

CENTRO UNIVERSITÁRIO PADRE ALBINO – UNIFIPA
CURSO DE DIREITO

CAROLINA CAVALLINI DA SILVA

**SISTEMA TRIFÁSICO DE FIXAÇÃO DA PENA: ANÁLISE DO
CARÁTER SUBJETIVO NA DOSIMETRIA**

CATANDUVA-SP
2023

CAROLINA CAVALLINI DA SILVA

**SISTEMA TRIFÁSICO DE FIXAÇÃO DA PENA: ANÁLISE DO
CARÁTER SUBJETIVO NA DOSIMETRIA**

Trabalho de Curso apresentado como requisito
para a obtenção do título de Bacharelado em
Direito pelo Centro Universitário Padre Albino
– UNIFIPA.

Orientador: Prof. Me. José Guilherme Silva
Augusto.

CATANDUVA-SP
2023

CAROLINA CAVALLINI DA SILVA

**SISTEMA TRIFÁSICO DE FIXAÇÃO DA PENA: ANÁLISE DO
CARÁTER SUBJETIVO NA DOSIMETRIA**

Trabalho de Curso apresentado como requisito
para a obtenção do título de Bacharelado em
Direito pelo Centro Universitário Padre Albino
– UNIFIPA.

Orientador: Prof. Me. José Guilherme Silva
Augusto.

Aprovado em: 29/11/2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. José Guilherme Silva Augusto
Centro Universitário Padre Albino - UNIFIPA

Prof. Esp. Luis Roberto Rissi
Centro Universitário Padre Albino - UNIFIPA

Prof. Me. Marcos de Oliveira Melo
Centro Universitário Padre Albino - UNIFIPA

CATANDUVA, 29 de novembro de 2023.

“Em nome de interesses pessoais, muitos abdicam do pensamento crítico, engolem abusos e sorriem para quem desprezam. Abdicar de pensar também é crime”.

(Hannah Arendt)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente minha *alma mater* por ter me dado a oportunidade de cursar Direito, área na qual sou uma aspirante muito apaixonada desde quando tinha nove anos de idade. Agradeço ainda ao meu orientador Me. José Guilherme Silva Augusto por toda orientação e transmissão de conteúdo de maneira tão farta e objetiva, e ainda, por viabilizar a apresentação deste tema como trabalho de curso, o qual idealizo desde o quinto semestre. Agradeço ainda minha banca examinadora pela atenção e disponibilidade em fazer parte desta etapa tão importante e decisiva da minha vida acadêmica.

Estendo meus agradecimentos a Dra. Bruna Maria Buck Muniz, Promotora de Justiça titular na PJ da Comarca de Tabapuã, pela oportunidade de estagiar por quase dois anos no Ministério Público do Estado de São Paulo, e principalmente, por ter-me transmitido conhecimentos que não existem nos livros: o exercício de parte da função jurisdicional do Estado com tanta seriedade, atenção e sensibilidade. Agradeço ainda aos analistas Victor Ramazzotti e Caio Brazolin pelo dia a dia forense, sanando minhas dúvidas, afagando minhas angústias intelectuais e comemorando minhas vitórias.

Agradeço principalmente aos meus pais, Claudia Cavallini e Valdir Oliveira da Silva, pelo apoio incondicional ao longo de todos esses anos, com todo o amor e carinho do mundo. Agradeço a eles também por toda a troca: meu pai, a 400 quilômetros de distância, se fez presente através de inúmeras ligações, debatendo comigo assuntos jurídicos entre um ou outro assunto pessoal. Minha mãe e minha colega nos corredores da faculdade, a zero quilômetros de distância, dialogando comigo sobre assuntos jurídicos na mesa de jantar ou entre uma e outra aula.

Aos meus irmãos Gabriela e Guilherme Libonatti, agradeço a compreensão pela minha ausência e dedico a vocês todo meu amor e esforço incondicionais. E, por fim, agradeço a tudo e a todos que passaram pela minha vida ao longo da minha jornada, já que foi através dessas pessoas e situações que me tornei quem sou hoje.

RESUMO

A análise da dosimetria de pena apresenta suma relevância acadêmica diante de sua importância dentro do processo penal, podendo ser observada sob duas perspectivas: a primeira como instrumento processual propriamente dito, portanto, sua importância se dá em razão de seu conhecimento detalhado para o exercício pleno do contraditório e ampla defesa. Já a segunda perspectiva está relacionada ao fato de que a pena é um instrumento processual utilizado como meio para que o Estado exerça o *ius puniendi*, atribuindo ao indivíduo infrator uma sanção penal e, portanto, atingindo o objetivo de punição e prevenção do crime. Diante disso, o presente trabalho aborda a análise do sistema trifásico de fixação da pena, normatizado pelo artigo 68 do Código Penal, dando ênfase no caráter subjetivo presente no processo de dosimetria da pena, considerando as lacunas legislativas existentes no artigo 59 do Código Penal, especialmente com relação às circunstâncias judiciais presentes na conduta social e personalidade do agente, bem como na circunstância relevante mencionada no artigo 66 do Código. Ainda, visa entender de que forma essas lacunas normativas trazem margem para a atuação discricionária dos magistrados, além de analisar a movimentação judicial realizada pelo Poder Judiciário através da edição do “Relatório GT Dosimetria da pena” pelo Conselho Nacional de Justiça, considerando a existência da omissão do Poder Legislativo em sanar tais lacunas. Desta forma, o presente estudo concluirá que a atuação do Poder Legislativo é a solução legal mais adequada para trazer a aplicabilidade direta e objetiva necessária ao instituto da pena no Brasil.

Palavras-chave: Sentença penal condenatória. Finalidades da pena. Princípio da individualização da pena. Discricionariedade dos magistrados.

