



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LORENA VELOSO FRANÇA

**A DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR NA APLICAÇÃO
DA PENA**

Salvador
2018

LORENA VELOSO FRANÇA

**A DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR NA APLICAÇÃO
DA PENA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

LORENA VELOSO FRANÇA

A DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR NA APLICAÇÃO DA PENA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

AGRADECIMENTOS

Etimologicamente, a palavra vem do grego monos, "única", e graphein, "escrita". Sem dúvida essa não foi a "única escrita", mas certamente foi a mais desafiadora. Não acho que tenha sido necessariamente a mais difícil pela ótica do conteúdo. Mas pelo que significa, pelo momento e pelas circunstâncias. Assim, é imperativo agradecer muita gente. E assim gostaria de tentar contemplá-los nas linhas a seguir, ciente que meu débito é muito maior que qualquer crédito que esses agradecimentos possam representar.

Agradeço à Deus em primeiro lugar. Mesmo quando eu não o via, Ele estava sempre lá. Aos meus pais Tânia e Deiró por darem o seu melhor no meu preparo integral para todos os desafios, inclusive este. Meu Irmão Luciano por sempre cuidar de mim e por Ana Julia que tanto alegra os meus dias enquanto vai descobrindo o mundo. Tatiana Veloso, tia, incentivadora e amiga. Primos Ingrid, Vítor, Diego, Diogo e demais familiares. Avó Julia, grande amor da minha vida. Avô Raimundo. Avó Olindina (in memoriam).

À Celia por ter me amado por todos esses anos como filha. Tudo que eu faço e sou tem um toque seu. À Tássia Matias e Ciro Mascarenhas, irmãos de coração, e aos demais amigos que deram força.

Ao Desembargador José Alfredo Cerqueira e aos meus colegas de Gabinete por entenderem e cobrirem minhas ausências pacientemente enquanto escrevia.

À Alberto, Ana Terra, Giselle, Glória, Guilherme, Janis, Laís, Leandro, Liliane e Vanessa. Nossa amizade leal me ajudou a terminar. Shall, seu carinho, compreensão e amor me sustentaram. Te amo! Ao amigo Abelardo, e todos os mestres, com destaque para Sebastian Mello, Gabriel Marques, Daniela Portugal, Roberto Gomes, pelo compartilhar diário da minha formação teórica e prática.

À todos os colaboradores da Faculdade Baiana De Direito, vocês são muito mais que funcionários, se tornaram amigos. Não há como deixar, nesse momento, de destacar os amigos da biblioteca. Só muita paciência comigo para tanta consulta de livro, xerox, busca por material e tudo que eu precisava para produzir esse conteúdo.

Por fim, mas não menos importante, sou grata àquele que nos momentos em que eu pensei em desistir foi a minha força, inspiração e encorajamento, meu avô, Walter Scott Velozo.

RESUMO

O presente trabalho científico tem como premissa analisar a discricionariedade do magistrado no momento da aplicação da pena, mais precisamente no tocante à análise das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal, onde se procederá o alcance da pena base, mostrando, para isso, as hodiernas utilizações do poder discricionário de forma arbitrária, a possibilidade de controle jurisdicional por fim às balizas necessárias à contenção do poder complementar do juiz sentenciante. Para tanto, o objetivo geral desta pesquisa científica é avaliar as sentenças penais condenatórias proferidas nos tribunais, de modo a demonstrar a incongruência nas dosimetrias de pena diante do livre arbítrio do julgador. Ademais, busca também demonstrar a importância da relação intrínseca presente entre o princípio da individualização da pena e o princípio do convencimento motivado do magistrado, além de suscitar as possíveis falhas presentes no sistema de dosimetria de pena brasileiro, diante da ausência de critérios objetivos suficientes na legislação pátria. Por fim, se fez essencial, discutir sobre a discricionariedade do juiz no momento de fixação da pena, para fins de individualizar a mesma, bem como analisar julgados de modo a demonstrar como a subjetividade do magistrado pode influenciar de forma negativa a dosagem da pena e como as sentenças penais condenatórias proferidas nos tribunais brasileiros estão, muitas vezes, desfundamentadas e incoerentes, diante do livre arbítrio do aplicador ao julgar, ensejando, dessa forma, em possíveis injustiças.

Palavras-chave: Aplicação da pena; Discricionariedade; Circunstâncias judiciais; Controle jurisdicional; Balizas ao poder discricionário.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CF	Constituição Federal 1988
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	00
2 PRINCÍPIO JURÍDICOS-PENAIS IMPRESCINDÍVEIS À APLICAÇÃO DA PENA	00
2.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	00
2.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA	00
2.3 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE	00
2.4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	00
2.5 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	00
2.6 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	00
3 APLICAÇÃO DA PENA	00
3.1 EVOLUÇÃO DA APLICAÇÃO DA PENA NO DIREITO BRASILEIRO	00
3.2 MODELO BIFÁSICO X MODELO TRIFÁSICO	00
3.3 DOSIMETRIA DA PENA	00
3.3.1 Análise das circunstâncias judiciais	00
3.3.1.1 Culpabilidade	00
3.3.1.2 Antecedentes	00
3.3.1.3 Conduta social	00
3.3.1.4 Personalidade do agente	00
3.3.1.5 Motivos do crime	00
3.3.1.6 Circunstâncias do crime	00
3.3.1.7 Consequências do crime	00
3.3.1.8 Comportamento da vítima	00
3.3.2 Análise das circunstâncias legais	00
3.3.2 Análise das causas de aumento e diminuição	00
4 A DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR NA APLICAÇÃO DA PENA	00
4.1 ATO DISCRICIONÁRIO NA APLICAÇÃO DA PENA E CONTROLE JURISDICIONAL	00
4.1.1 Discricionariedade x Arbitrariedade	00
4.2 A FIXAÇÃO DA PENA-BASE E OS ESPAÇOS DISCRICIONÁRIOS	00
4.3 ARBITRARIEDADES NA APLICAÇÃO PENA-BASE	00

4.3.1 Valoração de elementares e qualificadoras do tipo como circunstâncias judiciais e a ocorrência de <i>bis in idem</i>	00
4.4 AS BALIZAS DA DISCRICIONARIEDADE ÍNSITA À APLICAÇÃO DA PENA-BASE	00
5 CONCLUSÃO	00
REFERÊNCIAS	00

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal é tido, vulgarmente, como o conjunto normativo que vincula o crime com a consequência, qual seja, a pena.

Isto posto, o presente trabalho monográfico versa sobre “ A Discricionariedade do Julgador na aplicação da pena”, como forma de analisar o campo de atuação do magistrado no bojo da atividade de definição da reprimenda.

Cumprе salientar, assim, que, durante o momento da efetiva individualização da pena, o juiz deverá se basear em uma série de normas que buscam regulamentar a sua realização.

Desta forma, o exercício de individualização da pena pautado nos princípios e garantias fundamentais do indivíduo se mostra indispensável, como forma de prevenir a ocorrência de decisões arbitrárias – e até abusivas - pelo julgador.

Todavia, o ordenamento jurídico pátrio possibilita uma relevante margem discricionária ao julgador, principalmente no que se refere a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Questiona-se assim, se essa discricionariedade facilitaria ou não a ocorrência de arbitrariedades judiciais.

Isto posto, o presente trabalho tem por escopo analisar as várias nuances deste questionamento, demonstrando de que forma deverá ocorrer essa atuação, como forma de individualizar a reprimenda, sem incidir em qualquer abuso.

Para tanto, a metodologia utilizada nesta pesquisa foi o método cartesiano, haja vista que se utilizam inicialmente premissas mais gerais e, posteriormente, mais específicas, de modo a apurar o tema com mais cuidado e atingir a melhor solução para o problema central. Ademais, também foram realizadas pesquisas bibliográficas e coleta de jurisprudência.

Outrossim, a estrutura deste trabalho monográfico é composta pela divisão em cinco capítulos, sendo o primeiro Capítulo esta introdução, onde serão traçados algumas noções a respeito da matéria, com extrema relevância ao melhor entendimento do núcleo da pesquisa.

O segundo Capítulo, por sua vez, acaba por discorrer a cerca dos princípios jurídicos penais que são essenciais no momento da aplicação da pena, tratando em especial sobre os seguintes princípios: proporcionalidade, isonomia,

humanidade, legalidade, princípio da motivação das decisões judiciais e princípio da individualização da pena.

Após, o terceiro Capítulo, propõe uma análise sobre a aplicação da pena. Para isso, inicialmente, se fez necessário versar sobre a evolução da aplicação da pena no direito brasileiro. Logo após, ainda no mesmo capítulo, se fez mister tratar sobre a diferenciação do modelo bifásico e o modelo trifásico, anteriormente tão questionados no ordenamento brasileiro.

Por fim, de forma mais específica analisar as circunstâncias judiciais, legais e as causas de aumento e diminuição no momento da dosimetria.

O quarto Capítulo representa o ponto central da presente pesquisa. Versa sobre a discricionariedade do julgador na aplicação da pena. Destaca aqui a diferença entre discricionariedade e arbitrariedade do magistrado no momento da dosimetria. Além disso, visou esclarecer a importância da valoração das elementares e qualificadoras do tipo circunstâncias judiciais sobre pena de não incorrer *bis in idem*. Por fim, busca analisar as balizas da discricionariedade comuns à aplicação da pena base.

Para finalizar o trabalho, o Capítulo Cinco traz uma pequena reflexão sobre o tema, diferenciando a die os aspectos conclusivos.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS INERENTES À APLICAÇÃO DA PENA

Na atualidade, os princípios funcionam como meio para balancear o conflito entre o rigor do positivismo axiomático e a instabilidade causada pelo decisionismo arbitrário, diz-se, em verdade, que a contemporaneidade experimenta a chamada “era dos princípios”.¹

De acordo com Sebastian Borges de Albuquerque Mello, “os princípios ocupam lugar de destaque no pensamento jurídico contemporâneo porque são eles que irão fornecer as linhas centrais de unidade e ordenação das demais normas jurídicas”.²

Nesse íterim, é preciso dizer que os princípios são considerados como normas, já que deles podem ser extraídos juízos concretos de dever-ser.³ Eles, contudo, por emitirem carga valorativa, acabam por orientar as outras normas componentes do ordenamento jurídico. Conclui-se, assim, que os princípios possuem a peculiaridade de “fundamento axiológico e normogenético”, operando como suporte do conjunto jurídico, emanando seus aforismos para as demais normas do ordenamento, dando à ele unicidade.⁴

Também nesse sentido pensa José Afonso da Silva, ao dizer que os princípios “são ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas”.⁵ A partir da análise dos princípios de uma determinada ordem jurídica pode-se saber a sua identidade, se é singular de um Estado Democrático de Direito, ou se advém de um Estado de Direito Liberal, por exemplo. Isto porque são os princípios que possuem o papel de legitimar uma ordem jurídica, dando à ela uma ideia de conjunto.

¹ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal em Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal.** Organizado por Ricardo Augusto Schmitt. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 191.

² *Ibidem*, loc. cit.

³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5 ed. alemã Theorie der Grundrechte, publicada pela Suhrkamp Verlag. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 87.

⁴ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *op.cit*, p. 191.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 40. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p; 93-94.

Ademais, é por esse motivo que não se pode examinar uma norma de um ordenamento jurídico de forma isolada, cabendo identificá-la em um contexto maior da qual faz parte.⁶

Em suma, não pode ser outro o entendimento senão aquele de que os princípios oferecem sentido a um ordenamento jurídico, fazendo com que ele tenha um liame lógico por entre as normas que o compõem, sendo possível, assim, identifica-lo com um sistema único e coeso.

Os princípios, como já fora mencionado, são considerados como norma. Diferem-se eles, porém, das demais normas, as regras. A principal diferença entre esses dois institutos é que os princípios determinam a realização de algo na medida do possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, assim, considerados mandamentos de otimização. Destarte, assevera Robert Alexy⁷ que:

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Trata-se, pois, de uma diferença qualitativa entre os dois institutos.⁸ Entrementes, não convém a este trabalho o aprofundamento no estudo da dicotomia entre princípios e regras, tampouco cabe aqui o exame pormenorizado dos princípios como norma jurídica.

Para fins desta pesquisa, basta a sedimentação do pensamento de que os princípios são mandamentos de otimização, a serem realizados na medida do possível, sendo imprescindível o entendimento de que são os princípios que embasam um sistema jurídico, através dos valores que emanam dos seus axiomas.

Os princípios podem estar explícitos, quando presentes no texto constitucional ou positivados em lei, podem estar implícitos, quando extraídos de um ou mais postulados constitucionais, de leis e agrupamentos normativos da legislação infraconstitucional, ou, até mesmo, de noções gerais de direito, sendo assim

⁶ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal** em Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal. Organizado por Ricardo Augusto Schmitt. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 192.

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90.

⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

considerados como princípios gerais de direito.⁹ Convém dizer, nesta toada, que os princípios podem também ser extraídos de tratados internacionais e de outras fontes que consigam transmitir, uma carga valorativa.

Veja-se que a noção de princípios está intimamente ligada à ideia de interpretar o direito, já que esta não é uma ciência exata, variando, pois, em detrimento da casuística. De acordo com Eros Grau, a interpretação do direito possui caráter constitutivo e não declaratório, sendo fundamental a presença do intérprete/aplicador para a sua concreção¹⁰:

[...] a interpretação do direito tem caráter constitutivo – não, pois, meramente declaratório – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma decisiva. Interpretar/aplicar é dar concreção [=concretizar] ao direito. Neste sentido, a interpretação/aplicação opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera sua inserção na vida.

Isto ocorre em razão de a lei não conter todo o direito, bem como do direito não se resumir à lei, devendo ser aplicado no caso concreto, não uma regra, mas todo o ordenamento jurídico. Ordenamento jurídico este que obteve unicidade em virtude dos seus princípios¹¹.

Assim também funciona no âmbito penal, sob o qual os princípios irão exercer importância fundamental na elaboração das leis, e, principalmente, na resolução de casos concretos, que, embora possam parecer idênticos, possuem peculiaridades próprias, dentre outras questões de problemática casuística.

Nessa linha, afirma Sebastian Borges de Albuquerque Mello, que com os princípios¹²:

[...] será possível solucionar constitucionalmente questões penais em que o desvalor da ação e do resultado são únicos e irrepetíveis; quando o juízo de censura sobre o autor não se enquadra nas grades seletivas que os tipos penais encerram; quando a incidência do tipo permissivo não se amolda com exatidão à hipótese concreta; quando a lesão não se revela socialmente danosa ou quando a tipificação revela uma condição humana indigna.

⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros. 14. ed., 2010, p. 155.

¹⁰ *Ibidem*, p. 161.

¹¹ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal em Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal**. Organizado por Ricardo Augusto Schmitt. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 193.

¹² *Ibidem*, *loc. cit.*

Os princípios no Direito Penal funcionam tanto para caracterizá-lo, quanto para delimitá-lo.¹³ Entende-se, assim, que os princípios, ao mesmo tempo que fundamentam o direito penal, também o delimitam, evitando-se o cometimento de eventuais excessos.

O direito penal surge com o intuito de impor limites à atuação do Estado absoluto.¹⁴ Historicamente falando, pode-se dizer que diversas revoluções emergiram no mundo objetivando limitar o poderio eivado de excessos do Estado absolutista. Algumas dessas revoluções se deram com o derramamento de sangue, a exemplo da Revolução Francesa, culminada pela tomada da Bastilha, datada de 1789. Outros processos, porém, ocorreram de forma progressiva e sem grandes derrames de sangue, como é o caso da Inglaterra.

Isso ocorreu em virtude do surgimento de ideais iluministas sedentos de liberdade individual. É certo que a influência econômica apresenta especial influência no aparecimento desses ideais libertários, já que a burguesia, para expandir, economicamente falando, precisava que o Estado parasse de intervir de forma excessiva. Ainda assim, foi no seio de ideais iluministas que princípios ínsitos a um Estado Democrático de Direito começaram a emergir.

Finalmente, é possível dizer que a busca pela liberdade individual, a partir de uma limitação do Estado, propiciou, também, direta ou indiretamente, uma preocupação com o indivíduo, com o humano.

É evidente que isso acaba influenciando o Direito Penal, principalmente no tocante às penas e sua consequente aplicação. Ao longo dos anos diversos modelos de aplicação da pena se sucederam, variando-se essencialmente na margem discricionária cedida ao julgador, como será analisado no terceiro capítulo desta pesquisa.

Como foi dito anteriormente, da lei não se pode extrair todo o direito, o que só corrobora o importante papel do seu aplicador, ainda mais os magistrados, que executam sua função a partir de um exercício discricionário. Na aplicação da pena essa importância fica ainda mais evidente, pois aplica-se a sanção em

¹³ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11. ed., 2007, p. 61.

¹⁴ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal em Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal**. Organizado por Ricardo Augusto Schmitt. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 197.

desfavor de um indivíduo, de um humano, e, de acordo com a explanação acima ventilada, a concretude do caso não merece ser resolvida apenas com a lei, afinal, por mais geral que esta seja, ela não conseguirá abarcar todas as situações fáticas.

Por isso é vital a atuação do julgador, aquele que vai aplicar a pena de acordo com o caso concreto. O seu exercício, porém, não deve ser ilimitado, devendo estar contido pela análise dos princípios.

Terminadas as considerações gerais acerca dos princípios, passaremos agora ao estudo específico daqueles inerentes à aplicação da pena.

2.1. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade, ao contrário de outros que aqui serão abordados, não possui previsão expressa na Constituição Federal de 1988. Contudo, isto não significa que ele não possua importância fundamental em nosso ordenamento jurídico, nem tão pouco que a sua aplicabilidade é facultativa.

O seu cerne consiste em limitar eventuais excessos a serem praticados pelo Estado, principalmente nos âmbitos legislativo e judiciário, a partir da formulação de uma equação, lastreada na análise de três critérios, quais sejam adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, chegando-se, ao final, em um resultado proporcional (*lato sensu*).¹⁵

Segundo Luciano Feldens¹⁶, a proporcionalidade vem sendo, cada dia mais, objeto de estudo da comunidade jurídica, já que, através da sua aplicação, pode-se chegar ao difícil resultado de equilíbrio entre liberdade individual (na medida do possível) e intervenção estatal (na medida do necessário). Veja-se:

É inegável a potencialidade expansiva que vem assumindo o princípio da proporcionalidade nas últimas décadas. Sua moderna formulação, escalonada em três níveis (exames de *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*), despertou enorme interesse na comunidade jurídica, oferecendo substrato à (re)afirmação de uma premissa ideológica de difícil equalização: tanta liberdade quanto possível; tanto Estado quanto necessário.

¹⁵ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 150.

¹⁶ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 150-151.

Entende-se, assim, que o princípio da proporcionalidade não propõe uma limitação somente ao poderio estatal, ele vai além, representando a possibilidade de se chegar a uma relação equânime entre liberdade individual e Estado, formando-se, em verdade, uma relação de proporcionalidade.

Em suma, como já foi dito anteriormente, a real intenção do princípio da proporcionalidade é evitar o excesso. José Joaquim Gomes Canotilho parte desta premissa ao denominar o princípio em destaque como “princípio da proibição do excesso”.

Isto se dá, em virtude da identificação feita por este autor, da utilização do princípio da proporcionalidade como limitador das intervenções administrativas na liberdade individual, remetendo-se à utilização feita pela Teoria do Estado, que, por seu turno, desde o século XIX, já considerava o referido princípio como máxima suprapositiva¹⁷.

O princípio em destaque possui como principal campo de atuação o âmbito dos direitos fundamentais, apresentando-se como “critério valorativo constitucional determinante das máximas restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para a consecução de seus fins”.¹⁸

Dessa forma, depreende-se que qualquer indivíduo poderá sofrer restrições pelo Estado no tocante aos direitos fundamentais intrínsecos à sua pessoa, sendo os limites desta restrição determinados a partir da utilização do princípio da proporcionalidade como critério de valoração constitucional.

Para que se compreenda este raciocínio, deve-se ter em mente que, para além do asserto de que nenhum direito é absoluto, os direitos fundamentais não devem atuar no ordenamento jurídico como meras normas programáticas, sendo essencial o controle de constitucionalidade das leis e das decisões judiciais.¹⁹

De acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, os direitos fundamentais são²⁰:

[...] direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo

¹⁷ CANOTILHO, p. 266.

¹⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

¹⁹ *Ibidem*. 36.

²⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Diante deste conceito, resta evidente a descaracterização dos direitos fundamentais como meras normas programáticas. Os direitos fundamentais podem ser exteriorizados como princípios ou até mesmo como regras. Ocorre, porém, que os princípios ao colidirem, diferentemente das regras, não ensejarão na invalidade do que cedeu na colisão, nem tão pouco na colisão, nem tão pouco na criação de uma cláusula de exceção. Neste sentido afirma Robert Alexy²¹:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção.

O que sucede, em verdade, é que em determinadas circunstâncias, a depender do caso concreto, no caso de colisão de princípios, um deverá se sobrepor ao outro, sem que isso ocasione a invalidade do que não foi aplicado, de modo que em outra situação, havendo novo conflito, poderá ser utilizado o princípio que outrora não restou sobreposto.²²

Ademais disso, já é sabido que os princípios são mandamentos de otimização, diante das possibilidades jurídicas e fáticas, devendo, portanto, serem aplicados na medida do possível. É exatamente neste contexto que se torna possível a compreensão de que a máxima da proporcionalidade guarda uma profunda relação com a teoria dos princípios, isto porque a natureza destes implica na máxima da proporcionalidade e vice e versa²³.

A proporcionalidade em sentido estrito, um dos subprincípios da proporcionalidade (*lato sensu*), é responsável por resolver o conflito entre uma norma de direito fundamental com caráter de princípio e um princípio contrastante, isto porque ela consiste na realização de um sopesamento, tendo-se por base a

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 93.

²² *Ibidem. loc. cit*

²³ *Ibidem. loc. cit*

realidade jurídica criada pela colisão. Conclui-se, assim, que a proporcionalidade em sentido estrito atua lastreada nas possibilidades jurídicas²⁴.

É possível concluir, assim, a partir desta sucinta explanação, que o princípio da proporcionalidade guarda consigo uma forma complexa de resolução ante a utilização dos seus critérios. Não se trata, então, de um princípio com aplicabilidade prática de fácil entendimento. É necessário que seja feito um exame minucioso no caso concreto de modo a extrair o resultado dos subprincípios de que trata a proporcionalidade, para só então se chegar a um resultado final proporcional.

Na prática judiciária, porém, a exigência da proporcionalidade vem sendo considerada como um dever jurídico-positivo. É em virtude disto que alguns autores, a exemplo Virgílio Afonso da Silva, preferem tratar a proporcionalidade não como um princípio e sim como uma regra, apontando como nomenclatura correta a da regra de proporcionalidade.²⁵

Isto não só em razão da sua utilização como sinônimo de razoabilidade, mas também por conta dos seus múltiplos significados quando da sua aplicação em concreto (racionalidade na decisão judicial; limitação à violação de um direito fundamental; limitação da pena; necessidade de observância dos preceitos legais, proibição de excessos, etc)²⁶.

É bem verdade que algumas dessas soluções se apresentam de forma acertada na prática. Porém, a fundamentação utilizada para explicar a relação meio e fim da aplicação do princípio ou da regra, como muitos preferem chamar, não se mostra fidedigna aos mandamentos propostos por ele²⁷.

2.2. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

O princípio da humanidade está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto em nosso ordenamento jurídico no artigo 1º,

²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 117.

²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável** em *Revista dos Tribunais*, nº 798, ano de 2002, p. 26.

²⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade** em *Revista de Direito Administrativo*, nº 215, ano de 1999, p. 152.

²⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

inciso III, da Constituição Federal de 88 e reconhecido universalmente através do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 1948.²⁸

O princípio da dignidade da pessoa humana é apresentado na carta constitucional como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e não como direito fundamental do artigo 5º, o que não quer dizer que ele não seja direito fundamental. Além de direito fundamental, o mencionado princípio é um dos fundamentos do Estado brasileiro²⁹.

Não por acaso, como será mostrado em todos os princípios abordados neste trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana advém de ideais liberais, onde a liberdade do indivíduo passa a ter crucial importância, ante os excessos cometidos pelo Estado. O caráter humano, assim, passa a influenciar o surgimento dos mais variados princípios.

A priori, como já foi dito, a importância do humano, do indivíduo, surgiu como uma forma de libertação dos extremos do período absolutista.

Hoje, porém, nos Estados Democráticos de Direito e, mais especificamente, em nosso ordenamento, a pessoa humana exerce importância tal que, mais do que um princípio, apresenta-se com um norte, como um fundamento, de modo que é elementar resguardar a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, isto não quer dizer que, em razão da sua substancial relevância, o princípio da dignidade da pessoa humana não poderá ser objeto de ponderações quando confrontado com os demais princípios constitucionais, de modo que inúmeras situações concretas deverão ensejar a restrição da dignidade humana.³⁰ Não sendo essa discussão, porém, propósito cerne do presente estudo.

Na esfera penal não é diferente, de forma que os princípios constitucionais penais, ao serem aplicados, deverão assegurar, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. Isso deverá ser observado na criação das leis, na aplicação das leis, bem como na execução penal. Também é assim que deverá ser aplicado o princípio da humanidade, logicamente amparado pelo princípio norteador da dignidade da pessoa humana.

²⁸ Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm.> Acesso em: 10 set. 2018

²⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 3ª. ed. reescrita e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 27.

³⁰ *Ibidem*, p. 26.

Contudo, pode-se dizer que, apesar do princípio da humanidade representar vital importância em todos os ramos do Direito Penal, é em relação à pena que ele expressa o seu papel principal.

Na antiguidade, mais precisamente até meados do século XVIII, a pena era aplicada de forma retributiva, sem que houvesse preocupação alguma com uma pena justa. Nesta época eram empregadas penas cruéis e completamente isentas do caráter humanitário, inexistindo imposição de limites legais ao seu aplicador³¹.

Com a evolução da sociedade, as penas aflitivas cederam lugar às penas possuidoras de caráter humanitário, longe de suplícios. Nesse sentido assevera Michel Foucault que “no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua “humanidade””³².

Na atualidade, porém, faz mister a observação do caráter humano da pena, consequência da evolução histórica concernente à dignidade da pessoa humana. Em nosso ordenamento jurídico, por exemplo, o mencionado princípio veda a cominação, aplicação ou execução de penas de morte, perpétuas, de trabalho forçado, de banimento, cruéis, ou, ainda, qualquer outra que macule de alguma forma a dignidade da pessoa humana³³.

Ademais, infere-se que, embora o princípio da humanidade não esteja previsto de forma expressa na Constituição Federal, ele se apresenta de forma implícita em vários dispositivos da carta constitucional, que, para além das vedações supramencionadas, também trazem outros direitos ao apenado, como o de cumprir a sanção em estabelecimento adequado à natureza do delito praticado, a idade e ao sexo. Também é anuído à apenada, durante o seu período de gestação, condições dignas e salubres³⁴.

Zaffaroni e Pierangeli, no que se refere ao princípio da humanidade, atestam que³⁵:

³¹ TRISTÃO. Adalto Dias. **Sentença Criminal: Prática de Aplicação de Pena e Medida de Segurança**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 40.

³² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 42.ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p. 74.

³³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte Geral**. 7. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017 p. 32.

³⁴ TRISTÃO. Adalto Dias. *op.cit*, p. 41.

³⁵ ZAFFARONI, DIREITO BRASILEIRO P. 172.

O princípio de humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito. [...] a república pode ter homens submetidos à pena, “pagando suas culpas”, mas não pode ter “cidadãos de segunda”, sujeitos considerados afetados por uma *capitis diminutio* para toda a vida. Toda a consequência jurídica de um delito – seja ou não uma pena – deve cessar em algum momento, por mais longo que seja o tempo que deva transcorrer, mas não pode ser perpétua no sentido próprio da expressão.

2.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Historicamente falando, pode-se dizer que o princípio da legalidade se origina no âmbito político, em virtude do surgimento de ideais liberais ansiosos para impor limites ao *jus puniendi*, objetivando a liberdade dos indivíduos dos excessos cometidos pelo estado³⁶.

O mencionado princípio comporta a reserva legal, a anterioridade da lei e a tipicidade fechada (taxatividade)³⁷, encontrando-se previsto expressamente no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal Brasileira. Na esfera penal, pode-se inferir que o princípio da legalidade integrou todos os códigos penais desde o Código Criminal do Império, datado de 1830³⁸.

Atualmente o princípio inaugura o Código Penal vigente, apresentando-se no artigo 1º da legislação³⁹, valendo este preceito para crimes, penas e medidas de segurança⁴⁰.

Com isso, do princípio é possível extrair a conclusão de que o crime surge em virtude de lei, estando vedado, portanto, a constituição de crimes a partir dos costumes, bem como através de analogia *in malam partem*, sendo forçosa a tipicidade fechada, bem como a irretroatividade prejudicial da lei penal⁴¹. O mesmo se dará com as penas, que, como o próprio artigo do Código Penal indica, só poderão ser impostas se estiverem previamente cominadas.

³⁶ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito Penal Constitucional – A imposição dos princípios constitucionais penais*. P. 93.

³⁷ *Ibidem. loc. cit.*

³⁸ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal: Prática de Aplicação de Pena e Medida de Segurança**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 35.

³⁹ REFERÊNCIA DO CÓDIGO PENAL

⁴⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte Geral**. 7. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 22.

⁴¹ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Op. cit.*, p. 93.

Nas palavras de Roberto Delmanto Junior, o princípio da legalidade é um postulado *conditio sine qua non* à manutenção da segurança jurídica⁴²:

Trata-se de postulado indispensável à segurança jurídica e à garantia da liberdade de todas as pessoas, impedindo que alguém seja punido por um comportamento que não era considerado delituoso à época de sua prática, bem como que a pena aplicada seja arbitrária, ao impor limites.

Eternizado com a expressão latina *nullum crimen nulla poena*, de Von Feuerbach⁴³, o princípio da legalidade surge como cerne dos Estados Democráticos de Direito. Não é conveniente, por exemplo, dissociar o princípio da legalidade, quando aplicado em Estados Democráticos, do princípio da Dignidade da Pessoa Humana e do princípio da Proporcionalidade, de modo que a limitação imposta por ele hoje se difere substancialmente daquela inserida no liberalismo, de cunho meramente formal e individualista.⁴⁴

Ademais disso, como já mencionado anteriormente, constata-se que podem ser extraídos do princípio da legalidade três consectários lógicos, quais sejam: a reserva legal, a taxatividade e a irretroatividade da lei penal.⁴⁵

Para objetivo deste trabalho, será abordado de forma perscrutada o instituto da taxatividade, relacionando-o, para tanto, com a aplicação da pena, intento desta pesquisa. É válido dizer, ainda, que a aplicação da pena, a ser estudada especificadamente no próximo capítulo, deverá necessariamente ser feita de modo individualizado, em razão do princípio constitucional da individualização da pena, que será examinado mais a frente neste trabalho.

Porém, é na seara legislativa e, conseqüentemente na judiciária, que o princípio em exame, no que tange a taxatividade, se apresenta de forma pretensiosa. Isto porque a sua imposição consiste na exigência de o legislador utilizar-se de precisão quando da elaboração do texto da norma, evitando-se ao

⁴² JUNIOR, Roberto Delmanto. **Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal** em Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 15, nº 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 214.

⁴³ Von Feuerbach *apud* NEPOMUCENO, Alessandro. **Além da lei – a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 110.

⁴⁴ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 94.

⁴⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte Geral**. 7. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 22.

máximo a aplicação de termos vagos, visando, assim, a limitação do espaço de discricionariedade do magistrado⁴⁶.

Desse modo, depreende-se que o princípio da legalidade impõe ao legislador o mínimo de imprecisão possível, de modo a diminuir as ambiguidades, para que a margem discricionária do juízo se acanhe o quanto puder, mesmo estando sempre presente, sendo considerada, além de inevitável, necessária. Esse preceito é válido tanto para a descrição da conduta criminosa quanto para a elaboração da pena. Assim afirma Alberto Jorge Correia de Barros Lima⁴⁷:

Para além, a determinação taxativa obriga o legislador a estabelecer as margens máximas e mínimas da pena com proporcionalidade, evitando, de um lado, possibilidades de alargamento excessivo – não seria constitucional uma pena, em abstrato, com margem mínima de dois e máxima de trinta anos – de outro, impedindo a utilização das chamadas penas tarifadas, que retiram do magistrado a possibilidade individualizadora do tratamento. Ou seja, há um comando de equilíbrio na determinação que opera tanto proibindo a excessiva abertura quanto vetando um excessivo estreitamento das possibilidades do juiz na aplicação da pena.

Sobre o preceito da taxatividade na aplicação da pena, Adriano Teixeira assevera que o princípio da legalidade veda as penas tidas como indeterminadas, sendo “fundamental que a lei reduza a discricionariedade do magistrado não só no momento da decisão sobre o “se” da pena, mas também sobre o “como” ou “quanto”⁴⁸.

Exige-se uma previsibilidade geral da pena a ser aplicada⁴⁹, até porque a previsibilidade específica restaria um tanto impossível, salvo nos sistemas de determinação absoluta do *quantum* sancionatório, como se verá posteriormente.

Esta previsibilidade geral da pena a ser imposta advém, sobretudo, da origem do princípio da legalidade, qual seja a intenção de salvaguardar a liberdade do indivíduo do *jus puniendi* estatal, traçando, assim, um ideário de segurança jurídica e conseqüentemente de confiabilidade entre sociedade e estado, o que pode ser denominado de proteção da confiança normativizada⁵⁰.

⁴⁶ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97.

⁴⁷ *Ibidem. loc. cit*

⁴⁸ TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 108-109.

⁴⁹ *Ibidem. loc. cit*

⁵⁰ *Ibidem. loc. cit*

Conclui-se, assim, que o princípio da legalidade, quando relacionado à temática da aplicação da pena, visa a liberdade do jus puniendi, de que o Estado, é detentor, limitando-se ao máximo, com o preceito da taxatividade, a discricionariedade do magistrado quando da fixação da sanção, preservando, assim, a segurança jurídica comum aos Estados Democráticos de Direito.

2.4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade, assim como o princípio da legalidade, surge sob um viés liberal, estando diretamente ligado à liberdade individual⁵¹. Tal princípio encontra-se expressamente previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, impondo que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade [...]”⁵².

A igualdade como um princípio revela-se de cunho formal, estabelecendo a impossibilidade da existência de leis discriminatórias, bem como atua sob o âmbito material, estando, nestes termos, atrelada a um alcance da igualdade através da lei⁵³.

Considerada como igualdade na aplicação do direito, a igualdade material assume relevante papel no que tange a aplicação igualitária da lei pelos órgãos da administração e pelos tribunais⁵⁴, isto porque a imposição de criação de leis universais não se revela, na prática, garantidora de um alcance da igualdade plena, ao menos não no Brasil, país marcado por ampla diversidade e desigualdade social.

Assim atesta Adalberto Dias Tristão⁵⁵:

No Brasil, a perspectiva universalista de igualdade de direitos não tem se mostrado suficiente para que o ordenamento jurídico assegure a equidade desejada entre homens, mulheres, brancos, índios e negros. A raiz do problema está na desigualdade social e econômica historicamente existente entre essas classes, cujas consequências levam à prática de violações dos direitos fundamentais.

⁵¹ CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1941, p. 426.

⁵² BRASIL. **Constituição Federal da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

⁵³ TRISTÃO. Adalberto Dias. **Sentença Criminal: Prática de Aplicação de Pena e Medida de Segurança**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 36.

⁵⁴ CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1941, p. 426

⁵⁵ TRISTÃO. Adalberto Dias. *op. cit.*, p. 36.

Desse modo, a igualdade apresentada pela Constituição Federal não assegura necessariamente que todos devem ser tratados de maneira idêntica e sim que os iguais devem ser tratados de forma igual e que os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida das suas desigualdades, não havendo mais espaço para a interpretação do princípio da igualdade a partir de termos meramente formais e abstratos, sendo imprescindível a consideração das diferenças existentes entre os indivíduos (igualdade material).⁵⁶

Portanto, não pode ser outra a afirmação senão aquela de que o princípio da igualdade é “um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais”⁵⁷, não sendo por acaso a sua disposição no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988.

Em suma, depreende-se que o princípio da igualdade pode e deve ser pensado como um princípio de justiça social.⁵⁸ Partindo-se para a seara penal, cumpre dizer que essa justiça social deverá ser buscada impreterivelmente pelo magistrado quando da aplicação da pena. É claro que isso nada mais é do que o exercício da igualdade material acima comentada, a ser observada na aplicação do direito. Afinal, o julgador, ao aplicar a pena, está, em verdade, aplicando o direito.

É evidente que na criação do tipo penal, bem como na cominação da pena, o princípio isonômico já fora observado. Porém, é na aplicação da pena que, inevitavelmente, deverá existir um maior grau de cautela, com o fito de se alcançar a igualdade. Isto porque, como será visto em breve, nossa legislação penal optou por um método de fixação da sanção que se propõe obrigatoriamente individualizar a pena na pessoa de cada apenado. Para isso, ela trouxe, dentre outros critérios, um rol de circunstâncias tidas como judiciais, capazes de, em tese, tornar a pena única para cada indivíduo.

A análise dessas circunstâncias judiciais, contudo, exige um exercício discricionário do seu aplicador, que ao realizá-lo deverá sempre partir da premissa imposta pelo princípio da igualdade, direcionando a todos os acusados um tratamento efetivamente isonômico.

⁵⁶ TRISTÃO. Adalto Dias. **Sentença Criminal**: Prática de Aplicação de Pena e Medida de Segurança. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 36.

⁵⁷ CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1941, p. 426.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 426. 430.

2.5. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O princípio da motivação das decisões judiciais está expressamente previsto em nosso ordenamento jurídico no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, o qual afirma que todas as decisões judiciais deverão ser devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade.⁵⁹

Antes da Carta Constitucional de 88 o ordenamento jurídico brasileiro apenas previa a exigência de fundamentação em legislação ordinária, em especial pelas disposições dos artigos 381, inciso III, do Código de Processo Penal, e 458, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973. Isto não significava, porém, que o seu valor como fundamento de garantia fosse ignorado.⁶⁰ Ainda assim, a Constituição Federal vigente trouxe o princípio da motivação como exigência constitucional inerente a qualquer decisão judicial, de modo que o não atendimento ao mandamento exposto ensejará necessariamente em nulidade do ato praticado.⁶¹

Não é raro o tratamento das nomenclaturas motivação e fundamentação como sinônimos. Contudo, tecnicamente falando, o mais correto seria afirmar que o princípio da motivação é efetivado pelo exercício da fundamentação⁶², sendo a fundamentação, portanto, instrumento da concretização do princípio em análise.

Na seara penal, deve-se dizer que o princípio da motivação deverá estar presente, sob forma de fundamentação, em todas as decisões judiciais proferidas neste âmbito, sob pena de nulidade, isto em virtude de uma interpretação da imposição prevista constitucionalmente.

Outrossim, o Código de Processo Penal, em seu artigo 381, inciso III, traz o dever de motivar, de forma específica, como um dos elementos da sentença penal⁶³. Senão vejamos:

⁵⁹ Artigo 93, inciso IX, da CF. IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

⁶⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 70.

⁶¹ *Ibidem* p. 71-72.

⁶² SAMPAIO. Sérgio Humberto de Quadros. **Princípio da Motivação, ou Fundamentação, das Decisões Judiciais, cf. Art. 93, IX** em Princípios blá blá blá por Schmitt. P. 340.

⁶³ REFERÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Art. 381. A sentença conterá:

I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;

II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;

III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;

V - o dispositivo;

VI - a data e a assinatura do juiz.

A sentença penal satisfaz a pretensão punitiva do Estado, que, por sua vez, tem o seu termo inicial no ato de recebimento da denúncia por parte do julgador. Em suma, entende-se que a ação penal veicula o *jus puniendi* estatal, exteriorizando, assim, a sua pretensão punitiva.⁶⁴

Além disso, não é demais dizer que a Sentença Penal poderá ser condenatória ou absolutória, de modo que em ambas as modalidades a pretensão punitiva do Estado estará satisfeita, bem como em ambas o princípio da motivação das decisões judiciais deverá vigorar.

Entretanto, para fins desta pesquisa, cujo objeto circunda o instituto da aplicação da pena, faz mister a compreensão do supramencionado princípio sob a ótica da sentença penal condenatória, já que é nela em que a fixação da pena, judicialmente falando, deve se concretizar.

