrente da base inquisitorial de nosso Código de Processo Penal, a qual atua de modo a alinhar os pensamentos de nossos magistrados, com a ótica punitivista.

Para tanto, o nosso estudo foi subdividido em 3 capítulos.

Primeiramente, partiu-se de uma breve exposição acerca do sistema de indeterminação da pena, a qual possui duas vertentes, a pena absolutamente indeterminada – que não vingou por deixar o réu a mercê do arbítrio judicial e dos administradores do presídio – e a pena relativamente indeterminada, adotada pelos modernos sistemas de aplicação da pena, onde há a fixação de um mínimo e de um máximo de duração, com um espaço de discricionariedade para a adequação do caso concreto com a pena, consagrando assim, o princípio da individualização.

Em um segundo momento, abordamos as teorias do merecimento e justa pena, demonstrando que com a percepção de injustiça em relação a penas sem conexão com a gravidade da ofensa e a adoção de leis constitucionais contra punições excessivamente severas, a noção de proporcionalidade assumiu um papel central nas decisões sancionatórias. O magistrado, em sua atuação nos espaços de discricionariedade, dá ênfase para a medida de pena que o ofensor deveria justamente receber pelo crime, abordando a gravidade da conduta típica e a culpabilidade do ofensor em seu cometimento.

No segundo capítulo, entramos no sistema de dosimetria da pena do Código Penal brasileiro, abordando inicialmente, o antigo sistema bifásico, o qual realizava a ponderação da pena-base conjuntamente com as circunstâncias agravantes e atenuantes, para somente na segunda etapa, analisar as causas de diminuição e aumento da pena. Após, entramos no sistema vigente, o método trifásico, abordando, de modo detalhado as suas três fases – fixação da pena base, agravantes e atenuantes e causas de aumento e diminuição da pena –

esmiuçando os critérios de dosimetria da pena elegidos pelo Código Penal, para que o magistrado, ao verificar relação com o caso concreto, possa realizar um juízo discricionário e aumentar ou diminuir a pena, de acordo com a situação presenciada.

Por fim, no último capítulo discorreremos acerca dos atores penais.

Primeiramente, expomos a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção do princípio da individualização da pena, decorrente principalmente do impulso punitivo de nossos legisladores, que legislam às pressas, a fim de atuar em momentos casuísticos, gerando graves inconsistências em nosso sistema penal, com diversas tentativas de retorno à prática do sistema penal de cláusulas fixas.

Destacamos que por diversas vezes, o Supremo necessitou atuar de modo a declarar inconstitucionais, normas criadas por nossos representantes, que tolham a discricionariedade dos magistrados, revelando o forte apelo punitivista em nossa sociedade e a importância da Corte em proteger o princípio garantia da individualização da pena e seu sistema de aplicação relativamente indeterminado destes movimentos, que tentam retroceder a bases puramente legalistas com objetivos populistas de aumentar o rigor das penas e o encarceramento.

Na segunda parte, partimos para a análise da formação cultural dos atores penais, concluindo que o Magistrado, possui o poder de definir, no caso concreto, os rumos da política criminal, uma vez que qualquer proposta neste sentido, não subsistirá sem sua concretização pelos atores judiciais. Os juízes, possuem, em função da discricionariedade gerada pelo sistema relativamente indeterminado da pena, uma parcial liberdade na aplicação da pena, que dá margens para que suas convicções influenciem o resultado final de seu julgamento.

O problema destacado, é o de que a tradição inquisitorial modelou a cultura dos operadores do direito no Brasil. Neste rito, o magistrado possui um papel ativo no processo, procedendo busca e valoração das provas, levando a um quadro do *primado das hipóteses sobre os fatos*, que acabam por desenvolver quadros mentais tendenciosos, em que as provas acabam por servir para demonstrar a formulação realizada pelo juiz.

Nesta seara, há um terreno fértil para a incorporação das políticas punitivistas, com o englobamento da ideia de legitimação das demandas

populistas de encarceramento e dureza na quantificação das penas. Esta posição restou demonstrada nas pesquisas realizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e anteriormente expostas.

Destarte, em nossa exposição, restou asseverada a importância do princípio da individualização da pena para a elaboração do sistema de dosimetria e definição da pena. Vários passos foram dados até a adoção de uma relativa indeterminação da pena e atual método tripartite de dosimetria em nosso Código Penal, sendo o modelo que se revelou como o mais adequado para a determinação de uma pena proporcional ao caso concreto, exposto anteriormente como elemento central da sentença.