ABSTRACT

The analysis of penalty dosimetry has great academic relevance given its importance within the criminal process, and can be observed from two perspectives: the first as a procedural instrument itself, therefore, its importance is due to its detailed knowledge for the full exercise of contradictory and broad defense. The second perspective is related to the fact that the penalty is a procedural instrument used as a means for the State to exercise the *ius puniendi*, attributing a criminal sanction to the individual offender and, therefore, achieving the objective of punishment and crime prevention. In view of this, the present work addresses the analysis of the three-phase system of sentencing, standardized by article 68 of the Penal Code, emphasizing the subjective nature present in the sentence dosimetry process, considering the legislative gaps existing in article 59 of the Penal Code, especially in relation to the judicial circumstances present in the social conduct and personality of the agent, as well as the relevant circumstance mentioned in article 66 of the Code. Furthermore, it aims to understand how these normative gaps provide room for the discretionary action of magistrates, in addition to analyzing the judicial movement carried out by the Judiciary through the edition of the “GT Dosimetry of the Penalty Report” by the National Council of Justice, considering the existence of failure of the Legislative Branch to remedy such gaps. In this way, the present study will conclude that the action of the Legislative Branch is the most appropriate legal solution to bring the necessary direct and objective applicability to the institution of punishment in Brazil.

Keywords: Condemnatory criminal sentence. Purpose of punishment. Principle of individualization of punishment. Judges discretion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O INSTITUTO DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	11
1.1. Conceito de pena	13
1.2. Finalidades da pena	14
1.3. Princípios inerentes a pena	16
1.4. Tipos de penas	17
2. PANORAMA GERAL DA DOSIMETRIA DE PENA NO CÓDIGO PENAL	20
2.1. Primeira fase da dosimetria	21
2.1.1. Culpabilidade.....	22
2.1.2. Antecedentes.....	23
2.1.3. Conduta social	26
2.1.4. Personalidade do agente	27
2.1.5. Motivos.....	28
2.1.6. Circunstâncias e consequências do crime.....	29
2.1.7. Comportamento da vítima	29
2.2. Segunda fase da dosimetria	30
2.3. Terceira fase da dosimetria.....	32
2.4. Pena de multa	33
3. O CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A SUBJETIVIDADE PRESENTE NAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS ARTIGOS 59 E 66 DO CÓDIGO PENAL	35
4. A EDIÇÃO DO “RELATÓRIO GT DOSIMETRIA DA PENA” PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	41
4.1. Os resultados da pesquisa elaborada pelo Grupo de Trabalho (GT)	42
4.2. Diretrizes para a dosimetria da pena de acordo com o Relatório GT.....	44
4.2.1. Conduta social	45
4.2.2. Personalidade do agente	46
4.2.3. Motivos do crime.....	46
4.3. A força vinculativa do relatório.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

As penas possuem um papel de grande relevância dentro do processo penal pois impactam diretamente nas relações estabelecidas entre os indivíduos da sociedade, já que no processo penal, quando há o édito condenatório, a pena fixada ao indivíduo serve como meio punitivo, além de servir ideologicamente como um sistema de coibição de possíveis ações delinquentes de outros indivíduos, a fim de alcançar o principal objetivo do direito penal, que trata da manutenção da ordem social e proteção dos bens jurídicos considerados relevantes dentro da própria sociedade.

Diante disso, na seara do direito penal brasileiro, especificamente dos delitos tratados no Código Penal e legislação penal esparsa, como na Lei de Contravenções Penais e Lei de Drogas, dentre outras, as penas estão descritas de maneira abstrata em cada tipo penal presente na legislação e podem variar de acordo com a gravidade do delito a ser analisado e pela arbitrariedade do legislador em fixar tal reprimenda, respeitando o intervalo temporal descrito em cada tipo penal.

Isso posto, é imprescindível a análise pormenorizada do sistema trifásico de fixação da pena, que foi adotado pelo Brasil com a reforma ocorrida no Código Penal em 1984 e está previsto no artigo 68 do referido Código, isso porque a análise desse sistema impacta de maneira direta na compreensão dos indivíduos relacionado à forma pela qual é realizada a fixação de uma pena para determinado crime, a partir da legislação vigente e os limites estabelecidos pela lei.

Partindo desta premissa, o presente trabalho busca reunir e analisar os principais impactos existentes no ordenamento jurídico com a aplicação do sistema trifásico de quantificação da pena, especialmente na exposição dos problemas que permeiam o assunto e suas possíveis soluções, a fim de que haja maior segurança jurídica na aplicação do sistema e garantia do devido processo legal.

A análise dos principais impactos será balizada através do apontamento do viés subjetivo na análise das circunstâncias judiciais trazidas no corpo do artigo 59 do Código Penal, que incorporam a primeira fase da dosimetria da pena, considerando que é o ponto permeado de maior subjetividade dentro das três fases existentes.

Diante da apresentação desse viés subjetivo na dosimetria da pena, o presente trabalho buscará discutir a omissão legislativa que deu causa à problemática e a possível solução trazida

pelo Poder Judiciário na tentativa de sanar tal questão, com a elaboração do “Relatório GT Dosimetria da pena”.

A metodologia de abordagem consistirá na utilização do método hipotético-dedutivo, partindo da ideia geral delineada pela norma, ou seja, na maneira pela qual o ordenamento jurídico apresenta o instituto da quantificação da pena, para chegar na análise específica da interpretação dessa norma, predominantemente permeada por um problema, que é ilustrado pela forma como os magistrados e operadores do direito analisam e aplicam as circunstâncias individuais de cada agente infrator a cada caso concreto, além de demonstrar a hipótese de solução para esse problema.

De maneira procedimental, haverá a correlação entre os métodos históricos e comparativos, além da técnica de pesquisa baseada em fontes de documentação indireta, com pesquisas bibliográficas e jurisprudencial, embora haja uma carência de obras literárias a respeito do tema, estando sua discussão apresentada predominantemente em teses e artigos científicos.