A Sentença Penal Condenatória se estabelece quando subsiste o reconhecimento da procedência da inicial acusatória. Esta procedência se dará a partir da formação do convencimento do julgador no sentido de condenar o réu, formando-se, assim, a parte meritória da sentença. Ato contínuo, deverá haver um acertamento da pena a ser aplicada, com a sua devida individualização (fase judiciária).

2.6. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Torna-se imprescindível diferenciar a individualização da pena como um princípio fundamental, da individualização da pena como método de aplicação da sanção penal. Para fins deste trabalho estará se utilizando o termo individualização da pena como princípio e não como método/sistema de aplicação da pena, isto

⁶⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 50.

porque entendemos que o sistema de aplicação da sanção adotado em nosso ordenamento jurídico busca, em tese, a efetivação e garantia da individualização da pena como um princípio fundamental.

A adoção pela legislação penal brasileira do critério trifásico de fixação da pena, que será estudado de forma específica no capítulo 3 deste estudo, busca a plena satisfação da individualização da pena à figura do acusado, que, por sua vez, detém esta garantia positivada constitucionalmente. Não é demais dizer, inclusive, que o princípio em destaque advém do princípio da isonomia, anteriormente analisado, vislumbrando, assim, um tratamento distinto aos desiguais na dimensão das suas desigualdades⁶⁵.

Porém, antes de adentrarmos no exame singular do princípio da individualização da pena, faz mister tecer alguns comentários acerca da sua evolução histórica, sem, contudo, discutir a evolução dos sistemas de determinação da pena, estes que serão analisados em momento oportuno deste trabalho.

2.6.1. Breve contextualização da individualização da pena

Em se tratando da história da humanidade, pode-se afirmar que todo grupo social possuiu regras relacionadas à punição daquele que praticava fatos contrários a seus interesses, sendo um modo de sobrevivência do próprio grupo ter algum tipo de sanção capaz de impedir comportamentos que colocavam em risco a sua existência⁶⁶.

Primitivamente, o Direito Penal surge como forma de vingança privada. Sendo assim, não existia, na origem desta ciência, uma forma de salvaguardar a segurança da coletividade, cabendo a cada indivíduo se defender e se vingar de possíveis ataques de que fosse objeto. Pode-se concluir, assim, que o Direito Penal emerge da ideia de duelo, de guerra, de um indivíduo para com outro que lhe fizesse algum mal.⁶⁷

⁶⁵ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 107.

⁶⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 15.

⁶⁷ SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. Tradução de Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio da versão original *La individualización de la pena*. São Paulo: Rideel, p. 41.

Deste estado de guerra passou-se a um estado de paz social, ante a consciência de que as guerras privadas de modo algum poderiam contribuir para a paz pública. Nesse ínterim, pequenos tratados começaram a ser firmados e as guerras começaram a ser declaradas antes que começassem, numa espécie de “consentimento para depor armas”⁶⁸.

Contudo, estas combinações não se demonstraram suficientes para conter a coletividade, que, em determinado momento, passou a fixar o preço que o ofensor deveria pagar ao ofendido, de acordo com a ofensa outrora praticada. Esses “preços”, variáveis com o avanço da história econômica primitiva, lastreavam-se tão somente no valor social da vítima, que, constituindo-se em uma soma fixa desconexa de uma consideração individual, o que Raymond Saleilles chama de *wergeld*⁶⁹.

Trata-se, assim, de um Direito Penal puramente objetivo, totalmente desincumbido da análise do indivíduo. Aliás, se nesse começo pode-se falar em um embrião da individualização, convém afirmar, em contrapartida, que essa se concretiza sob a ótica da vítima e não daquele que praticou o delito⁷⁰.

Outrossim, fala-se aqui em um Direito Penal privado, o qual o poder público não exercia domínio algum. A ideia de penalidade, porém, existiu desde os primórdios, sendo possível, inclusive, trata-la sob o enfoque público, já que as penas poderiam incidir, por exemplo, quando a segurança de uma tribo fosse afetada⁷¹, restando claro o seu caráter de punição pela esfera pública.

Em suma, denota-se que a pena, desde a sua origem, possuiu um caráter punitivo, no intuito de reprimir aquele que, por algum motivo, fez algum mal para a sociedade. Fato é que a história do Direito Penal confunde-se com a própria história da humanidade, de modo que, assim que o homem passou a viver em sociedade, a ideia de punir a prática de atos que atentassem contra algum indivíduo, de forma isolada, ou contra a própria comunidade, instaurou-se⁷².

Vislumbra-se, da digressão feita acima, que as penas que surgiram como forma de vingança privada, cederam espaço para outras menos lesivas, a de

⁶⁸ SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. Tradução de Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio da versão original *La individualización de la pena*. São Paulo: Rideel, p. 41.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 41-42.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 42.

⁷¹ *Ibidem*, p. 43.

⁷² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 16.

expulsão e a de banimento do delinquente de seu típico território, trazendo aqui um caráter pessoal à punição, passando ela a destinar-se apenas à pessoa que praticou a transgressão⁷³. É bem verdade que a ideia de guerra, por si só, traz consequências danosas àqueles que praticaram o delito (em tese culpados), bem como para aqueles que nenhuma relação tem com o seu cometimento.

Destas penas surgiu aquela que ficou conhecida como talião, pena que permeava o Código de Hamurábi. Ela previa uma punição de igual intensidade e gravidade da ação e da lesão provocada, constituindo-se, de alguma forma, como a primeira aparição de sanção proporcional ao fato. Esta pena, por seu turno, afligia o corpo daquele que praticou o delito e ao mesmo tempo disfarçava a vingança realizada pela vítima⁷⁴.

Da pena de talião surgiu a pena de compensação, a qual estava destinada a afetar o patrimônio daquele que cometeu a infração, devendo este obrigar-se a pagar uma indenização, com dinheiro ou até com bens, à vítima ou aos seus familiares.⁷⁵

Essa realidade mudou com o passar do tempo. A partir de então, a própria condenação passa a marcar o delinquente com sinal negativo e unívoco.⁷⁶

As modalidades de penas sofreram mudanças ao longo do tempo, de modo que a privação da liberdade, como pena principal em virtude da prática de um delito, é relativamente recente.⁷⁷ A partir de um pensamento jusnaturalista, direitos inerentes ao ser humano passaram a ser reconhecidos, a exemplo da dignidade e da igualdade.⁷⁸ Desse modo, as penas, que antes eram desproporcionais aos fatos praticados, começaram a ser graduadas de acordo com a gravidade do comportamento de quem cometia o crime, tendo como exigência de que a lei, que determinasse ou proibisse alguma conduta, além de clara e precisa, estivesse em vigor antes da sua prática.⁷⁹

Cesare Beccaria assevera que:

⁷³ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 77.

⁷⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 78.

⁷⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 42.ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p. 14.

⁷⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 23.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 24.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 25.

Todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da necessidade absoluta é tirânico. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações particulares; e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos súditos.⁸⁰

Dessa forma, a punição passa conter um aspecto mais humanitário, para que a imposição da pena não seja um instrumento de tirania e de cometimento de injustiças.

2.6.2. Aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio da individualização da pena está expressamente previsto na Constituição Federal de 88, em seu artigo 5º, inciso XLVI. *In verbis*:

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;

Da leitura deste dispositivo resta clara a compreensão da individualização da pena como um direito fundamental de natureza principiológica, inerente à pessoa do réu. Em verdade, individualizar quer dizer tornar algo único, tornar específico o que antes era genérico, de modo a diferenciar algo ou alguém do todo⁸¹.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, a imputação de uma pena justa ao réu está intimamente atrelada à ideia de a sanção a ser imposta a ele ser considerada única em relação às demais aplicadas cotidianamente. *In verbis*⁸²:

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena preestabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.

⁸⁰ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. *Dei delitti e delle pene*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 42.

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 29.

⁸² *Ibidem. loc. cit.*

Desta linha de raciocínio, é possível concluir que a ideia de justiça, quando da individualização da pena ao condenado, refere-se basicamente a três fatores: *quantum* da pena previamente estabelecido; perfil do agente; e os efeitos que irão recair sobre o condenado.

Isso se dá em virtude de se evitar padrões de aplicação da pena, afinal, se cada indivíduo possui a sua particularidade como ser humano e cada crime possui, necessariamente, circunstâncias específicas inerentes ao seu cometimento, não haveria razão para aplicar sanções iguais, ainda que atinentes a um mesmo tipo penal. É esta lógica que espelha a individualização da pena feita em três fases distintas (legislativa, judiciária, executiva), a ser estudada logo mais na presente pesquisa.

O princípio da individualização da pena enseja a fixação de uma sanção única para cada indivíduo mediante a abertura do campo de atuação do magistrado, ora aplicador da sanção. É racional que caiba à ele, ante a análise do fato criminoso e das provas colhidas na instrução criminal, a fixação da pena *in concreto*.

Individualizar significa tornar algo único, algo que antes poderia se confundir com os demais em sua volta, mas que por conta de um processo de individualização tornou-se particular, tornou-se especial entre o geral.⁸³

O processo de individualização da pena, portanto, tem o condão de eleger a justa e adequada sanção penal, no que tange o montante, ao perfil específico do sentenciado, de modo a torna-lo único e diferente dos demais infratores, ainda que coautores ou corréus.⁸⁴

Isto quer dizer que, ainda que duas ou mais pessoas tenham cometido o mesmo delito, nas mesmas circunstâncias, elas têm o direito de ter uma sanção referente ao crime individualizada à pessoa de cada uma delas, sendo esta a individualização da pena.

A individualização, em concreto, se dá em três fases distintas. A primeira fase, a etapa legislativa, na qual o legislador tipifica uma conduta como criminosa, no que tange a ilicitude, se baseando no valor do bem protegido, para estipular limites, mínimo e máximo, para a pena em abstrato, servindo como um ponto de

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 34.

⁸⁴ *Ibidem, loc.cit.*

partida para o julgador aplicar a pena em concreto. A aplicação da pena em concreto já incorre na etapa judicial da aplicação da pena.⁸⁵

A etapa judicial consiste em o juiz sentenciante eleger e aplicar a justa sanção penal ao agente infrator, incumbindo ao magistrado valorar todas as circunstâncias e causas que envolvem o fato criminoso, além daqueles que norteiam a figura do acusado, tornando-o único no decorrer do processo de aplicação da pena.⁸⁶

A última etapa é a executória, também chamada de administrativa, em que o princípio da individualização da pena se torna concreto, acabado e executável, de modo que, nesta etapa, mais do que nunca deverá ser observado o comportamento individualizado do condenado.⁸⁷ Vale ressaltar que um dos objetivos da aplicação da pena é de ressocializar o sujeito apenado.

⁸⁵ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 108.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 110.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 112.

3 A APLICAÇÃO DA PENA

O sistema de aplicação da pena passou por diversas transformações, envolvendo, principalmente, a liberdade do julgador, ora com maior autonomia, ora não, formando, em verdade, um movimento pendular, oscilando em uma liberdade na aplicação de medidas sancionatórias até o surgimento das penas fixas, desencadeando no atual sistema de imposição da pena, que, por sua vez, fornece liberdade ao juiz, ficando este adstrito à observância de critérios legais preestabelecidos.⁸⁸

Na Idade Média, a atividade judicante era imposta por exigências políticas atinentes à tirania absolutista característica da época, sendo, esta atividade, produto de um regime penal carente do estabelecimento de limites para a determinação da sanção. Em reação ao exercício arbitrário do poder de julgar dos tempos medievais, o Direito Penal moderno passou a adotar um sistema rígido de penas fixas coadunado à definição precisa do crime, solução mais plausível encontrada para limitar o arbítrio judicial.⁸⁹

Desse modo, de um sistema completamente aberto, no que tange à aplicação da pena, passa-se a ter um modelo de dosagem em que a sanção estaria rigorosamente determinada, cabendo ao juiz apenas a aplicação mecânica do texto legal.⁹⁰ O juiz deveria, portanto, seguir a letra da lei.

Contudo, logo tornou-se evidente que tanto a indeterminação sancionatória absoluta quanto a sua absoluta determinação não propiciavam um sistema conveniente⁹¹, de modo que, enquanto a pena completamente indeterminada deixava margem para o demasiado arbítrio do juiz, a pena absolutamente determinada obstava o seu ajustamento pelo julgador, mostrando que ambos os modelos de imposição da sanção não se mostravam eficazes o suficiente para se alcançar a justiça⁹².

⁸⁸ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 101.

⁸⁹ *Ibidem, loc. cit.*

⁹⁰ *Ibidem, loc. cit.*

⁹¹ *Ibidem, loc. cit.*

⁹² *Ibidem, loc. cit.*

Por conta disso, o sistema punitivo evoluiu para que, a partir do estabelecimento de limites mínimos e máximos, lastreado no princípio do livre convencimento, o juízo, de forma fundamentada, pudesse estabelecer a pena cabível ao caso concreto. São nesses limites preestabelecidos que o ordenamento jurídico brasileiro encontra a base para a fixação da pena, sendo um processo judicial pautado na discricionariedade do julgador vinculada à normatização vigente, com o fito de se alcançar a pena necessária e suficiente para a prevenção e reprovação da conduta criminosa⁹³.

Entretanto, esta discricionariedade deve vir acompanhada da devida fundamentação do magistrado, isto é, a motivação apresenta-se como o dever que o juiz tem de expor as razões do seu convencimento, através de um ato complexo, revestido de questionamentos críticos, históricos e racionais⁹⁴.

O que se busca com isso é a garantia da individualização da pena, afinal, cada ser humano tem a sua particularidade, bem como cada crime praticado tem suas circunstâncias específicas. Nesse sentido, pode-se afirmar que as sentenças tidas como padronizadas, quais sejam aquelas capazes de resolver todos os casos, quantificar todas as penas, desatreladas das peculiaridades de cada caso e das singularidades de seus personagens, não mais merecem espaço na modernidade.⁹⁵

Aníbal Bruno⁹⁶, em apertada síntese, explica como se deu a evolução da aplicação da pena, no que tange a atuação do magistrado:

Com tudo isso, o fundamento da determinação da pena tornou-se demasiadamente complexo, trazendo por consequência complicar-se a função do juiz. Cabia-lhe recolher e ponderar todos os dados capazes de contribuir a elucidar a gravidade do episódio criminoso e a natureza do homem, para daí concluir, num livre movimento de consciência, a pena justa e eficaz. Para isso, tinha de ser-lhe conferido certo poder discricionário no seu julgamento, um arbítrio ponderado, mas suficientemente largo para apurar e resolver o que lhe parecesse de justiça, e essa é a atitude das legislações modernas.

⁹³ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 102.

⁹⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 102.

⁹⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 145.

⁹⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral, tomo 3º: pena e medida de segurança**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 152-153.

Conclui-se, portanto, que, na atualidade, a atividade do magistrado ao aplicar a pena é deveras complexa, cabendo ao mesmo examinar e ponderar todos os fatos capazes de mesurar a gravidade do delito perpetrado, além de fazer uma investigação à natureza do agente que o praticou, visando o estabelecimento da pena através de um arbítrio ponderado, para fins de alcance da sanção justa.

3.1. EVOLUÇÃO DA APLICAÇÃO DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A determinação da penalidade poderá ser feita lastreada em três sistemas principais, quais sejam: Sistema da absoluta determinação (legalismo exacerbado); Sistema da absoluta indeterminação (livre-arbítrio judicial); Sistema da relativa determinação⁹⁷.

Nesse sentido, pode-se dizer que o Brasil caminhou lentamente no que tange a garantia da individualização da pena (fase judicial). Embora o país estivesse coadunado com os ideais liberais, estes que dominavam a Inglaterra, França e os Estados Unidos, só conseguiu editar um Código Penal no ano de 1830.⁹⁸

Neste código, ainda haviam resquícios do sistema punitivo medieval, já que o juiz, ao dosar a pena, deveria obedecer graus rígidos preestabelecidos⁹⁹. Influenciado pelo códex francês, datado de 1791, o Código Criminal do Império concedia à sanção penal uma aplicação matemática, vinculada à análise de três graus distintos, quais sejam: máximo, médio e mínimo¹⁰⁰.

O juízo se restringia a fazer a constatação do fato delituoso, passando a identificação do grau de reprovabilidade concernente à prática deste, terminando por declarar a pena correspondente. Nota-se, assim, que não cabia ao aplicador do direito o poder de escolha na fixação da pena, vez que a proporcionalidade na

⁹⁷ PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1**: parte geral, arts. 1.º a 120. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 595.

⁹⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 146.

⁹⁹ *Ibidem, loc. cit*

¹⁰⁰ PRADO, Luis Regis. *Op. cit.* p. 595.

conduta estava predeterminada em lei, o que tornava o julgador um mero intermediário entre a legislação e o fato punível¹⁰¹.

Com o advento da Proclamação da República no ano de 1889, se fez necessária a criação de um novo Código Penal. Foi implantado, então, em 1890, o Código Criminal Republicano. Este, por sua vez, não alterou de forma substancial o sistema trazido pelo Código Imperial, tendo apenas dado maior importância às circunstâncias agravantes.¹⁰²

Na codificação ficavam prefixados somente os graus mínimo e máximo, enquanto que os outros, médio, submédio e submáximo, eram resultado da média aritmética dos demais¹⁰³.

Nesta toada, ante a complexidade aritmética apresentada pelo Código Republicano, dentre outros problemas, foi elaborada e publicada a chamada Consolidação das Leis Penais, em 1932, que, pouco tempo depois, foi substituída pelo Código Penal em vigor¹⁰⁴.

Enquanto o Código Penal Imperial e o Código Republicano são a representação do sistema da absoluta determinação, o Código Penal de 1940, tanto na versão original, quanto na versão editada em 1984, simboliza o sistema da relativa determinação, em que a individualização da pena no âmbito legislativo é complementada judicialmente. Sendo assim, a pena resta determinada no que se refere à espécie e ao *quantum*, cabendo ao juízo, da análise dos limites mínimos e máximos, aplica-la discricionariamente.¹⁰⁵

Nas palavras de Nelson Hungria, grande mentor do sistema de aplicação da pena trazido pelo Código de 40, como se verá posteriormente, no regime da relativa determinação, o objetivismo e o subjetivismo se entrelaçam quando da fixação da pena, formando um único bloco. Observemos¹⁰⁶:

O ponto de culminância desse espírito de conciliação é o relativo à aplicação da pena. A fórmula unitária já foi assim fixada: *retribuir o mal*

¹⁰¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 146.

¹⁰² *Ibidem, loc. cit*

¹⁰³ PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1**: parte geral, arts. 1.º a 120. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 595.

¹⁰⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit.* p.147.

¹⁰⁵ PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1**: parte geral, arts. 1.º a 120. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 595-596.

¹⁰⁶ HUNGRIA, Nelson. O Arbítrio Judicial na Medida da Pena. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXIX, vol. LXXXIX, jan. 1942, p. 6-7.

concreto do crime com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso. Ao ser cominada in abstracto, a pena é individualizada objetivamente; mas, ao ser aplicada in concreto, não precinde da sua individualização subjetiva. Após a individualização convencional da lei, a individualização experimental do juiz, ao mesmo tempo objetiva e subjetiva. E conservada a prefixação de minima e maxima especiais; mas, suprimida a divisão dos graus intermediários, o juiz pode mover-se livremente entre aqueles, para realizar a “justiça do caso concreto”.

É nítido o idealismo presente no pensamento dos juristas apoiadores do sistema de fixação da pena estabelecido no Código Penal de 1940¹⁰⁷. Certo é que eles percebiam as deficiências das técnicas da absoluta indeterminação e da absoluta determinação das sanções, concluindo, assim, que a junção dos dois sistemas seria a melhor das soluções para uma individualização da pena de forma justa¹⁰⁸.

Conclui-se, dessa forma, que o Código Criminal da década de 40 acabou por consagrar o chamado *arbitrium regulatum*, ou seja, o poder discricional relativo, personificado na relativa elasticidade da ação do magistrado, a quem caberá a correção dos critérios inevitavelmente genéricos presentes na legislação, pretendendo a obtenção da justiça como sinônimo de equidade¹⁰⁹.

Sanada a compreensão de que o código de 1940 inaugurou o modelo da relativa indeterminação das penas, processar-se-á a análise de qual modelo é adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro quando da dosagem da pena no caso em concreto.