Evidente destaque na proteção deste sistema de individualização e limitação ao punitivismo deve ser dado as cortes superiores de justiça, em especial ao Supremo Tribunal Federal, pelo enfrentamento das normas inconstitucionais de maneira exemplar, gerando maior previsibilidade e estabilidade do sistema penal, protegendo os espaços de discricionariedade dos magistrados.

Contudo, o tema cobra uma atenção especial para aqueles que, diariamente, colocam em prática toda a teoria desenvolvida. O magistrado é o ator que realizará a dosimetria e utilizará os espaços de discricionariedade, e neste trabalho, o objetivo de expor o papel dos atores penais revelou a incompatibilidade da adequada utilização do sistema relativamente discricionário para com a individualização da resposta estatal, tendo como base, uma severidade proporcional a gravidade da conduta típica e a culpabilidade do ofensor. Esta, é gerada pela base inquisitorial empregada no Código de Processo Penal, o que acaba por formar atores penais culturalmente inclinados com os discursos político-criminais punitivistas, criando um cenário propício para a utilização dos espaços de discricionariedade acima vistos para a aplicação de tais demandas.

Denota-se uma perigosa possibilidade de retirar do centro das decisões sancionatórias a busca pela proporcionalidade da pena, substituindo-a pela necessidade de uma maior severidade punitiva, mais alinhada com as demandas populistas de repreensão. Desta forma, corremos um grave risco de aumentar os níveis gerais de punição, que necessitam de moderação, pois, como exposto

anteriormente, quanto mais severo for um sistema de penalidades, menos plausível se torna verifica-lo como um incorporador da moral, e mais fácil se torna identifica-lo como um sistema de ameaças nulas.

## 6 BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66758/69368>>. Acesso em: 02 de agosto. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *O Princípio Constitucional da Proporcionalidade e a Proteção dos Direitos Fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, vol. 34, 1994.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*, 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BRASIL. Código Penal (1940). *Código Penal da República Federativa do Brasil*, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 01 de agosto de 2017.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro 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: 05 de agosto de 2017.

BRASIL. *Lei nº. 8.072* de 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 28 de julho de 2017.

BRASIL. *Lei 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. 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)>. Acesso em: 27 de julho de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. *Súmula 231* - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (Súmula 231, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/1999, DJ 15/10/1999)

Brasil, Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 444*: “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (Súmula 444, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 97.256/RS*. Paciente: Alexandre Mariano da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=97256&classe=HC>>. Acesso em: 27 de julho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 104.339/SP*. Paciente: Marcio da Silva Prado. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=104339&classe=HC>>. Acesso em: 27 de julho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 111.840/ES*. Paciente: Edmar Lopes Feliciano. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=111840&classe=HC>>. Acesso em: 27 de julho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 718*: 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. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2545>> > Acessado em 03 de agosto de 2017

BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. 4 ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

CARVALHO, Salo de. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena)*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 2 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007

COLLAÇO, Rodrigo. Desenvolvimento: Uma Questão de Justiça *in* AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros. *Pesquisa AMB 2006*. Brasília: AMB, 2006.

FARIA, José Eduardo. O Sistema Brasileiro de Justiça: Experiência Recente e Futuros Desafios. *In Estudos Avançados*, v. 18, nº 51, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO. *Ciência e Experiência do Direito Penal*. *In: Lições de Direito Penal*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOULART, Henny. *Pena indeterminada*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 70, jan. 1975. ISSN 2318-8235.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997.

HIRSCH, Andrew Von. Desert. *In: Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. Oregon: Hart Publishing, 2009.

HIRSCH, Andrew Von. *Proportionate Sentences: Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. Oregon: Hart Publishing, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCrim). *Visões de Política Criminal entre Operadores da Justiça Criminal de São Paulo: Relatório de Pesquisa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Aplicação da Pena*. Revista da Ajuris. Porto Alegre, 1994.

MOORE, Michael S. The Moral Worth of Retribution. *In: HIRSCH, Andrew Von. Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. Oregon: Hart Publishing, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 1 ed. São Paulo: RT, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral - arts. 1º a 120*. 7 ed. São Paulo: RT, 2007.

QUEIROZ, Paulo. A Justificativa do Direito de Punir na Obra de Luigi Ferrajoli. *In: Santos, Rogério Dutra (Org.). Introdução Crítica ao Estado do Sistema Penal*. Florianópolis: Editora Diploma Legal, 1999.

SALEILLES, Raymond, *L' individualisation de la peine*, 3ª ed. Paris. Asúa L. Jimenez.

SILVA, Thiago Boeing Schemes da. *Cláusulas Fixas e a Individualização da Pena*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/29585/clusulas-penais-fixas-e-a-individualizacao-da-pena>>. Acesso em 27 de julho de 2017.