Assim, a fim de se chegar ao objetivo principal do estudo, que é a interpretação dada pela comunidade jurídica frente ao conjunto normativo que trata sobre o tema, abarcando ainda suas particularidades e vícios, foi inserido no primeiro capítulo a conceituação e finalidade da pena, considerando que é objeto principal da matéria criminal, além de ser utilizada como meio para a punição dos agentes que cometem crimes e, ainda, como forma de coibir possíveis ações e omissões futuras cometidas pelos agentes e consideradas delituosas pelo ordenamento jurídico.

No segundo capítulo, introduziu-se o tema com seu histórico de aplicação desde a edição do Código Penal de 1940, bem como sua atualização legislativa ocorrida em 1984, que delineou novas circunstâncias a serem observadas na quantificação da penal. Além disso, trouxe o panorama geral do sistema utilizado para dosar as penas dentro da seara criminal atualmente.

No terceiro capítulo, tem-se a descrição do problema delineado pelo conflito existente entre o princípio da individualização da pena e a subjetividade na dosimetria da pena, notadamente nos artigos 59 e 66 do Código Penal, de modo que a lacuna legislativa existente nessa subjetividade traz margem ao magistrado para agir de maneira discricionária na quantificação da pena do indivíduo infrator.

No quarto capítulo, foi trazida uma análise da movimentação judicial exercida pelo Conselho Nacional de Justiça com a edição do “Relatório GT Dosimetria da pena”, na tentativa de sanar o conflito existente na matéria ante a inércia do Poder Legislativo em legislar sobre o

tema. Ainda, trouxe um levantamento e exposição dos projetos de lei existentes nas casas legislativas que tratem sobre a problemática em questão.

Ao final, pondera-se no sentido de que ainda que haja uma movimentação judicial para delinear de maneira mais clara as circunstâncias judiciais subjetivas que são encontradas na dosimetria da pena, tal função é exclusiva do Poder Legislativo e deve ser exercida por tal, a fim de analisar a viabilidade de uma reformulação no sistema trifásico de dosimetria da pena, adequando o sistema conforme o princípio da individualização da pena, sem deixar de levar em consideração os outros princípios inerentes ao indivíduo e, por fim, a segurança jurídica do processo.

1. O INSTITUTO DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente, cabe salientar que a análise do instituto da pena, sua finalidade e suas funções sociais predominantes observadas no ordenamento jurídico brasileiro é relevante para entender a problemática acerca do tema, especialmente quanto ao objetivo do Estado em atribuir a esse instituto um meio de supressão das ações dos indivíduos, além da instrumentalização desse objetivo através de sua aplicabilidade pelo Poder Judiciário frente as normas que o ilustram através das leis penais.

É certo que desde os primórdios da existência humana, já no século IV a.C, havia a ideia de que “o homem é naturalmente um animal político”, e ainda que irracional, se agrupa por mero instinto, já que é o único animal que possui razão, sentimento do bem e do mal, do justo e injusto (ARISTÓTELES, 1985).

No século I a.C, o filósofo Cícero afirmou que

A primeira causa da agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inato; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar o apoio comum.

Nessa toada, ainda que a sociedade seja um fato natural, sendo determinado através da necessidade do homem em cooperar reciprocamente entre seus semelhantes, tal fato não elimina a participação da vontade humana, isso porque a reunião de semelhantes em uma sociedade facilita a obtenção de meios necessários a sobrevivência da espécie, além do aperfeiçoamento intelectual, moral e técnico dos indivíduos (DALLARI, 1998).

Então, partindo da premissa de que o homem se agrupa de maneira natural, também vivendo em “estado de natureza”, isto é, providos do egoísmo, luxúria, tendência agressiva e insaciável, surge na razão humana a ideia de estabelecer um “estado social”, baseado em duas leis fundamentais da natureza, em que deve haver o esforço de cada homem para que haja a paz, e quando não for possível obtê-la, que busque todas as ajudas e vantagens da guerra (HOBBS, 2003).

Além disso, deve haver o consentimento de cada um em renunciar seu direito sobre todas as coisas e satisfazer-se em relação aos demais, com a mesma liberdade que lhe for

concedida com respeito a si próprio enquanto se considerar necessário para a promoção da paz e defesa de si mesmo (HOBBS, 2003).

Tem-se então o fenômeno denominado de teoria contratualista, observado e conceituado pela primeira vez no *Leviatã*, publicado por Thomas Hobbes, em 1651.

A fim de explicar a existência da teoria contratualista de Hobbes, em que os indivíduos consentiram à renúncia de seus direitos e liberdades para viver em sociedade e gozar dos privilégios advindos dela, o filósofo Rousseau publicou a obra “O Contrato Social”, em 1762.

Para Rousseau (2017), o estado primitivo do homem não pode subsistir, caso contrário, a humanidade resta ameaçada, já que a resistência dos obstáculos que atentam a conservação do estado natural excede as forças que cada indivíduo pode empregar para manter-se nesse estado. Então, devido à impossibilidade de aumentar a força de cada indivíduo, através do contrato social, o homem consciente que a liberdade e a força são elementos fundamentais para sua conservação, encontrou uma forma para associar-se, de modo a defender e proteger a pessoa e os bens de cada associado, “de qualquer força comum; e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando, assim, tão livre como dantes”.

Então, no contrato social, há alienação total de cada associado, com todos os seus direitos a favor de toda a comunidade, de modo que se constrói a ideia de Estado, pautada pelo corpo moral e coletivo, que é mero executor de decisões (DALLARI, 1998).

Mesmo havendo a existência de um contrato social entre os indivíduos, ainda haverá a existência de conflitos advindos do “estado de natureza”, sendo necessário, portanto, um mecanismo para coibir a ação dos indivíduos que não conseguem reprimir seu estado de natureza e exteriorizam seus males.