3.2. MODELO DE APLICAÇÃO DA PENA ADOTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para que se chegasse ao modelo de dosimetria utilizado hoje pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro foram apresentadas duas propostas, uma de Roberto Lyra, que trazia um critério composto de duas fases para fixar a pena, e o de Nelson Hungria, que defendia um modelo dispendo de três fases para a aplicação da sanção penal.¹¹⁰

¹⁰⁷ A exemplo de Roberto Lyra e Nelson Hungria.

¹⁰⁸ HUNGRIA, Nelson. O Arbitrio Judicial na Medida da Pena. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXIX, vol. LXXXIX, jan. 1942, p. 7.

¹⁰⁹ *Ibidem, loc. cit*

¹¹⁰ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 104.

No sistema defendido por Roberto Lyra duas fases se mostravam suficientes a alcançar a quantificação objetiva da pena. Seriam analisadas, em um primeiro momento, as circunstâncias judiciais conjuntamente com as circunstâncias legais agravantes e atenuantes. Em um segundo momento, incidiria sobre o *quantum* estabelecido na primeira fase os aumentos ou diminuições correspondentes às eventuais majorantes ou minorantes, que podem ser encontradas tanto na Parte Geral, quanto na Parte Especial, consoante entendimento do Código Penal.¹¹¹

Nota-se, assim, que no modelo de aplicação supracitado a pena-base era o resultado da análise simultânea das circunstâncias judiciais e das circunstâncias legais, quais sejam as agravantes e atenuantes, devendo incidir na pena-base as causas de diminuição e aumento, sendo esta, portanto, a última etapa.¹¹²

Divergindo de forma parcial, Nelson Hungria defendia a realização dos cálculos judiciais em três etapas. Na primeira, seriam examinadas as circunstâncias judiciais, visando a obtenção da pena-base. Na segunda, seriam aplicadas eventuais agravantes e atenuantes, encontrando-se a pena provisória. Finalmente, na terceira e última etapa, incidiriam no quantitativo encontrado na segunda fase os aumentos e as diminuições advindas de majorantes e minorantes.¹¹³

O texto do Código Penal de 1940, este que, por seu turno, inaugurou a aplicação da pena lastreada no sistema da relativa determinação, pormenorizado posteriormente no quarto capítulo deste trabalho, deixou ambígua a interpretação do critério a ser utilizado na fixação da sanção penal, se seria o bifásico, defendido por Roberto Lyra, ou se seria o trifásico, proposto por Nelson Hungria.¹¹⁴

O método de aplicação composto por três fases esteve presente na redação do Código Penal de 1969, subsequente ao *códex* de 40, nunca tendo,

¹¹¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 151.

¹¹² SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 104.

¹¹³ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit.* p. 151.

¹¹⁴ ANDRADE, Anna do Prado Valladares. **Aplicação das circunstâncias atenuantes na dosimetria da pena**: A súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça e a fixação do quantum aplicável. Anais: artigos completos / I Congresso da Associação Mineira de Pós-Graduandos em Direito. Belo Horizonte: Pergamum, 2010, p. 91. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38530101/Anais1.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1536962939&Signature=e3oCtIhvAGQMWjQJgZT3i%2Bjf1RQ%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DAnais_do_I_Congresso_da_AMPD_-_v.1.pdf#page=88>. Acesso em: 18 de setembro de 2018.

entretanto, entrado em vigor, apesar de devidamente sancionado, sofrendo revogação após longo tempo em *vacatio legis*.¹¹⁵

A dúvida sobre qual critério deveria ser aplicado para fixar a pena restou sanada com a reforma feita na Parte Geral do Código Penal pela lei nº 7.209/84, em que o legislador deixou clara sua preferência pelo método trifásico, ora proposto por Nelson Hungria.¹¹⁶

Senão vejamos a Exposição de Motivos trazida no bojo do diploma legal:

51. Decorridos quarenta anos da entrada em vigor do Código Penal, remanescem as divergências suscitadas sobre as etapas da aplicação da pena. O Projeto opta claramente pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no artigo 59, consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes, incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento. Tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria. Discriminado, por exemplo, em primeira instância, o *quantum* da majoração decorrente de uma agravante, o recurso poderá ferir com precisão essa parte da sentença, permitindo às instâncias superiores a correção de equívocos hoje sepultados no processo mental do juiz. Alcança-se, pelo critério, a plenitude da garantia constitucional da ampla defesa.¹¹⁷

Com a reforma da Parte Geral acima narrada, a dosimetria da pena feita em três fases distintas passou a constar de forma expressa 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.¹¹⁸

Em suma, o enunciado determina a realização de três movimentos distintos: a perquirição da pena-base, seguida da pena provisória e, no final, da pena definitiva, conforme recomendação de Hungria.¹¹⁹

¹¹⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 151.

¹¹⁶ ANDRADE, Anna do Prado Valladares. **Aplicação das circunstâncias atenuantes na dosimetria da pena**: A súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça e a fixação do quantum aplicável. Anais: artigos completos / I Congresso da Associação Mineira de Pós-Graduandos em Direito. Belo Horizonte: Pergamum, 2010, p. 92. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38530101/Anais1.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1536962939&Signature=e3oCtIhvAGQMWjQJgZT3i%2Bjf1RQ%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DAnais_do_I_Congresso_da_AMPD_-_v.1.pdf#page=88>. Acesso em: 18 de setembro de 2018.

¹¹⁷ Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 18 de setembro de 2018.

¹¹⁸ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

¹¹⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. *op. cit.*, p. 153.

Ademais, entende-se que este é o critério mais detalhado para que as partes envolvidas no processo criminal possam saber exatamente o pensamento do juiz no momento da aplicação da pena, de modo que a separação em três fases distintas torna mais clara a fixação da sanção penal.¹²⁰

Nas palavras de Nelson Hungria¹²¹, em nítido confronto ao método bifásico, fazendo referência ao artigo 42 do Código Penal anterior à reforma de 1984:

Mas no cálculo da pena-base só devem entrar as circunstâncias judiciais (cabíveis no quadro do art. 42), abstraídas as circunstâncias legais e as causas de especial aumento ou diminuição; pois, de outro modo, umas e outras, entressachadas, funcionariam duas vezes, isto é, no cálculo da pena-base e no cálculo dos aumentos ou diminuições subsequentes.

Nesse sentido, é possível afirmar que com o método trifásico o magistrado sentenciante, através de um raciocínio lógico-dedutivo, poderá expor, de forma minuciosa, sua conclusão a respeito da quantidade da pena adequada ao caso em concreto, individualizando-a, conforme determina a Constituição Federal.¹²²

Portanto, não pode ser outro o entendimento senão de que o legislador optou pelo critério defendido por Nelson Hungria, por considerá-lo o mais condizente com a individualização judicial da pena.¹²³

Ao final deste processo aritmético resultará a pena definitiva a ser imputada ao réu, devendo, ainda, o julgador, neste momento, definir a pena de multa, o regime inicial de cumprimento da pena, além da possibilidade de substituição ou de suspensão condicional da mesma.¹²⁴

Terminada a análise da concretização do método de aplicação da pena adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, passemos ao estudo detalhado da dosimetria consagrada no artigo 68 do Código Penal vigente, observando, para isso,

¹²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 151.

¹²¹ HUNGRIA, Nelson. O Arbítrio Judicial na Medida da Pena. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXIX, vol. LXXXIX, jan. 1942. p. 12.

¹²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.* p. 152.

¹²³ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 152.

¹²⁴ ANDRADE, Anna do Prado Valladares. **Aplicação das circunstâncias atenuantes na dosimetria da pena**: A súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça e a fixação do quantum aplicável. Anais: artigos completos / I Congresso da Associação Mineira de Pós-Graduandos em Direito. Belo Horizonte: Pergamum, 2010, p. 92. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38530101/Anais1.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1536962939&Signature=e3oCtIhvAGQMWjQJgZT3i%2Bjf1RQ%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DAnais_do_I_Congresso_da_AMPD_-_v.1.pdf#page=88>. Acesso em: 18 de setembro de 2018.

as principais peculiaridades de cada uma das três fases atribuídas pelo legislador pátrio.

3.3. A DOSIMETRIA DA PENA

A fixação da pena no ordenamento jurídico brasileiro, como já demonstrado é realizada em três fases distintas, devendo ser analisado de início as circunstâncias judiciais, passando-se ao exame das circunstâncias legais e, por fim, deverão incidir eventuais causas de aumento e de diminuição, consoante o entendimento do artigo 68 do Código Penal vigente.

Diante da constatação que a dosimetria da pena no Brasil é realizada a partir do estabelecimento da pena-base, da pena provisória e, por fim, da pena definitiva, nesta ordem, deve-se entender que este processo de dosagem requer do seu aplicador uma diligente elucubração dos efeitos éticos-sociais da sanção, bem como das garantias constitucionais, principalmente daquela que versa sobre a individualização da pena.¹²⁵

Para tanto, o magistrado, ora aplicador do castigo, deverá expor, através de raciocínio lógico-dedutivo, ponto por ponto, seu resultado referente a quantidade da sanção imposta, individualizando-a, como manda a Constituição.¹²⁶

Esta exposição minuciosa se dará em virtude do princípio da fundamentação das decisões judiciais, positivado no artigo 93, inciso IX, da Carta Constitucional de 88¹²⁷, como já mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, de modo que a ausência de fundamentação em qualquer das fases propostas pelo critério trifásico ensejará nulidade.¹²⁸

Ademais, torna-se imprescindível dizer que o legislador pátrio, ao dispor sobre a fixação da pena, evidenciou uma hierarquia entre as fases do critério

¹²⁵ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 105.

¹²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 152.

¹²⁷ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Op. cit.* p. 105.

¹²⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 156.

trifásico, não podendo ser considerado mero acaso a ordem de análise pelo julgador, positivada no artigo 68 do Código Penal.¹²⁹

Nas palavras de Ricardo Augusto Schmitt¹³⁰, o sistema trifásico de dosimetria da pena apresenta uma valoração escalonada verticalmente, o que explicita a hierarquia entre as fases:

Os elementos que compõem a pena definitiva em concreto não foram disciplinados de forma aleatória, pois resultam de uma estruturação hierarquizada promovida pelo legislador, de acordo o grau (valor) de importância para a obtenção do fim almejado.

O sistema trifásico de dosimetria da pena, então, é um corpo único, escalonado verticalmente e que se divide em fases distintas e ordenadas, porém, que se interagem entre si à formação da sanção definitiva em concreto.

É importante ressaltar que esta coerência do sistema, no que tange a hierarquia inerente à valoração, deverá estar presente não somente na ordem de análise das fases de aplicação da pena, como também no *quantum* a se majorar ou minorar. Sendo assim, de acordo com a estrutura normativa oferecida pelo sistema trifásico de dosimetria, é possível encontrar as circunstâncias judiciais como uma fundação, da qual se extrairá, a partir de uma análise, a pena-base, ao passo que na crista da escala de hierarquia estarão as causas de diminuição e aumento de pena, que fomentarão o estabelecimento da pena definitiva, consistente na pena em concreto a ser destinada ao delito.¹³¹

Não é difícil concluir, portanto, que, ocorrendo a inversão das fases da aplicação trifásica da pena durante o processo de dosimetria, a sentença será considerada nula.¹³²

Claramente este método de fixação comporta lógica quando da sua consumação. Todavia, ainda que exista nítida hierarquia entre as fases de aplicação, isso partindo-se da premissa legislativa, na prática, a determinação da sanção não é tão simples, sendo imprescindível que os três momentos sejam vislumbrados em sentido amplo, tomando-se por base os elementos do fato e do tipo que poderão influenciar na dosimetria, visando evitar que a congruência prevista no Código Penal se perca.

Nesse sentido, vale colacionar o pensamento de Zaffaroni e Pierangeli¹³³:

¹²⁹ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 118.

¹³⁰ *Ibidem, loc. cit*

¹³¹ *Ibidem, loc. cit*

¹³² *Ibidem, loc. cit*

Conquanto esse sistema tenha a virtude de eliminar as discussões, até então existentes no Brasil e na doutrina comparada, ele complica muito as coisas, pois, freqüentemente, pensa-se na necessidade de se construir, por primeiro, uma escala abstrata, e, em seguida, determinar a pena dentro dela. E isso tem alguns inconvenientes lógicos, que pode ocorrer quando a terceira etapa remeta novamente a uma revisão ou reavaliação da primeira, particularmente, quando se trata de determinar a categoria da pena aplicável, uma vez que a escala normal pode estabelecer uma pena cuja quantidade não permita sua substituição, e, logo em seguida, como decorrência de uma escala alterada, isso torna-se possível. Por outro lado, freqüentemente, se torna difícil estabelecer a pena-base no caso concreto, pois, às vezes, deve-se imaginar resultados ou efeitos que não tenham ocorrido, como no caso da tentativa.

Outrossim, é cabível discorrer sobre outro importante aspecto da dosimetria da pena, qual seja a seleção das circunstâncias que irão influenciar a fixação, considerando, para isso, o sistema trifásico imposto pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Convém esclarecer que o termo circunstância advém dos vocábulos *circum* (círculo) e *stare* (estar), denotando “tudo o que *está em torno, que está ao redor de algo*”.¹³⁴

Nessa perspectiva, pode-se dizer que circunstância é gênero, que compreende como espécies as circunstâncias judiciais, as circunstâncias legais agravantes e atenuantes, as qualificadoras associadas aos tipos dispostos na Parte Especial e as minorantes e majorantes presentes na Parte Geral e na Parte Especial do Código Penal.¹³⁵

Cumprido dizer, nesse sentido, que cada circunstância terá momento oportuno para ser analisada. O reconhecimento das circunstâncias, inclusive, é obrigatório em qualquer que seja a fase. Ressalte-se que o reconhecimento destas não se confunde com a valoração.¹³⁶

A valoração de uma mesma circunstância em mais de uma fase enseja *bis in idem*, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, haja vista não poder punir um indivíduo mais de uma vez em decorrência de um mesmo fato delituoso.¹³⁷

¹³³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 783.

¹³⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 160.

¹³⁵ *Ibidem, loc. cit*

¹³⁶ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 144.

¹³⁷ *Ibidem, loc. cit*

Dessa forma, o magistrado, ainda que não valere uma circunstância, em razão da proibição da dupla valoração, deverá, necessariamente, reconhecer-las em qualquer que seja a fase.¹³⁸

Comentadas as principais peculiaridades da dosimetria da pena, sucederá o estudo das circunstâncias judiciais.

3.3.1 Análise das circunstâncias judiciais

A análise das circunstâncias judiciais surge como a primeira fase da técnica de fixação da pena imposta pelo Código Penal Brasileiro.

As circunstâncias judiciais estão presentes no artigo 59 do mencionado diploma legal. Vejamos:

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.¹³⁹

O mencionado artigo determina de forma clara que a pena deverá ser aquela necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, observando-se, para isso, as circunstâncias nela presentes.¹⁴⁰

A partir da análise de cada uma das circunstâncias apresentadas pelo referido artigo se chegará a pena-base, sendo esta a primeira pena em concreto. A observação dos elementos que compõem as circunstâncias judiciais permitirão ao julgador a compreensão dos motivos que o levaram a sua conclusão, respeitando, assim, os princípios da legalidade, da imparcialidade do sentenciante, bem como do prevailecimento de componentes racionais no estabelecimento da pena-base.¹⁴¹

¹³⁸ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 144.

¹³⁹ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

¹⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 293.

¹⁴¹ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Op. cit.* p. 128.

As circunstâncias, ora analisadas, são chamadas de judiciais porque quem confere uma carga de valor para cada uma delas no caso concreto é próprio magistrado no momento em que estiver individualizando a pena-base.¹⁴²

Elas podem ser classificadas como subjetivas e objetivas, se encaixando nessas as circunstâncias do crime, as consequências dele advindas e o comportamento da vítima, já naquelas se enquadram a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade e os motivos inerentes ao sujeito ativo do fato delituoso.¹⁴³ Vale dizer que as circunstâncias aqui mencionadas devem ser valoradas pelo sentenciante na ordem estabelecida pelo legislador.

3.3.1.1 Culpabilidade

Nas palavras de José Antônio Paganella Boschi, “a culpabilidade é o eixo sobre o qual se assentam os sistemas penais modernos”.¹⁴⁴

É importante dizer que o conceito de culpabilidade como um dos elementos da teoria do delito foi amplamente debatido ao longo dos anos, sofrendo, como consequência desses debates, diversas transformações.¹⁴⁵

De acordo com Juarez Tavares, dos conceitos contemporâneos, o que mais serve ao real sentido que a culpabilidade pode conferir à prática jurídica é aquele defendido por Claus Roxin¹⁴⁶:

ROXIN a conceitua a partir da chamada acessibilidade normativa: o agente é culpado quando, em virtude de sua constituição psíquica e mental estava, no momento do fato, em condições de atender à exortação ou ao apelo da norma¹⁴⁷.

¹⁴² BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 160.

¹⁴³ *Ibidem*, 161.

¹⁴⁴ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁴⁵ “Não obstante, a doutrina trabalha com a concepção psicológica da culpabilidade, relacionada à teoria causal do delito, com a concepção psicológica-normativa, associada à teoria neocausal para, então, tratar da culpabilidade segundo a teoria normativa pura, adotada na teoria finalista do delito”. BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano L. **A definição de responsabilidade em Claus Roxin e o posicionamento do Tribunal Constitucional Alemão** em Culpabilidade no Pós-Finalismo/organizador, Sebastián Borges de Albuquerque Mello. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 186.

¹⁴⁶ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 418.

¹⁴⁷ Claus Roxin *apud* TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 418.

Este conceito surge como um contraponto às antigas acepções do conceito de culpabilidade atrelado a ideia de que um sujeito para ser considerado culpado deveria estar agindo com liberdade de vontade, sendo pressuposto desta liberdade a capacidade do agente de compreender e de desejar, no sentido de imputabilidade, consistindo, assim, em uma capacidade de culpa. Nesta toada, infere-se que a liberdade de vontade, intrínseca às conceituações clássicas de culpabilidade, a depender da teoria em foco, poderia integrar a vinculação do agente ao fato, na configuração de dolo ou culpa, ou, ainda, poder-se-ia compor o ideário de¹⁴⁸ consciência potencial de ilicitude e de exigibilidade de conduta diversa¹⁴⁹, fazendo incidir sobre o fato e sobre o autor um juízo de reprovação¹⁵⁰.

Convém registrar, no entanto, que, embora o conceito de culpabilidade ventilado por Claus Roxin pareça ser o mais assertivo para a realidade jurídica, não é ele o dominante na atualidade¹⁵¹, vigorando hodiernamente a concepção que abarca a reprovabilidade do fato em concomitância com a reprovabilidade do agente, como ilustrado no parágrafo anterior, pautando-se a responsabilidade em um juízo de reprovabilidade social¹⁵².

Não é custosa a percepção de que o contraponto figurado pela teoria de Roxin guarda consigo lógica. Isto porque a conceituação de culpabilidade tradicionalmente adotada, na prática, deixa uma margem significativa à fragilidade, no que tange à sua incidência, afinal, o magistrado, ora aplicador do direito, “não pode voltar no tempo para conferir se o acusado estava mesmo ou não em condições de manter a sua conduta em conformidade com as normas jurídico-penais”¹⁵³, não devendo caber a ele a decisão sobre a evitabilidade do resultado. Conclui-se, assim, que o juízo acerca do poder agir de outro modo é algo indemonstrável, consoante entendimento de Roxin¹⁵⁴.

¹⁴⁸ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 420.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 411.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 420.

¹⁵¹ BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano L. **A definição de responsabilidade em Claus Roxin e o posicionamento do Tribunal Constitucional Alemão** em Culpabilidade no Pós-Finalismo / organizador, Sebastián Borges de Albuquerque Mello. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 187.

¹⁵² *Ibidem*, *loc. cit*

¹⁵³ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 164.

¹⁵⁴ TAVARES, Juarez. *Op. cit*, p. 421.

A estas críticas e contrapontos em relação aos múltiplos conceitos de culpabilidade, convencionou-se a chamar de crise do conceito de culpabilidade¹⁵⁵, que, por sua vez, ocasionou o surgimento de diversos problemas, principalmente relacionados à confusão entre culpabilidade de ato e de autor¹⁵⁶.

Nessa sequência, cumpre esclarecer que, no que se refere à imposição da pena, deve-se auferir a culpabilidade e não a periculosidade¹⁵⁷, sendo esta última concernente a um juízo de censura moral.¹⁵⁸

Na análise como circunstância judicial, porém, verifica-se a culpabilidade como grau de censurabilidade da conduta praticada pelo agente, devendo este ser medido pelo magistrado diante dos elementos oferecidos pelo caso concreto.¹⁵⁹

3.3.1.2 Antecedentes

Entende-se por antecedentes a *vita anteaecta* do réu¹⁶⁰, ou seja, são todos os fatos praticados por ele anteriormente, podendo estes serem bons ou maus¹⁶¹.