Pondera-se, no entanto, que independentemente da essência do homem, ou seja, se ele nasce bom e a sociedade o corrompe (ROUSSEAU, 2017) ou se ele é mau por natureza e somente se torna bom à medida da conveniência (HOBBS, 2003), o foco principal do presente estudo está baseado no mecanismo criado pelo Estado para gerenciar as consequências advindas da externalização das condutas humanas que porventura venham a corromper o contrato social estabelecido em sociedade, já que, invariavelmente, para o direito penal, quando há violação de regras, o indivíduo infrator será considerado um ser mau.

Quanto a isso, Cesare Beccaria, em meados do século XVIII, citou que:

Nota-se, em todas as partes do mundo físico e moral, um princípio universal de dissolução, cuja ação só pode ser obstada nos seus efeitos sobre a sociedade, por meios que impressionam imediatamente os sentidos e que se fixam nos espíritos, para contrabalançar, por impressões vivas, a força das paixões particulares, quase sempre opostas ao bem geral. Qualquer outro meio seria insuficiente. (2015, p. 23)

Assim, baseado nas forças das paixões particulares quase sempre opostas ao bem geral, “eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas, estabelecidas contra os infratores das leis.” (BECCARIA, 2015, p. 23)

Portanto, a pena foi o mecanismo escolhido para coibir ações indesejadas que os indivíduos praticam na sociedade e a escolha da punição poderá variar de acordo com o Estado analisado, sobretudo quando observado sob a perspectiva da forma de governo e sistema punitivo. Em se tratando do ordenamento jurídico brasileiro, o Estado republicano e a democracia dão voz aos próprios indivíduos da sociedade, inclusive aos que eventualmente possam ser submetidos à aplicação da lei penal, através da democracia indireta, na qual as normas incriminadoras serão aderidas ao arcabouço penal através de representantes legislativos escolhidos por esses indivíduos da sociedade.

1.1. Conceito de pena

O conceito de pena na acepção jurídica está diretamente ligado às suas finalidades e consequências fáticas, isso porque sua existência e natureza, por si só, não teriam lógica se analisadas de maneira isolada, considerando que sob a perspectiva do dever do Estado em exercer o *ius puniendi*, a pena é o meio lógico para punir quem comete ações ou omissões consideradas delituosas e possui uma finalidade para tanto.

Tendo como premissa o fato de que historicamente a pena foi o mecanismo escolhido para coibir ações indesejadas dos indivíduos inseridos na sociedade, de maneira empírica tem-se a ideia de que a pena está atrelada a algo negativo, como forma de punição, que seja uma ideia particularmente vinculativa e temerosa, capaz de agir diretamente na coibição de eventual ação delituosa praticada pelos indivíduos.

Para Günther Jakobs, “a pena é sempre uma reação a uma violação normativa. Através dessa reação, demonstra-se sempre que se deve respeitar a norma violada. E essa reação demonstrativa acontece sempre às expensas do responsável pela violação normativa.” (2009, p. 20), inclusive servindo como meio para demonstrar a eficácia das normas perante o responsável por suas violações.

De maneira técnica, a pena é uma sanção imposta pelo Estado, através de uma ação penal, na qual o autor da infração receberá uma pena como retribuição ao seu ato ilícito, a qual

consistirá na diminuição e privação de um ou mais bens jurídicos que lhe pertençam, a fim de evitar a prática de novos delitos (JESUS, 2015).

1.2. Finalidades da pena

As teorias relacionadas às finalidades das penas estão ligadas com a própria existência do Direito Penal, que é conceituado como a possibilidade de coação determinada pela razão ou uma permissão de coação, por parte de uma razão social oriunda de uma lei moral (FEUERBACH, 2022).

De acordo com a doutrina, existem três teorias que explicam as finalidades da pena: absoluta ou retributiva, relativa ou preventiva e mista.

Na teoria absoluta ou retributiva, “a finalidade da pena é punir o infrator pelo mal causado à vítima, aos seus familiares e à coletividade” (ESTEFAM, GONÇALVES, 2020, p. 519). Tem-se através dessa teoria o conceito empírico do instituto da pena, ligado a algo negativo, como uma vingança retributiva aos que tiveram o bem jurídico violado pelo delito cometido.

Ainda, através dessa teoria, a finalidade da pena estaria delineada em sua própria essência, de modo que assume o viés punitivo moralmente considerado como tal, proporcionando a justificação moral e restabelecimento da ordem jurídica.

Na teoria relativa ou preventiva, o objetivo da pena é intimidar os indivíduos da sociedade ao não cometimento de crimes, possuindo um enfoque na prevenção geral e outro na especial, sendo o primeiro destinado a prevenir a prática de novas infrações e o segundo direcionado para a pessoa do condenado (MASSON, 2019).

Na prevenção geral negativa, segundo a teoria da coação psicológica, formulada por Anselm von Feuerbach (2022), o Estado é formado por uma sociedade civil organizada constitucionalmente em que há renúncias para um bem comum, dessa forma, a configuração do Estado objetiva a garantia da existência conjunta dos indivíduos conforme suas leis. Assim, se houver alguma lesão jurídica dentro desse Estado, essa contradirá sua própria essência, de modo que deve estabelecer instituições que impeçam a existência dessas eventuais lesões jurídicas.

Portanto, a pena teria o propósito de criar no espírito dos potenciais criminosos uma motivação suficientemente forte para afastá-los da delinquência (DIAS, 1999).

Na prevenção geral positiva, tem-se a pena como um efeito direto da existência, validade e eficiência da norma penal (MASSON, 2019) em que há a análise puramente procedimental e jurídica do instituto, limitada tão somente à aplicabilidade normativa a partir de um

ordenamento jurídico que vincula suas normas a produzirem seus plenos efeitos enquanto vigorarem. Portanto, a sentença condenatória vincula o magistrado à aplicação de uma sanção.