O Código Penal não define o que deve ser levado em conta para fins de antecedentes quando da perquirição da pena-base, lacuna esta preenchida pela doutrina e pela jurisprudência, ambas respaldadas em princípios constitucionais, sendo o principal deles, nesse caso, o da não culpabilidade, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Sabe-se, no entanto, que, por não estar positivado na legislação penal, a incidência da circunstância judicial “antecedentes” no cálculo da pena, assim como

¹⁵⁵ BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano L. **A definição de responsabilidade em Claus Roxin e o posicionamento do Tribunal Constitucional Alemão** em Culpabilidade no Pós-Finalismo / organizador, Sebastián Borges de Albuquerque Mello. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 188.

¹⁵⁶ CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena no Estado Democrático de Direito e Garantismo: Considerações a partir do Princípio da Secularização em Aplicação da Pena e Garantismo.** CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. 2ª edição, ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 44.

¹⁵⁷ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal: Prática de Aplicação de Pena e Medida de Segurança.** 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 71

¹⁵⁸ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p. 45.

¹⁵⁹ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória.** 11.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 130.

¹⁶⁰ *Ibidem, loc. cit*

¹⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p 776.

as demais circunstâncias em análise, torna-se verdadeiramente frágil, havendo, por vezes, na prática, discordância acerca da sua aplicabilidade.

Nesse ínterim, a partir de um compilado dos entendimentos jurisprudenciais, o conceito mais fidedigno à utilização dos antecedentes na realidade judicial, é aquele apresentado por Ricardo Augusto Schmitt. Senão vejamos¹⁶²:

Inserido na discussão temática, defendemos que somente revela ser possuidor de antecedentes criminais o agente capaz que possui contra si sentença penal condenatória transitada em julgado, decorrente de fato ilícito anterior (crime ou contravenção penal) e que não implique em reincidência.

É possível extrair deste conceito diversas nuances da incidência efetiva dos antecedentes. *Ab initio*, deve-se dizer que somente será considerada como antecedente a prática de um fato ilícito, de modo que comportamentos que não guardem relação com a ilicitude não devem ser valorados como antecedentes¹⁶³.

Ademais disso, é cabível exprimir que, como o próprio nome já induz, os acontecimentos a serem valorados como antecedentes do sentenciado, serão aqueles ocorridos anteriormente a conduta ilícita por ele praticada, esta que desencadeou a aplicação de uma sanção, sendo vedado, assim, a valoração de antecedentes em virtude da ocorrência de fatos posteriores.¹⁶⁴

Esses acontecimentos ilícitos anteriores, porém, só poderão ser valorados como antecedentes se e tão somente se tiverem sido objeto do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória em desfavor do réu¹⁶⁵, devendo ser excluídas dessa apreciação, portando, sentenças penais absolutórias. Torna-se essencial afirmar aqui que este entendimento advém do princípio constitucional da não culpabilidade¹⁶⁶, também conhecido como princípio da presunção de inocência.

Partindo-se da premissa acima explicitada, não é difícil concluir que só podem exasperar a pena-base acima do mínimo legal estabelecido pelo legislador como característica de antecedentes criminais fatos praticados pelo agente que repercutiram judicialmente, dando azo a uma imputação ao acusado através de uma ação penal pública ou privada.¹⁶⁷

¹⁶² SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 136.

¹⁶³ *Ibidem*, p.135.

¹⁶⁴ *Ibidem*,loc. cit

¹⁶⁵ *Ibidem*,loc. cit

¹⁶⁶ *ibidem*, p. 139.

¹⁶⁷ *Ibidem*,loc. cit

Nesse cenário, urge explanar que nem sempre foi este o entendimento do judiciário brasileiro, sendo antes o reconhecimento dos antecedentes feito segundo o exame de todo o passado do réu, que, por sua vez, comportava desde a eventual existência de condenações até o seu relacionamento com a família ou no trabalho¹⁶⁸. Essa realidade foi alterada em 1984, quando da inserção da conduta social como circunstância judicial¹⁶⁹, de forma que a partir deste feito o seu conceito ficou completamente desvencilhado daquele formulado para os antecedentes.

Outrossim, a dúvida se inquéritos policiais e ações penais em andamento poderiam ser utilizados para fins de exasperação da pena-base como característica de antecedência criminal perdurou há muito¹⁷⁰, sendo finalmente sanada com a edição da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça.¹⁷¹

Por fim, torna-se imprescindível desenvolver o estudo dos antecedentes a partir da sua relação com o instituto da reincidência. Inicialmente, importa asseverar que este tópico do presente trabalho se ocupa em tecer comentários acerca dos antecedentes criminais, apresentando, para isso, os principais requisitos que ocasionam a sua valoração como circunstância judicial, de maneira que a reincidência será tratada em momento posterior, ainda que perfunctoriamente, quando estivermos tratando da análise das circunstâncias legais.

Retomando a discussão previamente comentada, insurge a necessidade de realizarmos uma breve contextualização. Já é sabido que existe uma evidente hierarquia entre as fases previstas para a dosimetria da pena, sendo essa estrutura hierárquica extraída da legislação penal vigente e do princípio do *non bis in idem*. Sendo assim, é lógico afirmar que a reincidência, por ter a sua aplicação adstrita à segunda fase, como circunstância agravante específica, encontra-se em posição hierarquicamente maior do que os antecedentes criminais.¹⁷²

¹⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 442.

¹⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p 775.

¹⁷⁰ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 136.

¹⁷¹ “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. **Enunciado de Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça**. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 444**. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='444'](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='444'>)>. Acesso em: 12 nov. 2017.

¹⁷² SCHMITT, Ricardo Augusto. *op. cit*, p. 144.

Nesta toada, é possível concluir que uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado por fato pretérito, capaz de tornar o réu ao mesmo tempo possuidor de antecedentes criminais e reincidente, deverá, imperiosamente, ser valorada na segunda fase da aplicação da pena, evitando-se, assim, o *bis in idem*, ou seja, a dupla valoração, que, como já restou claro, é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.¹⁷³

Corroborando esta tese a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça, a qual preleciona que “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante simultaneamente, como circunstância judicial”.¹⁷⁴

Entretanto, embora essa valoração ocorra na segunda fase da dosimetria, o reconhecimento do mau antecedente deverá impreterivelmente ser feito. Isto se deve ao fato de o reconhecimento não se confundir com a valoração, como já fora visto anteriormente.¹⁷⁵

3.3.1.3 Conduta social

Como já fora antecipado, a conduta social tornou-se presente no rol das circunstâncias judiciais em virtude da reforma feita na Parte Geral do Código Penal, em 1984. Antes deste acréscimo ela era analisada e valorada conjuntamente aos antecedentes criminais¹⁷⁶.

A conduta social do agente é analisada através do seu comportamento perante a sociedade¹⁷⁷, traduzindo-se, em verdade, no exame do seu convívio social, familiar e laboral.¹⁷⁸ É necessário, contudo, que seja considerado para fins desta análise o ambiente no qual o sentenciado está inserido, possuindo, assim, importante influência no prognóstico a ser feito pelo juízo a inserção social do réu¹⁷⁹.

¹⁷³ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 144.

¹⁷⁴ Superior Tribunal de Justiça. Enunciado de Súmula nº 241. <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='241'>>. Acesso em: 25 ago 2018

¹⁷⁵ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Op. cit.* 144.

¹⁷⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 169.

¹⁷⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 634.

¹⁷⁸ SCHMITT, Ricardo Augusto. *op. cit.*, p. 153.

¹⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 169.

Não é demais dizer que o magistrado sentenciante deverá averiguar indícios da inadaptação ou do bom relacionamento do condenado de acordo com a sociedade a qual este está estabelecido, e não com base naquela em que ele reputa ser ideal¹⁸⁰.

Ademais disso, para romper a presunção de idoneidade da conduta social do réu, valorando-a negativamente, o julgador precisará de provas existentes nos autos do processo, capazes de autorizar o seu agir.¹⁸¹ Contudo, não é sempre que os autos irão oferecer elementos concisos para a valoração negativa conduta social, devendo esta, nesse caso, ser observada em favor do réu¹⁸², consoante os ditames do princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt assinala a conveniência da análise da conduta social do agente¹⁸³. *In verbis*:

Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida recheada de deslizes, infâmias, imoralidades, reveladoras de desajuste social. Por outro lado, é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral.

Nota-se, assim, que o estudo da conduta social do agente, além da sua ocasional valoração, não são tarefas fáceis, ante a existência de inúmeros fatores que impossibilitam uma percepção precisa desse instituto, bem como por causa da complexidade da sua efetivação na prática¹⁸⁴.

É imprescindível dizer que elementos utilizados para a valoração dos antecedentes criminais, assim como aqueles utilizados para aumentar a pena-base em virtude da personalidade do autor, não poderão ser utilizados para a valoração negativa da conduta social, e vice-versa, sob pena de se estar incorrendo em *bis in idem*¹⁸⁵.

A conduta social, portanto, está intimamente atrelada ao comportamento do réu no mundo exterior que habita, não possuindo, em regra relação com a sua

¹⁸⁰ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 153.

¹⁸¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 170.

¹⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 779.

¹⁸³ *Ibidem, loc. cit*

¹⁸⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto. *op. cit.*, p. 154.

¹⁸⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit.*, p. 169.

prática delitiva, excetuando-se quando restar comprovada a sua reiteração criminosa, necessariamente atingida pela coisa julgada¹⁸⁶.

Deve-se afirmar que a conduta social e a personalidade do agente são as circunstâncias judiciais que mais se distanciam da aplicação da pena proporcional ao fato praticado¹⁸⁷, estando inevitavelmente ligadas à culpabilidade do autor.

3.3.1.4 Personalidade do agente

Buscando um aprofundamento nesse mui subjetivo e controverso item das circunstâncias judiciais, é mister buscar uma apropriada definição de personalidade. Faz-se útil então uma breve análise de sua etimologia que nos leva necessariamente a Grécia antiga, mais especificamente ao teatro grego, onde as máscaras denominadas *personas* eram usadas para expressar o sentimento dos atores no palco.

Da análise dessa etimologia, à uma definição definitiva, depreendem-se as muitas variáveis que compõe a personalidade e sua formação influenciada por elementos bio-psico-sociais.

Ainda que estejamos diante de uma definição altamente complexa mesmo para os mais renomados estudiosos das ciências para as quais essa definição é condição imperativa, a saber psicologia e psiquiatria, para fins de análise das circunstâncias judiciais, essa conceituação deve ser elucidada sob pena de comprometermos tão caro elemento dessa análise.

Pode-se dizer que a personalidade tem o poder de nos tornar únicos, já que tem o condão de comportar as características pessoais de cada ser humano, traçando um liame de coesão interno. Ela é representada pela reunião de caracteres psicológicos que terminam por indicar os padrões sensitivos, de pensamento e de ação inerentes a cada indivíduo¹⁸⁸.

A personalidade de uma pessoa não pode ser considerada como algo estático, imutável, de forma que, com o passar dos anos, ela pode vir a sofrer

¹⁸⁶ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p154-156.

¹⁸⁷ TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma aplicação da pena proporcional ao fato. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 137-138.

¹⁸⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.158.

influências externas e, até mesmo, internas, que consigam moldá-la de forma diferente.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, a personalidade do agente não deve ser examinada de forma aleatória na aplicação da pena, sendo indispensável o estabelecimento de algum nexo entre aspectos da personalidade do agente e a conduta criminosa praticada¹⁸⁹:

Naturalmente, muitos desses fatores, quando isoladamente considerados ou mesmo quando não repercutem no desrespeito ao direito de terceiros, devem ser concebidos como frutos da liberdade de ser e de se expressar do indivíduo. Porém, ao cometer um crime, especialmente se a característica negativa de sua personalidade for o móvel propulsor – como a inveja incontrolável ou o desejo de praticar maldade – deve ser levada em conta para o estabelecimento da pena.

Desse modo, a personalidade do agente varia de pessoa para pessoa, não é um conceito estático e no contexto da dosagem da pena, a mesma não deve ser analisada pelo juiz de forma separada e sim relacionada a conduta criminosa, haja vista que o magistrado não pode majorar levando em consideração alguma característica do agente que nada tenha relação com o crime.

3.3.1.5 Motivos do crime

É sabido que toda conduta humana advém de um motivo. Assim como assevera Guilherme de Souza Nucci¹⁹⁰, a vontade humana é qualificada por um motivo. O motivo é portanto, a razão de ser de alguma conduta ou omissão por parte de todo e qualquer indivíduo.

O supracitado autor destaca:

O motivo é fator qualitativo da vontade humana, fornecendo o colorido indispensável à compreensão de qualquer conduta: existiu por que? Pra quê? Do mesmo modo que sustentamos inexistir ação ou omissão sem finalidade, pois ninguém age por agir – a não ser que se cuide de gestos reflexos, sujeitos à coação física irresistível ou mesmo fruto da hipnose – não há crime sem motivo.

Afirma Boschi, que “os motivos movem o homem e que não há conduta humana destituída de propósitos”¹⁹¹. Não obstante é o que ocorre ao se deparar com o crime.

¹⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 173.

¹⁹⁰ *Ibidem*. p. 182.

¹⁹¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 176.

O sujeito ao cometer um delito sempre estará movido por um motivo e é este motivo que qualifica sua conduta no momento da dosimetria da pena. Nas palavras de Ricardo Augusto Schmitt, é de acordo com a motivação do agente na prática do crime, que sua conduta vai ser analisada em mais ou menos reprovável¹⁹².

O juiz, no momento da análise das circunstâncias judiciais, deve sempre se atentar aos propósitos que levaram o agente a praticar determinado crime, de modo a não analisar tão somente o dolo ou culpa desse agente, como também procurar entender o que levou ele a realizar tal conduta, para que com esse exame sentencie de forma mais adequada e individualizada.

Nesse sentido, vejamos o que diz Nucci¹⁹³:

O legislador, ao elaborar o art. 59, fazendo referência a motivos do crime, foi feliz, pois o juiz deve buscar as razões de ser da conduta bem como os objetivos a serem alcançados pelo agente em qualquer delito. Encontrando-os, valorando-os, para bem ou para mal, terá um quadro concreto a respeito de um dos fatores a compor a maior ou menor reprovação ao agente.

É que demonstra Schmitt quando destaca que a conduta do agente que furta para alimentar seu filho é menos reprovável do que aquele que furta com o intuito de prejudicar alguém.¹⁹⁴

Cabe salientar, porém, que a valoração do juiz no que se refere a motivação do crime deve ser pormenorizada e feita de forma cautelosa, haja vista que, não pode o juiz agravar a pena do indivíduo levando em conta um motivo que faz parte da espécie delitiva, sob pena de incorrer no *bis in idem*.

Conhecer o motivo determinante do delito pode fazer brotar, como consequência natural, a análise da personalidade do agente, tendo em vista que a ação ou omissão do ser humano toma forma a partir de inclinações afetivas ou sentimentais. Podendo-se afirmar que ninguém age por agir, seguramente pode-se dizer que não há delito cometido sem que possua o autor um motivo, por vezes até inconsciente, mas invariavelmente presente.

Para finalizar, é importante compreender a diferença entre o motivo do crime e os elementos subjetivos do crime, quais sejam, o dolo e a culpa. O dolo consiste na vontade do agente, de forma consciente, de praticar o crime. Enquanto a culpa, o agente conscientemente pratica uma conduta arriscada, de modo a não agir com o cuidado objetivo e acarretar dessa forma um dano não desejado, que embora

¹⁹² SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 164.

¹⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 183.

¹⁹⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto. *op. cit*, p. 165.

fosse previsível, poderia ter sido evitado¹⁹⁵. Enquanto que o motivo do crime é a razão de ser do mesmo, é o que move o agente na prática da conduta.

3.3.1.6 Circunstâncias do crime

Inicialmente, é importante relatar que as circunstâncias do crime consistem em espécies de circunstância judicial. Estas, possuem natureza objetiva e correspondem aos aspectos externos e correlatos ao fato propriamente dito¹⁹⁶.

De forma mais explicativa, trata-se das chamadas circunstâncias do crime, as características físicas e psicológicas da vítima, a condição de tempo e lugar, os métodos e comportamento do autor.

É, portanto, a junção de todos os componentes do fato criminoso não previsto na lei penal e que devem ser analisados e ponderados pelo magistrado, tendo em conta que influencia na gravidade da infração penal¹⁹⁷.

Como ressalta Nucci,¹⁹⁸:

Trata-se de elemento residual, ou seja, quando não prevista a circunstância como qualificadora/causa de aumento ou privilégio/ causa de diminuição, pode o juiz considerá-la como circunstância judicial.

Embora objetiva, determinadas circunstâncias do crime podem ser resultado da personalidade do agente ou ligada diretamente a ela, como, por exemplo, a execução do crime em local ermo¹⁹⁹.

Ainda sobre tal tema e assim como já tratado no tópico referente à motivação do crime, deve-se evitar a ocorrência do *bis in idem* no que diz respeito a valoração das circunstâncias inerentes ao tipo penal ou as que equivalem a causas de aumento da pena ou agravantes²⁰⁰. É diante disso, que Schmitt acredita que “as circunstâncias do crime não interferem na qualidade do crime, mas sim, na qualidade e na quantidade da pena a ser aplicada”.²⁰¹

¹⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 183.

¹⁹⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 178.

¹⁹⁷ *Ibidem*. 166-167.

¹⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.* 2014, p. 189

¹⁹⁹ *Ibidem. loc. cit.*

²⁰⁰ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 168.

²⁰¹ *Ibidem. loc. cit.*

Além do requisito primordial, que é a circunstância não se encontrar expressa em lei, a mesma deve ser relevante e provocar uma maior reprovabilidade e censurabilidade no ato delituoso, para que desse modo o juiz que vai sentenciar exaspere a pena com base na circunstância²⁰².

Torna-se importante ressaltar, que a sentença condenatória proferida pelo juiz que não tenha como fundamento a análise da valoração das circunstâncias do ato infracional ou ainda que não expresse em seu corpo os elementos concretos que o levaram a formar o seu convencimento, incorrerá em nulidade.²⁰³

3.3.1.7 Consequências do crime

Consequência corresponde ao resultado de algum comportamento/acontecimento. Schmitt, em suas lições explica consequência do crime como sendo uma análise da conduta positiva ou negativa do autor e o efeito em decorrência dela.²⁰⁴

As consequências causadas pela infração penal, que correspondem aos danos, podem ser de cunho material ou moral. Será material quando causar a diminuição no patrimônio da vítima, sendo suscetível de avaliação econômica. O dano moral implicará dor, abrangendo tanto os sofrimentos físicos quanto os morais. (...)

A valoração das consequências do crime exigirá a comprovação de um Plus que deriva do ato ilícito praticado pelo agente, não podendo ser próprio do crime. A título de exemplo, não são passíveis de valoração a morte no homicídio, a subtração de coisa móvel no furto, a existência de ferimentos nas lesões corporais, os malefícios causados à sociedade pelo tráfico de drogas, pois todos estes resultados são inerentes aos respectivos tipos penais.

Continua o autor, ao dizer que, toda consequência/ resultado da infração penal advém da ação ou omissão por parte do agente, correspondem portanto, aos efeitos da conduta, mas não pode ser elementar do próprio tipo. O juiz, desse modo, deve ao avaliar se atentar à intensidade do dano causado a vítima, familiares ou à toda sociedade.²⁰⁵

²⁰² SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 168.

²⁰³ *Ibidem. loc. cit*

²⁰⁴ *Ibidem. p. 170.*

²⁰⁵ *Ibidem. loc. cit*

Então, concorda Boschi²⁰⁶, quando afirma que a conduta humana que tiver tipificada penalmente não pode ser valorada pelo juiz negativamente como sendo uma circunstância judicial, pois, caso contrário, os resultados do crime iriam perfectibilizar o tipo penal e de certa forma autorizar a exasperação da pena base, violando assim, o princípio do *ne bis in idem*.

Outro erro que o juiz não pode cometer no momento da dosimetria da pena é considerar a gravidade do crime como sendo uma consequência do mesmo, haja vista que ela “integra o objeto das considerações do legislador no momento da tipificação da conduta e da cominação das penas”.