Para a prevenção especial negativa, o foco dado ao indivíduo infrator está ilustrado em sua intimidação para que não volte a delinquir. Já a prevenção especial positiva tem por objetivo a ressocialização do indivíduo infrator, de modo que volte ao convívio social, após o cumprimento da pena, preparado para seguir as normas ditadas pelo Estado. A ressocialização é requisito de legitimidade da pena (HASSEMER, 2007).

Diante das vertentes apresentadas no presente estudo, observa-se que o Brasil adotou a teoria mista ou unificadora, em virtude da existência da intenção de aplicar a pena para punir e prevenir ao mesmo tempo, inclusive pautada na ressocialização do apenado.

Torna-se evidente a observação de tal teoria no ordenamento jurídico brasileiro especialmente na parte final do artigo 59 do Código Penal, onde o legislador normatizou que as penas aplicáveis serão estabelecidas “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Notadamente, o caráter ressocializador presente no ordenamento se vê estampado no artigo 10 da Lei nº 7.210/1984, onde normatizou que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”.

Não obstante, ratificando os objetivos pretendidos com a aplicação da pena, o legislador incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 678/1992, o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, endossando a norma contida no artigo 5º, item “6”, onde “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

Portanto, ante a constatação de um delito praticado por determinado indivíduo, o Estado brasileiro através de suas normas penais vincula ao magistrado à aplicação da pena para satisfazer, de maneira geral, os anseios da comunidade sem descurar de sensível tratamento ao apenado.

Embora haja a preocupação estatal com o tratamento dado aos agentes infratores, é certo que fazendo uma análise da sociedade em geral, da população carcerária e, especificamente, da população ressocializada, as finalidades da aplicação da pena não estão sendo atingidas, considerando o elevado índice de crimes no Brasil e a constatação de grande parcela dos indivíduos presentes no Poder Judiciário que reincidiram no crime.¹

¹ De acordo com o relatório lançado em 2022 pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) em parceria com a Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), entre os anos de 2010 e 2021, de 912.054 indivíduos que deram entrada no sistema prisional para cumprimento de pena, houve 37,6% de reincidência.

1.3. Princípios inerentes a pena

De maneira geral, o instituto da pena possui sete princípios que estão diretamente relacionados a sua existência e aplicabilidade, além de inúmeros outros princípios que podem ser aplicados ao instituto de maneira secundária, mas não menos importante.

Os princípios da legalidade e anterioridade estão amparados através do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988 e artigo 1º do Código Penal, onde ambos normatizaram que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Desse modo, somente será punida determinada ação se, antes dela ocorrer, a legislação penal já a tenha considerado como delituosa (MASSON, 2019). A superveniência da ação ante sua criminalização não é permitida, ocorrendo de igual modo com a sanção penal.

O princípio da inderrogabilidade, por sua vez, sustenta que se há presença dos requisitos necessários para a condenação, não se pode deixar de ser aplicada e integralmente cumprida. No entanto, esse princípio é mitigado por alguns institutos penais, como a prescrição, perdão judicial, *sursis*, livramento condicional, dentre outros (MASSON, 2019).

O princípio da humanização está preceituado no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, em que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Não obstante, o princípio também está estampado no inciso XLVII, já que veda de pena morte, salvo em caso de guerra declarada, penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis.

O princípio da pessoalidade ou intranscendência, por força do artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, preceitua que a pena possui caráter personalíssimo, de modo que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Desse modo, aponta-se que o referido princípio atinge de maneira direta as penas privativas de liberdade e restritivas de direitos que são atribuídas ao indivíduo infrator, extinguindo-se com o seu falecimento. Porém, em eventual condenação fixando pena de multa, o referido princípio atuará de maneira predominante aos direitos sucessórios, já que a pena de multa poderá ser executada contra os sucessores até o limite do valor patrimonial transferido.

O princípio da proporcionalidade trata sobre a correspondência entre o delito cometido e a pena a ser aplicada a ele. Desse modo, o instituto servirá como uma resposta penal a sociedade, que deverá ser justa e suficiente para reprovação do delito, além de servir como mecanismo de prevenção ao cometimento de novos delitos (MASSON, 2019).

Por fim, o princípio da individualização da pena está contido *ipsis litteris* no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, onde houve o apontamento da individualização, mas o

legislador atribuiu sua regulamentação a outro dispositivo normativo. A existência desse princípio está diretamente ligada ao sistema trifásico de dosimetria da pena, motivo o qual será exposto de maneira detalhada no capítulo 3 do presente estudo.

1.4. Tipos de penas

Além do caráter conceitual e finalístico das penas, implicitamente contidos nas normas penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, os tipos de penas a serem adotadas nas sentenças criminais necessitam de objetividade, mesmo porque a existência de qualquer carga subjetiva incorreria em sua inaplicabilidade, fato que prejudicaria, inclusive, a própria finalidade do instituto.

A inaplicabilidade de penas subjetivas é consequência direta para que haja a efetiva aplicação do princípio da legalidade ou reserva legal, contido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Portanto, extrai-se do referido dispositivo legal que a pena, assim como o crime, deverá estar expressamente contida na legislação penal, para que haja o pleno conhecimento dos indivíduos sobre quais as punições consequentes de sua delinquência antes de que determinado fato seja efetivamente executado pelo agente, causando assim concretude na segurança jurídica do instituto.