Então, conclui-se, que na fase de individualização da pena base o juiz sentenciante deve apenas apreciar as consequências que vão além do descrito no tipo penal e que não se confundam com as circunstâncias legais aqui já mencionadas.

3.3.1.8 Comportamento da vítima

De acordo com Schmitt²⁰⁷, o comportamento da vítima equivale à circunstância judicial que foi acrescentada em 1984 com a reforma da parte geral do Código Penal brasileiro. A mesma, é exteriorizada com simples condutas que estejam intimamente relacionadas à vítima, “que consistem em provocações ou negligência”.

O juiz, no momento da dosimetria da pena deve levar em consideração o comportamento da vítima após sofrer o dano do crime e antes de ter sofrido com a prática do delito.

Esta circunstância judicial reafirma a crescente importância da vitimologia para o direito penal, pois revela a necessidade de aferição se em algum momento a vítima facilitou ou provocou a prática do ilícito.²⁰⁸

²⁰⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 179-180.

²⁰⁷ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 173-174.

²⁰⁸ *Ibidem. loc. cit*

Desse modo, ao valorar tal circunstância judicial, o magistrado deverá verificar qual a influência que teve a atuação da vítima para que o ato delituoso ocorresse. A atuação da vítima não justifica o crime, mas em certos casos ela contribui ou facilita a ocorrência.²⁰⁹

Não raro a vítima, por seu comportamento temerário ou descuidado, facilita ou até estimula a atuação do criminoso. A título de exemplo, podemos citar os seguintes casos: a) vítima de furto que não toma os devidos cuidados na guarda da coisa; b) o órgão público vítima de estelionato que apresenta desídia administrativa ou problemas estruturais, tais como falta de pessoal, deficiência no seu treinamento ou falta de controles efetivos que possam evitar ou minimizar as fraudes, etc.²¹⁰

Através dessa análise e a depender da atuação da vítima para que tal fato delituoso ocorresse, a circunstância judicial pode ser considerada favorável ou não ao acusado devendo ser levado em consideração pelo juiz no momento de proferir a sentença, porém, em hipótese alguma, o comportamento da vítima poderá majorar a pena base, pois, a circunstância judicial não pode ser usada em desfavor ao acusado.

3.3.2 Análise das circunstâncias legais

A análise das circunstâncias agravantes e atenuantes é considerada a segunda fase da dosimetria de pena, na qual se definirá a chamada pena intermediária, também conhecida como provisória.

No Código Penal vigente as circunstâncias agravantes estão previstas nos artigos 61 e 62, enquanto que as circunstâncias atenuantes estão dispostas nos artigos 65 e 66. Cumpre dizer, no entanto, que existem circunstâncias como estas previstas em legislação penal especial, mas que só serão aplicadas nos casos dos crimes previstos na respectiva lei extravagante.²¹¹

Frisa-se, porém, que as circunstâncias atenuantes e agravantes que estão dispostas no Código Penal se aplicam tanto no caso dos crimes previstos na parte especial, quanto nos casos dos crimes dispostos nas leis penais especiais, já que possuem caráter genérico.²¹²

²⁰⁹ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 174.

²¹⁰ *Ibidem. loc. cit*

²¹¹ *Ibidem. loc. cit*

²¹² *Ibidem. loc. cit*

As atenuantes possuem rol meramente exemplificativo, enquanto que as agravantes possuem rol taxativo, devendo-se, mais do que nunca, respeitar o princípio da legalidade, visto que é imprescindível a prévia cominação legal²¹³.

Além do mais, o juízo sentenciante poderá reconhecer de ofício a presença de circunstância agravante, ainda que ela não tenha sido alegada durante a instrução criminal. Já as circunstâncias atenuantes, consoante entendimento do artigo 66 do Código Penal, por possuírem um rol exemplificativo na legislação pátria, poderão ser analisadas a partir de um caso concreto, tendo o próprio artigo falado que se a circunstância for considerada relevante, ela poderá atenuar a pena, sendo chamada doutrinariamente como circunstância atenuante inominada²¹⁴.

O que chama atenção, em verdade, para as agravantes e atenuantes é o fato de que elas não possuem um *quantum* definido de acréscimo ou de diminuição na pena²¹⁵, sendo tarefa da doutrina e da jurisprudência estabelecer um caminho para essa aplicação. Possibilitando, novamente, eventuais injustiças na prolação de sentenças penais condenatórias.

Cabe dizer, ainda, que a Súmula 231²¹⁶ do Superior Tribunal de Justiça impede que a aplicação de atenuantes conduza a redução da pena abaixo do mínimo legal previsto em abstrato para o tipo.

Embora a mencionada Súmula só tenha se referido às circunstâncias atenuantes, o mesmo vale para as circunstâncias agravantes, de modo que estas não podem fazer com que a pena ultrapasse o máximo legal cominado em abstrato para o tipo. Saliencia-se que este entendimento decorre de uma interpretação análoga e extensiva, de acordo com a percepção dos próprios Tribunais Superiores.²¹⁷

Diante do exposto, nota-se a necessidade de um padrão de percentual para a aplicação das agravantes e das atenuantes, já que a valoração a ser atribuída a cada uma fica a critério do julgador, que pode pondera-las se utilizando de

²¹³ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 217-218.

²¹⁴ *Ibidem. loc. cit.*

²¹⁵ *Ibidem. loc. cit.*

²¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 231**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='231'>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

²¹⁷ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Op. cit.*p. 219.

qualquer valor, tendo como único limite o mínimo e o máximo previsto em abstrato para o tipo penal em questão.

É fato que as recomendações que constam no código são deveras insatisfatórias, haja vista não propiciarem às partes integrantes da ação penal em andamento o devido controle da atividade jurisdicional. É temerário apostar todas as fichas na prudência judicial. E isto não quer dizer que os juízes são imprudentes, mas sim que as pessoas, em geral, podem chegar a diferentes tipos de conclusões na discussão de um mesmo tema, a depender de como é feita a análise e dos argumentos utilizados no convencimento.²¹⁸

Parece, *in casu*, haver uma espécie de indeterminação intencional do ato de aplicação do Direito²¹⁹, de modo que, embora as circunstâncias agravantes e atenuantes estejam expressas no Código Penal, a sua aplicação fica adstrita a uma espécie de indeterminação legislativa, permitindo, assim, a utilização da subjetividade jurisdicional.

Outrossim, se houverem várias circunstâncias atenuantes e agravantes o juiz poderá compensar uma agravante com uma atenuante sem mais problemas, não podendo essa compensação se dar entre fases.²²⁰ No entanto, deve-se saber que algumas circunstâncias agravantes e atenuantes são mais relevantes do que outras, sendo necessário, portanto, que se utilize a regra do artigo 67 do Código Penal em casos de concurso de atenuantes e de agravantes. Segundo o entendimento deste artigo as circunstâncias preponderantes são os motivos, a personalidade do agente e a reincidência.

Ademais, faz mister reiterar que as chamadas circunstâncias legais são estabelecidas pelo legislador e não podem ser alteradas pelo magistrado.²²¹

3.3.3 Incidência das causas de aumento e de diminuição

²¹⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 161.

²¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 388.

²²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 213.

²²¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit.*, p. 161.

Esta é considerada a terceira fase da fixação da pena, momento em que será devido analisar as causas de aumento e de diminuição da mesma, consoante os ditames do artigo 68, *caput*, do Código Penal. A pena nesta fase será tida por definitiva. Sendo assim, esta será insuscetível de modificação no grau da jurisdição em que for estabelecida.²²²

As causas de aumento e de diminuição estão previstas tanto na parte especial, quanto na parte geral do Código Penal, além daquelas dispostas em leis extravagantes.²²³

Elas também são consideradas circunstâncias legais, mas acabam por se diferir das demais diante do fato de se encontrarem dispostas em patamares fixos ou em intervalos de valores predeterminados pelo legislador, além da possibilidade de elas serem capazes de reduzir a pena abaixo do mínimo legal ou, ainda, aumentarem a pena acima do máximo legal estabelecido em abstrato para o tipo, sem qualquer limitação.²²⁴

Nesse ínterim, ao se deparar com uma causa de diminuição ou de aumento de pena disposta na legislação de forma fixa, o julgador deverá sob o valor achado na pena provisória, ou seja, aquela que foi encontrada na segunda fase da dosimetria de pena.²²⁵

No entanto, caso o juiz sentenciante se depare com uma causa de aumento ou de diminuição prevista no intervalo mínimo e máximo abstratamente cominado pelo legislador, disposto no Código Penal ou em Lei extravagante, ele deverá escolher o valor ideal a ser aplicado, que poderá ser no mínimo, no máximo, ou ainda em qualquer valor presente no intervalo desses dois, devendo sempre motivar a sua decisão, em respeito ao princípio da individualização da pena.²²⁶

É entendimento doutrinário que, caso o julgador opte pelo *quantum* que mais beneficia o réu, tendo em vista o intervalo mínimo e máximo estabelecido na legislação, não se fará necessária a fundamentação. Mas na hipótese de o sentenciante ter escolhido um valor que não beneficie o réu tanto quanto outro, a

²²² BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 251.

²²³ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 287.

²²⁴ *Ibidem. loc. cit*

²²⁵ *Ibidem. loc. cit*

²²⁶ *Ibidem. loc. cit*

fundamentação deve ser vista como necessária, de modo a permitir ao condenado o exercício da ampla defesa.²²⁷

As causas de aumento e de diminuição previstas na Parte Geral do Código Penal serão aplicadas sem a possibilidade de compensação como acontece na segunda fase da dosimetria de pena. Contudo, as previstas na Parte Especial podem concorrer entre si.²²⁸

Aplicadas as causas de aumento e de diminuição de pena, se dará por encerrada a dosimetria da pena, finalizando, portanto, a terceira fase da fixação, sendo encontrada, assim, a pena definitiva, salvo se existir o concurso de crimes.²²⁹

É importante dizer que o concurso de crimes não faz parte do sistema trifásico de aplicação da pena, vez que ele só acontece quando existe dois ou mais crimes em que o réu foi condenado, de forma que só será analisado quanto ficará o valor da pena definitiva que posteriormente será executada.²³⁰

Em conclusão, pode-se falar que, após a ponderação das três fases, cada uma com a sua particularidade, consegue-se chegar a pena devidamente individualizada e, portanto, específica do sujeito que está sendo acusado na ação penal em questão.

Terminada a compreensão acerca de como e realizada a dosimetria da pena no ordenamento jurídico brasileiro, faz mister o exame do tema central da presente pesquisa, qual seja a discricionariedade do julgador na aplicação da pena.

²²⁷ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 288-289.

²²⁸ *Ibidem*. p. 267.

²²⁹ *Ibidem*. p. 289.

²³⁰ *Ibidem*. p. 290.

4 A DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR NA APLICAÇÃO DA PENA

Como observado, a aplicação da pena no direito brasileiro é realizada em três fases, nos termos do artigo 68 do Código Penal. Na primeira fase da fixação da pena será compreendida a análise das circunstâncias judiciais, na segunda caberá o exame das circunstâncias legais e, por fim, incidirão as eventuais causas de aumento ou de diminuição.

Nesse sentido, deve-se falar que, ao aplicar a pena, o julgador deverá fazer a correta relação entre o crime praticado pelo agente e a pena necessária e suficiente à sua prevenção e repressão, operando entre margens mínimas e máximas previamente estabelecidas pelo legislador²³¹.

Nas palavras de José Antônio Paganella Boschi²³², através de cálculos aritméticos inerentes a cada etapa da dosimetria da pena, o aplicador estará apto a imputar a pena necessária e suficiente ao acusado, que, ao fim deste procedimento, restará devidamente individualizado. Veja-se:

As correspondentes operações aritméticas próprias de cada etapa constituem, portanto, meios para que, ao fim e ao cabo o juiz possa anunciar não qualquer pena e sim aquela necessária e suficiente para os fins de prevenção e da repressão por fato certo cometido por acusado individualizado.

Individualizar a pena ao acusado foi a intenção da legislação criminal vigente ao positivar o modelo trifásico de fixação da forma como foi mostrado no capítulo que a este antecedeu.

Para tanto, a mencionada lei penal, além de preestabelecer critérios fixos de aplicação, deixou ampla margem discricionária ao magistrado sentenciante, que, por sua vez, restou incumbido de individualizar a pena ao réu, diante das características do caso em concreto.

Ademais, vale aventar que esta discricionariedade é juridicamente vinculada²³³, cabendo ao julgador fundamentar devidamente a sentença, de modo a deixar claro os motivos que o levaram a decidir de tal maneira, assim como preleciona o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

²³¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Individualização e aplicação das penas** em Sentença Criminal e aplicação da pena: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Organizadores: Américo Bedê Junior, Gabriel Silveira de Queirós Campos. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 343.

²³² *Ibidem. loc. cit*

²³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 130.

Contudo, convém asseverar que não raro essa discricionariedade do juízo acaba transformando-se em verdadeiro arbítrio na aplicação da penalidade, infringindo, assim, direitos e garantias fundamentais, que, em grande sua grande maioria, estão positivados constitucionalmente.

Nota-se, pois, este exercício arbitrário com mais frequência na análise pelo julgador das circunstâncias judiciais presentes no artigo 59 do Código Penal, onde este irá alcançar a pena-base.

Resta saber se essa costumeira arbitrariedade dos magistrados está diretamente atrelada à tipicidade aberta própria de tais circunstâncias ou se é advinda da utilização equivocada da discricionariedade judicial.

À face do exposto, antes que se adentre na problemática central da presente pesquisa, faz mister a compreensão de dois institutos que a permeia, quais sejam discricionariedade e arbitrariedade.

4.1 DISCRICIONARIEDADE X ARBITRARIEDADE

Aristóteles, em seu livro “Retórica”, afirmava ser “sumamente conveniente que leis bem elaboradas definam por si sós, na medida do possível, todos os casos, deixando o mínimo possível para a decisão dos juízes”²³⁴.

Sabe-se, porém, que as leis, embora consigam ao máximo abarcar os mais diversos tipos de situações, ainda irão deixar lacunas a serem preenchidas²³⁵.

Nesse seguimento, Paulo Roberto Fonseca Barbosa conclui que as lacunas supramencionadas só podem ser completadas através da intervenção jurisdicional, exercida mediante o poder normativo complementar dos magistrados²³⁶.

Assevera o autor em comento, que esse poder normativo complementar dos juízes é resultado do ambiente constitucional do século XX.²³⁷ É bem verdade que a chegada da Constituição Federal de 1988 e o conseqüente acolhimento de Direitos

²³⁴ ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011, p. 40.

²³⁵ BARBOSA. Paulo Roberto Fonseca. **O Poder Complementar dos Juízes**: Instrumentos para o controle da expansão penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 44.

²³⁶ *Ibidem. loc. cit*

²³⁷ *Ibidem. p. 45-46.*

Fundamentais a nível constitucional proporcionou uma forma revolucionária de se enxergar e de aplicar o Direito.

Essa nova forma de se analisar e de aplicar o Direito, este agora envolto por diversas normas de cunho principiológico, não poderia se restringir a uma resposta unívoca quando do exame de casos concretos.

Trata-se, pois, de um fenômeno advindo, sobretudo, da emersão do Estado de Direito constitucional, que proporcionou, em diversos ordenamentos jurídicos, a “crise da lei”²³⁸.

Assim afirma José Luis Díez Ripollés²³⁹:

O protagonismo da lei na configuração do ordenamento jurídico, característica essencial do Direito moderno, está sendo seriamente questionado, de forma que se tornou normal falar em crise da lei. Com isso se quer dizer que a lei perdeu a centralidade que vinha ocupando no sistema jurídico desde a instauração do Estado de Direito liberal, como expressão da vontade geral democrática, refletida em características como seu caráter único, originário, supremo e incondicional.

Desse modo, é possível afirmar que a lei perde o seu protagonismo ante o surgimento do Estado de Direito constitucional, que, por sua vez, se via concretizado através das modernas Constituições. Estas que trouxeram consigo uma riqueza de princípios, o que ensejou a necessidade de ponderá-los diante de uma casuística a qual eles estivessem conflitantes²⁴⁰.

Nesse seguimento, esclarece Ripollés²⁴¹:

O rico conteúdo dos princípios das modernas Constituições, e a necessidade de ponderar os que em cada caso possam ser-lhe concorrentes, algo que não se considera que esteja ao alcance da perspectiva geral e abstrata inerente à legislação, fez que a aplicação judicial de qualquer lei se visse submetida a uma prévia análise de sua correspondência no caso concreto com certos princípios, independentemente de seu reconhecimento explícito ou implícito na norma legal correspondente.

Pode-se entender, assim, que como a lei não conseguia prever de forma geral e abstrata os mais diversos tipos de situações derivadas de casos concretos, mormente daqueles que envolviam conflito entre princípios, coube à aplicação judiciária o papel de sanar essa lacuna legislativa.

Deveras, diante da falência da técnica mecanicista própria do positivismo jurídico, de predominância da lei, portanto, surge a possibilidade de o juiz densificar as

²³⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 72.

²³⁹ *Ibidem. loc. cit.*

²⁴⁰ *Ibidem. p. 74.*

²⁴¹ *Ibidem. loc. cit.*

normas jurídicas, aceitando-se, para isso, um exercício judicial com nítidos contornos de discricionariedade²⁴².

A discricionariedade aparece, então, como um dos critérios de verificação a serem constatados empiricamente pelo julgador²⁴³ quando da resolução de casos concretos em que a lei pura e simples não se mostra apta a solucionar.

De acordo com Lenio Luiz Streck, a discricionariedade emerge na resolução de situações reais como uma solução e não como problema. Nas palavras deste autor, “ela aparece como solução, ou, no mínimo, enquanto uma constatação científica, teoricamente “neutra”, do modo como se resolvem determinadas controvérsias jurídicas”.²⁴⁴

Nesse sentido, faz mister afirmar que a discricionariedade possui papel fundamental no exercício da atividade judicante, visto que a lei não é capaz de prognosticar todas as situações oriundas de casos concretos.

Não se deve confundir, porém, discricionariedade²⁴⁵ com arbitrariedade. “A discricionariedade judicial abre espaço para arbitrariedades”²⁴⁶. Infere-se, contudo, que a arbitrariedade existe em razão do espaço discricionário deixado pela lei, de modo que é em virtude de cláusulas abertas, de vaguezas e de ambiguidades, que surge uma zona ampla para o exercício da subjetividade do intérprete.²⁴⁷

Nessa perspectiva enuncia Lenio Streck²⁴⁸:

Em qualquer “espaço” de sentido – vaguezas, ambiguidades, cláusulas “abertas” etc. -, o imaginário dos juristas vê um infundável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete. Mais grave ainda, quando esse “espaço” se apresenta em dimensões menores, o intérprete apela para os princípios que funcionam como “axiomas com força de lei” ou enunciados performativos com pretensões corretivas, fazendo soçobrar até mesmo o texto constitucional. Isto é, em terrae brasilis, discricionariedade quer dizer duas coisas: a) primeiro, um modo de superar o modelo de Direito formal-exegético (e, infelizmente, acaba não passando disso); b) segundo, uma aposta no protagonismo judicial, considerado, assim, uma fatalidade.

Para o autor, a discricionariedade resultante dos hiatos deixados pela lei acaba exercendo um papel propulsor do cometimento de arbitrariedades por parte do julgador.

²⁴² BARBOSA. Paulo Roberto Fonseca. **O Poder Complementar dos Juízes: Instrumentos para o controle da expansão penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 46.

²⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 46-47.

²⁴⁴ *Ibidem. loc. cit.*

²⁴⁵ Utiliza-se para fins desta pesquisa o conceito judicial de discricionariedade, que, por seu turno, difere-se do conceito ventilado pelo Direito Administrativo de ato administrativo discricionário. O ato administrativo discricionário, nas palavras de Lenio Luiz Streck “é autorizado legislativamente”. Na discricionariedade judicial, ao revés, não há regulamentação legal a ser discutida. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 73.

²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 74.

²⁴⁷ *Ibidem. loc. cit.*

²⁴⁸ *Ibidem. loc. cit.*

Não convém a este trabalho, porém, o aprofundamento em uma discussão tão analisada por teorias da argumentação, bastando, para fins de contextualização da presente pesquisa, o assentamento da ideia de que a discricionariedade, ainda que promova, de alguma forma, a arbitrariedade, não pode ser confundida com esta.