Em razão do referido princípio, o rol das penas permitidas está elencado na Constituição Federal de 1988, que por sua vez, também limitou os tipos de penas que não são permitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, as penas permitidas estão contidas no artigo 5º da Constituição Federal:

- XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
- a) privação ou restrição da liberdade;
 - b) perda de bens;
 - c) multa;
 - d) prestação social alternativa;
 - e) suspensão ou interdição de direitos

Destarte, as penas proibidas também estão contidas no artigo supramencionado, de modo que:

- XLVII - não haverá penas:
- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Nota-se que houve a delimitação entre as penas permitidas e proibidas, porém, essa norma constitucional que foi instrumentadora da matéria é de eficácia limitada, considerando que possui aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, produzindo apenas a eficácia jurídica imediata, direta e vinculante ao legislador infraconstitucional, que ficou incumbido de tratar sobre a matéria em norma regulamentadora infraconstitucional (SILVA, 2000).

Diante desse cenário, o Código Penal regulamentou a matéria no artigo 32, adotando as penas privativas de liberdade, restritivas de direito e multa.

As penas privativas de liberdade estão regulamentadas através do artigo 33 do referido Código, além de serem mencionadas na Lei das Contravenções Penais. Desse modo, as modalidades de penas privativas de liberdade inseridas no Código Penal são de reclusão e detenção e a modalidade inserida na Lei das Contravenções Penais é a de prisão simples.

Nota-se que cada pena privativa de liberdade será apontada no tipo penal analisado, por força do artigo 53 do Código Penal.

Em geral, a pena de reclusão é prevista em crimes mais graves, como homicídio, lesão corporal grave, estupro, tráfico de drogas, tortura, dentre outros, e por esse motivo é empregado regime mais severo de tratamento ao condenado (ESTEFAM, GONÇALVES, 2020). Já a pena de detenção é prevista em crimes menos graves, como lesão corporal leve, ameaça, desacato, ato obsceno, dentre outros.

Segundo o artigo 33 do Código Penal, “a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.”

Diante desse primeiro apontamento legal quanto ao regime de cumprimento da pena, o Código Penal adentra diversos pormenores acerca do tema, trazendo entre os artigos 34 e 42 as regras concernentes a cada tipo de regime, os direitos e deveres dos presos, inclusive a detração da pena, que trata sobre o abatimento do tempo de prisão provisória, administrativa ou internação na pena que será fixada na sentença condenatória.

A pena de prisão simples, tratada nas contravenções penais, é mais branda, de modo que será cumprida apenas em regime semiaberto ou aberto, não possuindo regressão ao regime fechado e sem rigor penitenciário (ESTEFAM, GONÇALVES, 2020). Ademais, quando cumprida em regime semiaberto, o sentenciado deverá cumpri-la em local separado dos demais

detentos que estão presos pelo cometimento de outros delitos. O trabalho é facultativo se a pena não for superior a quinze dias.

As penas restritivas de direito, por sua vez, estão regulamentadas através do artigo 43 do Código Penal:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária;
- II - perda de bens e valores;
- III - limitação de fim de semana.
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana.

Assim como se ocorre nas penas privativas de liberdade, nas penas restritivas de direitos, o legislador pormenorizou as características dessa modalidade de pena entre os artigos 44 e 48 do Código Penal. Vale salientar que esse tipo de pena tem caráter autônomo, pois não pode ser cumulada com pena privativa de liberdade, apenas com a pena de multa. É de caráter precário, já que pode ser convertida novamente em pena privativa de liberdade em caso do cometimento de alguma transgressão prevista em lei (ESTEFAM, GONÇALVES, 2020).

Além disso, possui caráter substitutivo, já que deverá substituir a pena privativa de liberdade nos casos em que a condenação não for superior a quatro anos, o crime em questão não ter sido cometido com violência ou grave ameaça e nos casos de crimes culposos, além de considerar a primariedade do réu em crimes dolosos e “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

Por fim, a pena de multa está regulamentada pelo artigo 49 do Código Penal e artigo 5º, inciso II, da Lei das Contravenções Penais, consistindo no pagamento de uma quantia calculada em dias-multa, que será fixada na sentença, podendo coexistir com a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

2. PANORAMA GERAL DA DOSIMETRIA DE PENA NO CÓDIGO PENAL

No início da vigência do Código Penal, em 1942, o sistema de fixação da pena era bifásico, ou seja, a fixação da pena era realizada pelo magistrado em duas fases, sendo que na primeira fase, havia a fixação da pena-base observando as circunstâncias judiciais de maneira conjunta com as agravantes e atenuantes genéricas, e na segunda fase levava-se em conta as causas de aumento e diminuição de pena (LYRA, 1955).

Inicialmente, o Código normatizava que:

Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime:

- I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;
- II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

Diante desse cenário, o legislador entendeu que tal modelo sistemático de quantificação da pena não estava de acordo com o disposto no artigo 141, §29 da Constituição Federal de 1946, que tratava sobre o princípio da individualização da pena.

Então, buscando a aplicabilidade da individualização da pena de maneira mais concreta e delineada, dentre as inúmeras mudanças ocorridas no Código Penal com sua reforma através da edição da Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984, o sistema de fixação da pena foi reformulado, vigorando a teoria idealizada por Nelson Hungria.

Assim, o sistema de dosimetria da pena passou a ser trifásico, formalmente inserido no Código através do artigo 68, o qual normatizou que a primeira fase da dosimetria será composta pela fixação da pena-base nos termos do artigo 59 do mesmo Código (antigo artigo 42 do Código Penal antes da reforma de 1984), a segunda fase analisará as circunstâncias agravantes e/ou atenuantes e, por fim, na terceira fase serão analisadas as causas de aumento e/ou diminuição da pena.

Vale ressaltar que na exposição de motivos da referida Lei, o legislador ilustrou que:

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.

Além de atribuir a aplicação do sistema trifásico na dosimetria da pena, o legislador inseriu duas novas circunstâncias ao artigo 59 do Código, de modo que a conduta social e o comportamento da vítima também passaram a ser consideradas circunstâncias judiciais a serem observadas na primeira fase da fixação da pena.

Não obstante o legislador mencionar que adotando o sistema trifásico haveria o completo conhecimento da operação e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria, é certo que ainda restam dúvidas operacionais advindas das lacunas legislativas existentes sobre o instituto, pois houve o detalhamento das fases e critérios a serem adotados na fixação da pena, porém, não houve a explicação e delimitação desses critérios, especialmente do caráter procedimental da aplicação da quantidade de pena ao longo das fases.

Ou seja, há delimitação do mínimo e máximo de pena a ser aplicada para determinado delito, e em alguns delitos, há um valor a ser considerado na terceira fase da dosimetria, porém, com relação à aplicação da primeira e segunda fase, fica a critério do magistrado o uso de qualquer valor, dentro dos limites estabelecidos, para majorar ou minorar a quantidade de pena que comporá o *quantum* final.

Ainda, percebe-se que as circunstâncias mencionadas na primeira fase, bem como a circunstância relevante mencionada genericamente no artigo 66 do Código Penal, que poderá ser considerada como atenuante na segunda fase da dosimetria, são elementos com elevada carga subjetiva e dificultam ainda mais a fixação da pena.

Nota-se que diante disso, as sentenças penais esteiam seus argumentos em conceitos genéricos formulados pelo senso comum e costumes, que acabaram sendo endossados pela doutrina e jurisprudência ao longo do tempo, salvo em alguns casos, conforme será observado na exposição detalhada de cada fase.

2.1. Primeira fase da dosimetria

A primeira fase da dosimetria da pena é utilizada para fixar a pena-base do réu, de acordo com os critérios constantes no artigo 59 do Código Penal:

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

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

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

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Ao analisar o referido dispositivo, é possível observar que se trata de uma norma penal em branco, já que as circunstâncias judiciais carecem de complementação, considerando que são elementos contendo ampla abrangência de significados e parâmetros que podem ser balizados e aplicados na análise de situações concretas.

Também é possível observar que existem circunstâncias referentes ao indivíduo propriamente dito (antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos) e as resultante da interrelação entre o indivíduo e o fato delituoso (culpabilidade, circunstâncias e conseqüências do crime e comportamento da vítima).

A separação das circunstâncias judiciais sob esse prisma traz importante impacto na aplicabilidade delas, já que as circunstâncias referentes ao indivíduo propriamente dito, com exceção dos antecedentes, são elementos de difícil observação dada a carência de dados informativos no processo penal em curso, onde há mais foco nos elementos de elucidação da materialidade e autoria do delito.

Não obstante, essa falta de balizamento no momento da dosimetria da pena é sanada pelos operadores do direito através da busca por elementos objetivos em outras áreas do direito, como a psicologia, considerando que a ausência de normatização causa insegurança jurídica e muitas vezes, a inaplicabilidade das referidas circunstâncias.

2.1.1. Culpabilidade

De maneira geral, a culpabilidade tem como elemento componente o grau de reprovabilidade da conduta, que será constatado através da análise das condições pessoais do agente e das características do crime (ESTEFAM, GONÇALVES, 2020).

A reprovabilidade da conduta está caracterizada na análise da culpa ou dolo empregados na conduta do agente, como por exemplo, na questão da premeditação do crime, ponto que pode ser considerado para fixação da pena acima do mínimo legal já que tal ação não possui previsão legal para ser considerada nas demais fases da dosimetria da pena.

Para o Superior Tribunal de Justiça, em entendimento consolidado:

A culpabilidade normativa, que engloba a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa e que constitui elemento do tipo penal, não se confunde com a circunstância judicial da culpabilidade (art. 59 do CP), que diz respeito à demonstração do grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta praticada.

Precedentes: STJ. HC 212775/DF, Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 09/10/2014. HC 216776/TO, Relatora: Min. Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 14/05/2013, DJe 04/08/2014. REsp 1269173/TO, Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/11/2013, DJe 16/12/2013. REsp 1352043/SP, Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/10/2013, DJe 28/11/2013. HC 203086/TO, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 02/05/2013, DJe 08/05/2013. HC 217396/MS, Relator: Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 04/09/2012. HC 179441/MS, Relator: Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 13/03/2012, DJe 20/03/2012.

Para Stoco (2018) o critério de culpabilidade é subjetivo pois a ideia de que a culpabilidade trazida pelo artigo 59 é diferente da elementar do tipo penal e que, portanto, seria sinônimo de reprovabilidade na conduta, torna a definição vazia sobre seu conteúdo, como se fosse uma redundância sem que houvesse a extração de uma nova medida de pena. Ainda, há afastabilidade do fundamento do Direito Penal concernente à proteção dos bens jurídicos, isso porque ao analisar a culpabilidade como ela está conceituada pela doutrina e jurisprudência, afasta-se do juízo de responsabilização pelo fato e aproxima-se das características pessoais do réu.

2.1.2. Antecedentes

A análise dos antecedentes do autor do delito está relacionada ao cometimento de outros crimes por ele. Tal análise é auferida através da existência de maus antecedentes ou reincidência e essa verificação se dá, na prática, através de conferência na folha de antecedentes criminais e certidões criminais emitidas, respectivamente, pela polícia civil, justiça estadual ou justiça federal.

A reincidência, além de ser utilizada como circunstância componente dos antecedentes a fim de majorar a pena-base na primeira fase da dosimetria da pena, também poderá ser considerada como circunstância agravante na segunda fase da dosimetria (artigo 61, inciso I, do Código Penal), não obstante, a reincidência não poderá ser utilizada nas duas fases simultaneamente devido à existência do princípio do *non bis in idem*, que veda a dupla punição pelo mesmo fato (MASSON, 2019).

Observa-se que o princípio do *non bis in idem* delimita a atuação do sistema punitivo estatal nas hipóteses universal e específica, simultaneamente. Na hipótese universal, limita a existência de mais de uma ação penal para averiguar mesmo fato cometido pelo mesmo indivíduo e na específica, mitiga a utilização de circunstâncias judiciais desfavoráveis a serem aplicadas na dosimetria da pena do indivíduo, de modo a serem valoradas uma única vez, essa hipótese é aplicada especificamente no sistema trifásico.