Feita a diferenciação entre discricionariedade e arbitrariedade, passemos à análise dos espaços discricionários na fixação da pena-base, ante o problema da tipicidade aberta das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal.

4.2 A FIXAÇÃO DA PENA-BASE E OS ESPAÇOS DISCRICIONÁRIOS: OS TIPOS PENAS ABERTOS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL

O Código Penal vigente não conceitua a pena-base, ao contrário do que ocorria no Código Penal de 1969²⁴⁹, não tendo este, contudo, entrado em vigor²⁵⁰. Entrementes, embora não conceituada pela legislação vigente, deve-se entender a pena-base como o “ponto de partida do processo intelectual de determinação da pena criminal”²⁵¹.

Nesse sentido, pode-se dizer que a pena-base é aquela que vai dar lastro às duas fases subsequentes da dosimetria penal, onde deverão incidir as eventuais agravantes e atenuantes, bem como as causas de aumento e de diminuição.

Sabe-se que o legislador, ao mencionar a pena-base no artigo 68 do Código Penal, apenas explicitou que esta deveria ser auferida a partir da análise das circunstâncias dispostas no artigo 59, não tendo ele, contudo, indicado como se daria a fixação no caso concreto²⁵², nem tão pouco como deveria ser feita a análise pelo julgador de cada elemento trazido pelo *caput* do artigo.

Este silêncio legislativo visou, sobretudo, a concretização do princípio da individualização da pena, já que os espaços não preenchidos pelo legislador poderiam ser completados pelo judiciário, de acordo com a análise de cada caso concreto.

²⁴⁹ “**Art. 63.** A pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz aplicaria, se não existisse a circunstância ou causa que importe o aumento ou a diminuição”.

²⁵⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 159.

²⁵¹ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**. 7. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, p. 521.

²⁵² BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op cit.*p. 159.

Ressalte-se, nesse sentido, que a legislação penal procurou satisfazer, com o modelo de aplicação da penalidade que adotou, a segurança jurídica individual, que, por sua vez, surge como um domínio inviolável e como novo referencial na história do poder de punir.²⁵³

Ainda assim, infere-se que, embora o Código Criminal tenha buscado a íntegra efetivação da individualização da pena, preestabelecendo fases e parâmetros para sua aplicação, com o fito de diminuir os arbítrios, ainda é possível notar o elevado grau de discricionariedade do julgador, especialmente no exame e na valoração das circunstâncias judiciais, em razão dos tipos abertos presentes no *caput* do artigo 59.²⁵⁴

Feita as referidas considerações, passar-se-á a análise especificada destes espaços discricionários.

4.2.1 A não conceituação das circunstâncias judiciais

De acordo com Juarez Cirino dos Santos, as circunstâncias judiciais são “objeto de arbítrio exclusivo do juiz e compreendem elementos do **agente** (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos), do **fato** (circunstâncias e consequências do crime) e da **vítima** (comportamento da vítima)”²⁵⁵.

À vista disso, é fundamental salientar que tais circunstâncias ficam à critério da cognição do magistrado, posto que o Código Criminal, não obstante as preveja em seu artigo 59, *caput*, não as conceitua e também não indica se estas servem para aumentar ou para diminuir a pena, deixando, portanto, a tipicidade aberta²⁵⁶.

Como visto no capítulo 3 deste trabalho, as circunstâncias judiciais podem ser divididas em subjetivas (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos) e objetivas (circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima)²⁵⁷.

²⁵³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 320.

²⁵⁴ CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 155-156.

²⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte Geral**. 7. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 522.

²⁵⁶ *Ibidem*. p. 156.

²⁵⁷ *Ibidem*. p. 170.

Notadamente, a amplitude de hipóteses, principalmente no que tange as circunstâncias subjetivas, aumenta os espaços discricionários e, conseqüentemente, acaba representando um aumento da punitividade²⁵⁸.

Essa discricionariedade é advinda, essencialmente, do emprego, sob a ótica legislativa, de estruturas normativas vagas, ambíguas e de difícil compreensão prática, compostas por tipos penais conceituais ou abertos²⁵⁹.

Nas palavras de Salo de Carvalho²⁶⁰:

O emprego de circunstâncias com estas características aumenta de forma superlativa as possibilidades de equívocos interpretativos e, em última análise, a abertura dos espaços de discricionariedade judicial aproxima, quando não ultrapassa, a fronteira do arbítrio.

Nesse diapasão, pode-se inferir que a indeterminação semântica das circunstâncias judiciais permite uma infinidade de interpretações, muitas delas equivocadas, sendo razoável dizer que a abertura dos espaços discricionários oportuniza a ocorrência de arbítrios.

Salo de Carvalho²⁶¹ analisa essa discricionariedade a partir de um viés punitivista, como se os espaços em branco e as dubiedades interpretativas deixassem margem ao exercício do poder de punir de forma desproporcional. Veja-se:

Se poder é exercício e os seus vazios são rapidamente preenchidos, os espaços em branco (lacunas e omissões) e as zonas cinzentas (dúvida e contradição) presentes no sistema de quantificação de penas, ao invés de projetarem atuação parcimoniosa dos operadores judiciais, baseada na cautela em relação à eventual violação de direitos, geram, ao contrário, condições ideais para incidência desproporcional do *potestas puniendi*.

É bem verdade que essa desproporção do poder de punir é advinda do exercício arbitrário da discricionariedade por parte do magistrado. Apesar disso, como já visto, não se deve confundir discricionariedade com arbitrariedade.

A discricionariedade na aplicação da sanção tem fundamental importância para a concreção do princípio da individualização da pena, especialmente na primeira fase da dosimetria, afinal, é o julgador sentenciante que tem contato direto com o acusado, com as testemunhas, bem como com todas as provas produzidas no bojo de um processo penal.

Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, **citados por** Guilherme de Souza Nucci²⁶², afirmam que:

²⁵⁸ CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 156.

²⁵⁹ *Ibidem*. 167.

²⁶⁰ *Ibidem loc. cit*

²⁶¹ *Ibidem p.* 169.

O legislador, sendo impotente para fixar em linha geral e abstrata todos os aspectos dos valores e desvalores do singular episódio criminoso, viu-se obrigado a delegar ao juiz a tarefa de valorar todas as facetas do fato relevantes aos fins de um tratamento penal suficientemente individualizado.

Desse modo, torna-se possível afirmar que a discricionariedade judicial na aplicação da pena surge para fazer um tratamento penal consideravelmente individualizado à pessoa do acusado, já que a legislação não pode prever todos os valores e desvalores característicos de todos os fatos criminosos.

Nessa perspectiva, é válido ressaltar que o exercício discricionário é necessariamente vinculado, pois a exposição do raciocínio do julgador deverá estar devidamente fundamentada na sentença²⁶³.

Por conseguinte, torna-se inadequado dizer que o magistrado não possui limitação ao exercício da sua discricionariedade, estando a sua operação diretamente atrelada ao dever constitucional de fundamentar o *decisum* (art. 93, inciso IX, da CF).

Outrossim, da mesma forma que as circunstâncias judiciais devem ser analisadas individualmente, também deverão ter a fundamentação de cada incidência particularizada, não cabendo ao juiz “quantificar a pena-base a partir do *sentimento* extraído do exame em bloco das circunstâncias judiciais”²⁶⁴.

Contudo, não parece que o problema da tipicidade aberta presente nas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, no que concerne ao exame por parte do julgador, pode ser completamente resolvido por meio da fundamentação, ou seja, da exposição dos motivos que o levou a valorar determinada circunstância.

Trata-se, pois, da inexatidão legislativa de critérios que, em sua maioria, o magistrado não está apto a perscrutar, a exemplo da personalidade do agente que, por questões lógicas, só pode ser avaliada com precisão por um profissional da área, qual seja um psicólogo ou psiquiatra.

Ademais disso, da simples leitura das conceituações dadas pela doutrina às circunstâncias judiciais, é possível notar que algumas definições se entrelaçam a ponto de se confundirem.

²⁶² Giovanni Fiandaca e Enzo Musco *apud* Guilherme de Souza Nucci. **Individualização da pena**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 130.

²⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 130.

²⁶⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Individualização e aplicação das penas em Sentença Criminal e aplicação da pena: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade**. Organizadores: Américo Bedê Junior, Gabriel Silveira de Queirós Campos. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 344.

4.2.2 A fixação da pena-base e seus limites

A fixação da pena-base, como antes mencionado, compreende a análise de oito circunstâncias tidas como judiciais, estando estas elencadas no artigo 59 do Código Penal. Ressalte-se que as circunstâncias judiciais são assim nomeadas em razão de a valoração dos elementos que as compõem ser feita pelo magistrado, ora aplicador da pena.

Paganella Boschi, ao tecer comentários acerca deste tema, critica a atitude do legislador, que, de forma proposital, deixou uma ampla margem discricionária ao juiz, como se este pudesse solucionar toda e qualquer questão somente com os direcionamentos dados pelo dispositivo acima mencionado. Veja-se²⁶⁵:

Excetuada a remissão que o art. 68 faz ao art. 59, o Estatuto Repressivo não contém regras explícitas indicando como deve o juiz proceder para quantificar a pena-base, deixando ao intérprete a falsa impressão de que o juiz, por ter sido aprovado no concurso público para a carreira da Magistratura, saberá como fazê-lo!

O autor em evidência assevera que este problema é considerado como um déficit normativo, já que, na prática, o magistrado deverá ser guiado pelo seu prudente arbítrio²⁶⁶ rumo ao alcance da pena necessária e suficiente à repressão e prevenção do fato delituoso.

Reitera-se que esse arbítrio foi uma “solução” trazida pela legislação pátria, visando a devida individualização da pena ao acusado. Essa afirmação resta explícita no item 49 da exposição de motivos referente ao projeto da reforma da Parte Geral do Código Penal feita em 1984. Note-se:

Sob a mesma fundamentação doutrinária do Código vigente, o Projeto busca assegurar a individualização da pena sob critérios mais abrangentes e precisos. Transcende-se, assim o sentido individualizador do Código vigente, restrito à fixação da quantidade da pena, dentro de limites estabelecidos, para oferecer *arbitrium iudicis* variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias pode envolver o tipo da sanção a ser aplicada.²⁶⁷

²⁶⁵ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Individualização e aplicação das penas** em Sentença Criminal e aplicação da pena: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Organizadores: Américo Bedê Junior, Gabriel Silveira de Queirós Campos. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 344.

²⁶⁶ *Ibidem loc. cit*

²⁶⁷ Exposição de Motivos, item 49. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 20 de outubro de 2018.

Trata-se, pois, de um arbítrio intencional proposto pelo legislador, com o fito de assegurar a devida individualização da pena. Contudo, deve-se dizer que este prudente arbítrio, como critério de aplicação da pena, não oferece segurança jurídica²⁶⁸. Isto porque, como a lei não estabelece um parâmetro de fixação da sanção na primeira fase da dosimetria, mas tão somente limites mínimos e máximos do tipo penal, cabe a doutrina e a jurisprudência completarem esta lacuna.

Nesse sentido assevera Boschi²⁶⁹:

Em que pese esses déficits normativos, existem regras procedimentais simples, práticas e eficientes, emanadas de razões jurídicas presentes em centenas ou milhares de sentenças e acórdãos, capazes de guiar o juiz e de propiciar segurança jurídica razoável às partes do processo.

Fala-se, então, em razões jurídicas hábeis a direcionar o julgador na aplicação da pena-base. Urge esclarecer que o direcionamento que aqui se faz referência é aquele pertinente à valoração das circunstâncias judiciais, visto que, como já fora demonstrado no capítulo predecessor, os elementos a serem valorados na segunda e na terceira fase da dosimetria da pena já possuem um *quantum* norteador na legislação para que o julgador possa se lastrear quando da fixação.

Ademais disso, cabe dizer que as circunstâncias judiciais, tomando-se por base as outras duas etapas restantes da aplicação da pena, são as únicas que podem ser valoradas positiva ou negativamente pelo magistrado. Isto se deve justamente ao fato de o legislador não ter feito alusão alguma acerca da valoração de tais circunstâncias, diferentemente do que ocorre nas outras fases²⁷⁰.

Conclui-se, assim, que a fixação da pena-base não está preestabelecida em legislação, fazendo, o Código Penal, apenas menção às circunstâncias judiciais no artigo 59, cabendo ao julgador a função de, na primeira fase da dosimetria da pena, determinar a quantidade da sanção que irá servir como base para os demais acréscimos ou diminuições consequentes das duas fases restantes.

Conquanto, é pertinente a afirmação de que essa determinação não poderá ser aleatória, devendo ater-se à determinados limites.

²⁶⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Individualização e aplicação das penas** em Sentença Criminal e aplicação da pena: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Organizadores: Américo Bedê Junior, Gabriel Silveira de Queirós Campos. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 344.

²⁶⁹ *Ibidem loc. cit*

²⁷⁰ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 180.

A saber, no sistema de dosimetria da pena, os crimes previstos na legislação são sancionados com determinada pena em abstrato, que, por sua vez, prevê limites mínimo e máximo para a aplicação da sanção. Desse modo, cumpre dizer que a pena prevista em abstrato sempre terá seus delineamentos estabelecidos pelo legislador²⁷¹.

Nesse sentido, pode-se inferir que, como a pena-base é a primeira a ser fixada pelo magistrado, este deverá lastrear-se na pena em abstrato estabelecida pelo tipo penal incriminador. Sendo assim, deve-se dizer que “a pena-base sempre deverá ser dosada a partir da pena mínima prevista em abstrato para o tipo penal”²⁷².

Alguns doutrinadores, porém, divergem deste pensamento, defendendo que a pena-base deveria fixar-se a partir de um ponto médio, caracterizado pelo “quantitativo de pena que se encontra no centro do intervalo mínimo e máximo previsto em abstrato para o tipo penal”²⁷³.

Resta, *data máxima vênia*, deveras incongruente este pensamento, visto que vigora em favor do acusado o princípio constitucional da não culpabilidade, ou da presunção de inocência.

Ademais, frisa-se que a legislação não prevê o *quantum* que cada circunstância judicial poderá influenciar na aplicação da pena-base, cabendo a doutrina e a jurisprudência tratar sobre essa matéria.

Devidamente analisados os espaços discricionários presentes na análise das circunstâncias judiciais, sucederá o exame do controle jurisdicional da discricionariedade na aplicação da pena-base.

4.3 A DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA-BASE E O CONTROLE JURISDICIONAL

Decerto, a parte da sentença penal condenatória mais reformada pelos tribunais, em virtude de julgamentos em sede de recurso, é a que comporta a aplicação

²⁷¹ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 180-181.

²⁷² SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 181.

²⁷³ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 182.

da pena. Tornou-se habitual o redimensionamento da sanção dosada na sentença através de julgados decorrentes da deliberação de órgãos colegiados²⁷⁴.

Hodiernamente é raro perceber um erro judicial sobre a existência do delito, sendo possível afirmar que a frequência de erros judiciais está diretamente ligada à aplicação da pena²⁷⁵.

Sobre os erros frequentes na fixação judicial da sanção, considerando a gravidade do delito (erro parcial) comparada aos erros em sua comprovação (erro total), leciona Francesco Carnelutti²⁷⁶:

Por sua vez, o segundo gênero de erro se refere à aplicação da pena e pode considerar-se erro sobre a gravidade do delito (erro parcial), gênero que também distingue conforme a pena seja grave demais ou leve demais. É claro que este outro erro seja, em alguma medida, menos grave que o primeiro; mas, em compensação, é muito mais frequente; com respeito ao mesmo, portanto, deve-se considerar a afirmação de ser o erro mais a regra que a exceção no juízo penal. Dosar a pena em relação à gravidade do delito é, especialmente quando se reflexiona que depende muito com frequência da apreciação do espírito do réu, uma operação tão delicada que nenhum de nós, por muita inteligência e diligência que ponha nela, pode estar seguro da mesma.

Como bem assevera o autor, a aplicação da pena não é tarefa fácil, necessitando de uma operação delicada do seu aplicador, sendo aceitável que mesmo com muita diligência deste ocorram erros quando da fixação.

Dessa forma, é válida a afirmação de que a ocorrência de erros na aplicação judicial da pena é algo inevitável, visto que o ato de julgar é um ato de consciência e não de ciência²⁷⁷, envolvido de precisões lógicas.

Deve-se, então, ter em mente a premissa de que o magistrado, antes de tudo, é humano e, como qualquer outro, está susceptível à erros.

Nessa acepção, compreende Carnelutti que “sobre o problema da pena se insere o problema do erro judicial, do qual não se pode prescindir, se o instituto penal tem de ser realisticamente considerado”²⁷⁸.

Considera-se, dessarte, uma fixação da pena real, concretizada judicialmente por um humano, o qual foi incumbido legalmente de individualizá-la ao acusado, tornando-a, assim, única.

Nas palavras de Roberto Lyra²⁷⁹:

²⁷⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11.ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 177.

²⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução por Ricardo Pérez Banegal. Título original: *Il problema dela pena*. São Paulo: Pillares, 2015, p. 50-51.

²⁷⁶ *Ibidem loc. cit*

²⁷⁷ LYRA, Roberto. **Como julgar, como defender, como acusar**. Belo Horizonte: Líder, 2015, p. 17.

²⁷⁸ *Ibidem* p. 50.

Julgando, o juiz concretizará o abstrato, objetivará o subjetivo, socializará o individual, aprofundando-se para elevar-se, projetando-se pelo social e, portanto, pelo humano. O juiz deve preencher as áreas abertas para transfundir o Direito na lei, e não para fecundá-la artificialmente. Sua principal missão é reduzir, nos limites do possível, as desigualdades da lei, reflexo das desigualdades sociais.

Ressalte-se que, como já foi analisado nesta pesquisa, essa margem discricionária, constante no “preencher as áreas abertas”, foi dada ao julgador pelo próprio Código Penal, visando a satisfação do princípio da individualização da pena.

Isto ocorre em razão da não observância ou do desconhecimento, por parte dos magistrados, de medidas limitadoras e garantidoras dos direitos fundamentais dispostos na legislação pátria, em especial daqueles previstos constitucionalmente²⁸⁰.

Nesse sentido, cumpre dizer que a grande maioria dos erros na dosimetria da pena estão presentes em sua primeira fase, onde o julgador procederá a análise cautelosa de cada uma das oito circunstâncias judiciais estabelecidas pelo artigo 59 do Código Penal²⁸¹.

Ressalte-se que, por força da imprecisão inerente à análise supramencionada, ante a tipicidade aberta das circunstâncias judiciais, não é incomum que se note uma sucessão de equívocos quando da aplicação da pena-base, onde, muitas vezes, as instâncias superiores acabam mantendo o exame errôneo efetuado pelo juiz de primeiro grau.

Assim afirma Salo de Carvalho²⁸²:

[...] normalmente o próprio Judiciário intervém na correção das violações elencadas, normalmente em decorrência de recursos ou de ações de impugnação interpostos contra decisões dos Tribunais Federais ou Tribunais de Justiça dos Estados, que mantiveram sentenças de juizados singulares.

Entretantes, ainda que possa existir uma defluência de erros nas instâncias superiores, é possível falar, em contrapartida, ainda com base na citação acima colocada, que o próprio Poder Judiciário intervém na correção das violações perpetradas pelos juízes singulares e mantidas pelos Tribunais Estaduais.

Trata-se, pois, de mecanismos de controle de eventuais erros praticados pelos magistrados quando da aplicação da pena, a partir de mecanismos provenientes do próprio Judiciário.

²⁷⁹ LYRA, Roberto. **Como julgar, como defender, como acusar**. Belo Horizonte: Líder, 2015, p. 18.

²⁸⁰ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11.ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 177.

²⁸¹ *Ibidem loc. cit*

²⁸² CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 168.

Esse controle, porém, não deve ocorrer somente mediante intervenção de órgãos jurisdicionados. Antes de mais nada, a limitação deve realizar-se por intermédio do aplicador da pena. É ele quem deve, lastreando-se em princípios constitucionais, direcionar a sua decisão à um ideal de justiça.

Este direcionamento, entretanto, não deverá estar ajustado aos padrões sociais e morais inerentes à pessoa do juiz. Note-se que quem está sendo julgado é que deverá ter a realidade social analisada, não cabendo ao magistrado julgar com base em convicções advindas da sua verdade de vida.

Para além disso, a decisão do julgador será objeto de controle pela sociedade como um todo. Consoante o entendimento de Dalmo de Abreu Dallari “o controle do Poder Judiciário pela sociedade e pelos próprios juízes é um requisito da democracia”²⁸³.

Deve-se dizer, nesse sentido, que “o sistema constitucional não convive com casuísmos e decisões salomônicas”, não havendo mais espaços para decisionismos judiciais²⁸⁴.

Infere-se, nesse sentido, que embora vícios decisórios ocorram quando da aplicação da pena-base, existem instrumentos de controle capazes de sanar eventuais excessos praticados.

4.4 PRINCIPAIS ARBITRARIEDADES EXISTENTES NA APLICAÇÃO DA PENA-BASE

Como antes mencionado, a tipicidade aberta própria das circunstâncias judiciais, presentes no artigo 59 do Código Penal, oportuniza a incidência da discricionariedade judicial quando da aplicação da sanção.

Ressalte-se que as circunstâncias judiciais apresentam importante papel na efetivação do princípio da individualização da pena, isto porque elas trazem consigo elementos capazes de tornar a punição a ser imposta ao réu única.

A divisão entre circunstâncias subjetivas (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos), relacionadas ao autor do fato, e objetivas (circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima), relacionadas ao crime propriamente dito, demonstra, mais do que tudo, uma preocupação legislativa em

²⁸³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 75.

²⁸⁴ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 133.

considerar não só peculiaridades do delito, mas também características pessoais do agente que o praticou.

A intenção do Código Penal foi nitidamente evitar um sistema de penas iguais para pessoas diferentes, com singularidades diversas e que, muitas vezes, ainda que tenham praticado o mesmo fato criminoso, o fizeram em uma conjuntura dissemelhante.

Deveras, pode-se afirmar que o foco principal da aplicação da pena é, sem sombra de dúvidas, o indivíduo a qual esta será imputada. Isto, impreterivelmente, acaba refletindo, por exemplo, em circunstâncias judiciais denominadas de “personalidade do agente”, “antecedentes” e “conduta social”, que indicam nuances claras de um Direito Penal do autor.

Convém dizer, porém, que tanto essas, como todas as outras circunstâncias judiciais trazidas no bojo do artigo 59 do Código Criminal, comportam conceitos consideravelmente abertos, o que torna a aferição, feita pelo julgador, substancialmente imprecisa.

Ante a zona dúbia e incerta concernente a tais circunstâncias, o magistrado sentenciante utiliza-se do seu poder discricionário para preencher as lacunas deixadas pela lei penal.

É certo que doutrina e jurisprudência traçam parâmetros de orientação para o aplicador da pena. Contudo, na prática judiciária, o que se vê é o cometimento de arbitrariedades amparadas na “desculpa” da discricionariedade judicial. Resultado disso são as expressivas reformas de sentenças e acórdãos arbitrários.

De acordo com Salo de Carvalho²⁸⁵, as principais dificuldades enfrentadas pelos julgadores na aplicação da pena, tomando-se por base pesquisa empírica realizada pelo autor no ano de 2008, são:

- (a) dificuldade em definir claramente o significado (conceito) das circunstâncias;
- (b) dificuldade em diferenciar o conteúdo das circunstâncias com os elementos constitutivos do tipo;
- (c) dificuldade em diferenciar o conteúdo das circunstâncias judiciais e das circunstâncias legais;
- (d) dificuldade em distinguir argumentos próprios do juízo de condenação e o grau de reprovabilidade da conduta;
- (e) dificuldade em concretizar as circunstâncias e vincular o juízo às provas válidas produzidas na instrução processual; e
- (f) dificuldade em quantificar o peso das circunstâncias na dosimetria (cálculo) da pena.

²⁸⁵ CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 166.

É possível observar, da análise deste trecho, que o problema da tipicidade aberta das circunstâncias judiciais colabora bastante para a deficiência apresentada pelos magistrados, auferida através do empirismo supramencionado.

Atentando-se para a “conceituação” de tais circunstâncias, trazida por doutrina e jurisprudência, é concebível a assertiva de que umas carregam maior subjetividade do que outras, a exemplo da culpabilidade.

No terceiro capítulo deste estudo ficou entendido que, embora controverso, na prática, o conceito de culpabilidade para a configuração do delito está diretamente ligado à premissa da exigibilidade de conduta diversa. Entretanto, é notória a inviabilidade de o juiz obter essa certificação, pois é impossível o mesmo transmudar-se para o momento do cometimento do crime.

A culpabilidade como circunstância judicial, por sua vez, é valorada pelos magistrados considerando-se o grau de reprovabilidade da conduta, uma espécie de medição da “intensidade do dolo”, portanto. Para isso, o juízo ao aplicá-la no intuito de exasperar a pena-base, deverá tecer argumentação capaz de explicar o porquê que aquela conduta se tornou mais digna de repressão, sendo vedada a apresentação de fundamentação inerente ao tipo previamente estabelecido na legislação²⁸⁶.

Mesmo diante da difícil comprovação no caso em concreto da culpabilidade como circunstância judicial, infere-se que esta é a mais invocada pelos julgadores quando da exasperação da pena-base, sendo, na maioria das vezes, apresentada através de um discurso mecânico, desvirtuando-se, assim, o caráter humanizador e individualizador da aplicação da pena²⁸⁷.

Nesse sentido, Salo de Carvalho esclarece que “na maioria dos casos há fundamentação da culpabilidade com elementos diretamente vinculados à tipicidade (elementares)”. Ele afirma que a não existência de critérios precisos para valorar a culpabilidade enseja inúmeros vícios, como lacunas, contradições, imprecisões e confusões conceituais²⁸⁸.

²⁸⁶ MACHADO, Vinicius da Silva. **Entre números, cálculos e humanidade: o princípio constitucional da individualização da pena e o mito da punição individualizada**. Dissertação de Mestrado (Universidade de Brasília). Orientadora: Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho. 2009, p. 93. < http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4044/1/2009_ViniciusdaSilvaMachado.pdf > Acesso em: 25 de outubro de 2018.

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 181.

Outrossim, restou constatado neste trabalho a íntima ligação da discricionariedade judicial com o dever constitucional de fundamentar as decisões, sendo este último a forma de legitimação do exercício do primeiro. Para além disso, cumpre exaltar que a falta de fundamentação do *decisum* é, como já abordado no segundo capítulo desta pesquisa, causa de nulidade total ou parcial da sentença.

Salienta Salo de Carvalho, que o principal motivo de nulidade em relação à fundamentação na aplicação da pena é a sobreposição de circunstâncias judiciais, caracterizando, assim, *bis in idem*, ou seja, a dupla valoração.²⁸⁹

Segundo o mencionado autor, a violação ao *ne bis in idem* pode ser observada em três planos, quais sejam:

Primeiro, em nível horizontal, entre as categorias de dosimetria, quando ocorre a duplicação de efeitos entre as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, ou seja, quando uma circunstância atua como conteúdo de outra e sustenta novo juízo de reprovação. *Segundo*, em nível vertical, quando há aplicação cumulada de circunstâncias judiciais, circunstâncias legais agravantes ou majorantes e causas especiais de aumento e de diminuição (majorantes e minorantes). *Terceiro*, igualmente no plano vertical, quando ocorre a sobrevaloração de circunstâncias elementares do tipo penal imputado em qualquer das fases de quantificação da pena.²⁹⁰

Nesse íterim, pode-se afirmar, da análise do trecho narrado, que os casos mais comuns de dupla valoração acontecem na primeira fase da dosimetria, qual seja no alcance da pena-base, onde é corriqueira a sobrevalorização de elementares do tipo ou a duplicação de conteúdo entre circunstâncias judiciais²⁹¹.

Ademais, outro grande problema a respeito da aplicação da pena-base diz respeito aos conceitos voláteis da personalidade e conduta social²⁹², onde, na maioria das vezes, a valoração por parte dos magistrados são pautadas com base em seus próprios juízos morais, fundamentando os mesmos com base em fatos visivelmente relacionados ao antecedentes e/ou habitualidade delitiva.²⁹³

Sabe-se, porém, que, embora erros sejam praticados existem mecanismos de controle capazes de sanar determinados vícios decisórios, como visto anteriormente.

²⁸⁹ CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 171.

²⁹⁰ *Ibidem loc. cit*

²⁹¹ *Ibidem loc. cit*

²⁹² *Ibidem* p. 184.

²⁹³ *Ibidem*, p. 186.

4.5. AS BALIZAS DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL ÍNCITA À APLICAÇÃO DA PENA-BASE

Restou demonstrado, no presente estudo, que a aplicação da pena no direito brasileiro é realizada em três fases, nos termos do artigo 68 do Código Penal, visando a concretização do princípio da individualização da pena.

Para tanto, são previstos direcionamentos legais para que o julgador, diante do caso concreto, possa aplicá-la, individualizando-a ao réu, mediante a utilização de discricionariedade, que deverá ser juridicamente vinculada, através de devida fundamentação na sentença.

Dessa forma, a imposição constitucional da obrigatoriedade de fundamentação das decisões, seria a limitação necessária à contenção da discricionariedade dos magistrados, para que esta não dê azo ao cometimento de diversas arbitrariedades, ante as lacunas deixadas pela legislação penal, principalmente no que tange a aplicação da pena-base, onde está presente a maior zona de indeterminação legal da aplicação da pena.

A fundamentação também surge como forma de instrumento de controle social, jurisdicional e das partes componentes do processo, que poderão controlar os efeitos negativos gerados por eventuais erros na dosimetria da pena através de recursos judiciais.

Entrementes, o que se constata, diante de um número substancial de reformas da dosimetria da pena no judiciário, é que a imposição constitucional de fundamentação das decisões não tem sido suficiente para balizar a discricionariedade judicial, que, a depender de como esteja sendo exercida pelo magistrado, restará convertida em verdadeiro arbítrio.

Nota-se, pois, esta arbitrariedade judicial excessiva quando da aplicação da pena-base. A análise das circunstâncias judiciais, próprias da primeira fase da dosimetria sancionatória, comporta um alto grau de indeterminação legislativa, dando ensejo a uma zona cinzenta de incertezas e dubiedades, a serem preenchidas pelo exercício da discricionariedade do julgador.

Nesta toada, faz-se o questionamento: A legislação penal erra em propiciar grande margem discricionária ao magistrado sentenciante quando da aplicação da pena-base ou as arbitrariedades cometidas se dão única e exclusivamente em razão do

exercício equivocado dessa discricionariedade? Quais são as balizas da discricionariedade judicial?

Parece que existe uma confluência entre a incerteza legislativa inerente à análise das circunstâncias judiciais e o exercício arbitrário da discricionariedade do julgador. Ambos, de alguma forma, colaboram para a ocorrência de arbitrariedades quando da aplicação da pena-base.

A zona dúbia e imprecisa das circunstâncias judiciais poderia ser mais esclarecida pelo legislador, visto que esta incerteza dá azo a uma infinidade de interpretações, inclusive conceituais. Porém, é certo que a arbitrariedade por parte do magistrado sentenciante é a maior causa do cometimento de injustiças.

O magistrado deverá exercer a sua discricionariedade, ao aplicar a pena base, pautando-se principalmente nos princípios constitucionais imprescindíveis à aplicação da pena, estes que foram estudados de forma pormenorizada no segundo capítulo desta pesquisa.

Em sendo assim, a decisão judicial deverá ser norteadada pelos princípios da proporcionalidade, da humanidade, da igualdade, legalidade, da motivação das decisões e da individualização da pena, dentre outros. Trata-se, assim, de ir além de uma fundamentação da decisão vinculada a preceitos legais, o magistrado deverá adotar em seu *decisum* direcionamentos principiológicos, expressos ou não constitucionalmente.

Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari, “os juízes devem atuar visando proteger e beneficiar a pessoa humana, procurando assegurar a justiça nas relações entre as pessoas e os grupos sociais”.²⁹⁴

Os juízes, assim, devem ir além da devida fundamentação ao aplicarem a pena-base ao acusado, devendo obedecer principalmente balizas principiológicas dispostas no ordenamento jurídico.

²⁹⁴

DALLARI. Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 84.

6 CONCLUSÃO

Restou demonstrado que o presente trabalho buscou, essencialmente, tratar sobre a discricionariedade do julgador na aplicação da pena, especificamente no que tange a fixação da pena-base, mostrando, para isso, as principais implicações deste instituto na valoração das circunstâncias judiciais, dispostas no artigo 59 do Código Penal.

No decorrer da história a aplicação da pena variou entre sistemas de penas absolutamente indeterminadas e completamente determinadas, trazendo como maior implicação a presença ou não da discricionariedade do julgador.

No que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que este passou por diversas transformações ao longo dos anos, alternando entre técnicas de dosagem da pena extremamente definidas e outras entregues ao completo arbítrio do aplicador.

Nesta toada, infere-se que o Código Penal de 1940 inaugurou o sistema da relativa indeterminação. Este método, trazido pelo *códex* já mencionado, buscou efetivar o princípio da individualização da pena, que impõe que a pena a ser imposta seja única para cada acusado.

Essa imposição tem seus fundamentos na histórica busca pela liberdade individual, a partir de uma limitação do Estado, que, direta ou indiretamente, propiciou uma preocupação com o indivíduo, com o humano.

Com a reforma da Parte Geral do Código Criminal, datada de 1984, o sistema das penas relativamente indeterminadas obteve continuidade, dando importância significativa ao exercício do poder discricionário do magistrado, ora aplicador da sanção, especialmente quando da análise das circunstâncias judiciais supracitadas.

O sentido de tais circunstâncias consiste exatamente no fato de elas terem um grau de imprecisão suficiente para que o juiz sentenciante, diante do caso em concreto, possa individualizar a pena de forma devida ao réu.

Denota-se que a divisão entre circunstâncias subjetivas (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos), relacionadas ao autor do fato, e objetivas (circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima), relacionadas ao crime propriamente dito, demonstra, mais do que tudo, uma preocupação legislativa em considerar não só peculiaridades do delito, mas também características pessoais do agente que o praticou.

Ressalte-se, porém, que tanto essas, como todas as outras circunstâncias judiciais trazidas no bojo do artigo 59 do Código Criminal, comportam conceitos consideravelmente abertos, o que torna a aferição, feita pelo julgador, substancialmente imprecisa. Ante essa zona dúbia e incerta característica de tais circunstâncias, o magistrado sentenciante se utiliza de para preencher as lacunas deixadas pela lei penal.

Dessa forma, depreende-se que na prática judiciária, o que se vê é o cometimento de arbitrariedades amparadas na discricionariedade judicial. Resultado disso são as consideráveis reformas de sentenças e acórdãos arbitrários.

É possível afirmar que é possível o controle das decisões arbitrárias e, mais do que isso, que é necessário um controle por toda a sociedade e, principalmente, das partes que compõem o processo. Esse controle, porém, só poderá acontecer mediante a fundamentação da sentença penal condenatória, consoante imposição constitucional.

Contudo, é possível concluir da presente pesquisa que a fundamentação da sentença e o controle jurisdicional não são suficientes para conter a discricionariedade do julgador na aplicação da pena-base, sendo necessárias, portanto, outras balizas.

Faz, então, os seguintes questionamentos:

A legislação penal erra em propiciar grande margem discricionária ao magistrado sentenciante quando da aplicação da pena-base ou as arbitrariedades cometidas se dão única e exclusivamente em razão do exercício equivocado dessa discricionariedade? Quais são as balizas da discricionariedade judicial?

Parece que existe uma confluência entre a incerteza legislativa inerente à análise das circunstâncias judiciais e o exercício arbitrário da discricionariedade do julgador. Ambos, de alguma forma, colaboram para a ocorrência de arbitrariedades quando da aplicação da pena-base.

A zona dúbia e imprecisa das circunstâncias judiciais poderia ser mais esclarecida pelo legislador, visto que esta incerteza dá azo a uma infinidade de interpretações, inclusive conceituais. Porém, é certo que a arbitrariedade por parte do magistrado sentenciante é a maior causa do cometimento de injustiças.

Nesse sentido, conclui-se que o magistrado deverá exercer a sua discricionariedade, ao aplicar a pena base, pautando-se principalmente nos princípios constitucionais imprescindíveis à aplicação da pena, de modo que a decisão judicial deverá ser norteadada pelos princípios da proporcionalidade, da humanidade, da igualdade, legalidade, da motivação das decisões e da individualização da pena, dentre outros.

Trata-se, assim, de ir além de uma fundamentação da decisão vinculada a preceitos legais, o magistrado deverá adotar em seu *decisum* direcionamentos principiológicos, expressos ou não constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã Theorie der Grundrechte, publicada pela Suhrkamp Verlag. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 87. (2ª edição, 4ª tiragem).

ANDRADE, Anna do Prado Valladares. **Aplicação das circunstâncias atenuantes na dosimetria da pena: A súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça e a fixação do quantum aplicável**. Anais: artigos completos / I Congresso da Associação Mineira de Pós-Graduandos em Direito. Belo Horizonte: Pergamum, 2010, p. 91. Disponível em: <

https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38530101/Anais1.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1536962939&Signature=e3oCtlhvAGQMWjQJgZT3i%2Bjf1RQ%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DAnais_do_I_Congresso_da_AMPD_-_v.1.pdf#page=88>. Acesso em: 18 de setembro de 2018.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

ÁVILA. Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade em **Revista de Direito Administrativo**, nº 215, ano de 1999.

BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano L. **A definição de responsabilidade em Claus Roxin e o posicionamento do Tribunal Constitucional Alemão em Culpabilidade no Pós-Finalismo / organizador, Sebastián Borges de Albuquerque Mello**. Salvador: JusPodivm, 2016.

BARBOSA. Paulo Roberto Fonseca. **O Poder Complementar dos Juízes: Instrumentos para o controle da expansão penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11. ed., 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. Dei delitti e delle pene. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 21.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Individualização e aplicação das penas em Sentença Criminal e aplicação da pena**: Ensaio sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Organizadores: Américo Bedê Junior, Gabriel Silveira de Queirós Campos. Salvador: JusPodivm, 2017.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 1940. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >.

_____. **Constituição Federal, 1988**. Brasília, DF, disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 231. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='231'>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Enunciado de Súmula nº 241. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4157> >
Acesso em: 31 out. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Enunciado de Súmula nº 444. 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: 31 out. 2018.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral, tomo 3º**: pena e medida de segurança. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução por Ricardo Pérez Banegal. Título original: Il problema de la pena. São Paulo: Pillares, 2015.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 3ª. ed. reescrita e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena no Estado Democrático de Direito e Garantismo: Considerações a partir do Princípio da Secularização em Aplicação da Pena e Garantismo**. CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. 2ª edição, ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Claus Roxin apud TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

DALLARI. Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática.** Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** Trad. Raquel Ramalhe. 42.ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

Giovanni Fiandaca e Enzo Musco apud Guilherme de Souza Nucci. **Individualização da pena.** 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros. 14. ed., 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 17.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HUNGRIA, Nelson. O Arbítrio Judicial na Medida da Pena. **Revista Forense.** Rio de Janeiro, ano XXXIX, vol. LXXXIX, jan. 1942.

JUNIOR, Roberto Delmanto. **Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal em Revista Brasileira de Ciências Criminais,** ano 15, nº 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Trad. João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional – A imposição dos princípios constitucionais penais.** P. 93.

LYRA, Roberto. **Como julgar, como defender, como acusar.** Belo Horizonte: Líder, 2015.

MACHADO, Vinicius da Silva. **Entre números, cálculos e humanidade: o princípio constitucional da individualização da pena e o mito da punição individualizada.** Dissertação de Mestrado (Universidade de Brasília). Orientadora: Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho. 2009. <
http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4044/1/2009_ViniciusdaSilvaMachado.pdf >
Acesso em: 25 de outubro de 2018.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal em Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal**. Organizado por Ricardo Augusto Schmitt. Salvador: JusPodivm, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1.º a 120**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. Tradução de Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio da versão original La individualización de la pena. São Paulo: Rideel.

SAMPAIO, Sérgio Humberto de Quadros. Princípio da Motivação, ou Fundamentação, das Decisões Judiciais, cf. Art. 93, IX em Princípios blá blá blá por Schmitt. P. 340.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte Geral**. 7. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável em Revista dos Tribunais**, nº 798, ano de 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 50.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal: Prática de Aplicação de Pena e Medida de Segurança**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 40.

Von Feuerbach apud NEPOMUCENO, Alessandro. **Além da lei – a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. DIREITO BRASILEIRO P. 172. 35 LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional – A imposição dos princípios constitucionais penais**.

_____. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.