Com esse enfoque, de acordo com a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça, “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

É importante observar que a ostentação de múltiplas condenações anteriores pelo réu não afasta sua penalização na primeira e segunda fase pela reincidência, desde que o aumento da pena não seja embasado por uma mesma condenação nas duas fases. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica com relação ao tema nesse sentido:

Habeas corpus. Direito Penal. Maus antecedentes. Reincidência. Violação ao princípio do *non bis in idem*. Inexistência. Condenações Distintas. Ordem denegada. 1. Alega-se que a valoração dos maus antecedentes e da reincidência na mesma condenação afrontariam o princípio do *non bis in idem*. 2. A jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de que o *bis in idem* na fixação da pena somente se configura quando o mesmo fato — a mesma condenação definitiva anterior — é considerado como signo de maus antecedentes (circunstância judicial do art. 59 do Código Penal) e como fator de reincidência (agravante genérica do art. 61 também do Código Penal). Precedentes. 3. Nada impede que condenações distintas deem ensejo a valorações distintas, porquanto oriundas de fatos distintos. 4. Não se verifica constrangimento ilegal a ser sanado, pois o paciente possui mais de uma condenação definitiva, sendo possível utilizar uma para considerar negativos os antecedentes e a outra como agravante da reincidência, inexistindo *bis in idem*. 5. Habeas corpus denegado (STF, HC 99.044/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 21.05.2010, p. 793).

O conceito de maus antecedentes está intrinsecamente contido no artigo 64, que também traz disposições sobre a reincidência, podendo ser aplicado através da exclusão de possibilidades, assim, caso haja alguma condenação transitada em julgado, com pena cumprida e o prazo superado de cinco anos, haverá a existência dos maus antecedentes. Ainda, no caso de condenação por crime militar próprio ou político, além de condenação definitiva em decorrência de um outro delito, quando exarada durante o curso da ação penal de um novo delito.

Nota-se que o Código Penal adotou o sistema de perpetuidade do prazo depurador dos maus antecedentes, haja vista que não há prazo para que uma condenação seja considerada

como maus antecedentes, basta que preencha os critérios contidos no artigo 64, inciso I e II, para não ser considerada como fator de reincidência e sim de maus antecedentes.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA N. 568 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA O RECRUDESCIMENTO DA PENA. FRAÇÃO DE AUMENTO DE 1/6 PERMITIDA NESTA CORTE. DESPROPORCIONALIDADE INEXISTENTE. PERÍODO DEPURADOR PARA FINS DE REINICIDÊNCIA. MARCO INICIAL PARA CONTAGEM DO PERÍODO. EXTINÇÃO DA PENA OU SEU CUMPRIMENTO. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE. NECESSIDADE DO REEXAME DE PROVAS. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DE 1/6 PARA COMPENSAÇÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A MULTIRREINICIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Consoante dispõe a Súmula n. 568 desta Corte, a prolação de decisão monocrática, pelo ministro relator, é possível, quando houver entendimento dominante acerca do tema, hipótese ocorrida nos autos. "[...] a possibilidade de interposição de agravo regimental contra a respectiva decisão, como ocorre na espécie, permite que a matéria seja apreciada pela Turma, afastando eventual vício" (AgRg no HC 632.467/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 18/12/2020). 2. Esta Corte possui o entendimento de que as condenações criminais anteriores alcançadas pelo período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do Código Penal - CP, embora afastem a reincidência, permitem a configuração dos maus antecedentes, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade. 3. "A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 (um sexto) para cada fator desfavorável" (AgRg no AREsp 484.057/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 9/3/2018). Nesse contexto, não há falar em desproporcionalidade do aumento empregado pela instância ordinária. 4. O entendimento do Tribunal a quo está em consonância com a jurisprudência desta Corte, que é firme no sentido de que "A contagem do período depurador de 5 anos, nos termos do art. 64 do CP, tem como marco inicial a extinção da pena ou seu cumprimento, e como marco final a data do novo delito" (AgRg no HC n. 618.974/RJ, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 15/3/2021). 5. "A reforma do julgado para desconstituir a reincidência constatada atrai o óbice da Súmula n. 7 do STJ" (AgRg no AgRg no AREsp n. 1.799.433/RJ, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe de 14/12/2021). 6. A jurisprudência desta Corte Superior admite que seja aplicada fração de aumento de 1/6 da pena, em razão da compensação parcial entre atenuante da confissão espontânea e a multirreincidência do agente. 7. Embora a pena aplicada seja inferior a 4 anos, a reincidência e o registro de maus antecedentes justificam a aplicação do regime inicial fechado, não incidindo, na espécie, o teor da Súmula n. 269 do STJ. 8. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp n. 2.240.802/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 11/9/2023.)

Salienta-se ainda que, de acordo com a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". Do mesmo modo, não serão considerados para fins de maus antecedentes os processos em que

foram ofertados os benefícios despenalizadores da Lei nº 9.099/1995, além do benefício de acordo de não-persecução penal, contido no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Portanto, diferente do que ocorre no instituto da reincidência, os maus antecedentes serão utilizados para majorar a pena apenas na primeira fase da dosimetria.

Sobre os documentos comprobatórios da vida pregressa do indivíduo nas instituições criminais, caso haja alguma condenação constante nos referidos documentos, é preciso requisitar a certidão cartorária detalhada do processo em que se sucedeu tal condenação, havendo menção da qualificação do acusado, além de informações importantes sobre os principais atos do processo, como data do crime, recebimento da denúncia/queixa, sentença, pena aplicada, datas do trânsito em julgado, além de informações sobre a execução da pena (ESTEFAM, GONÇALVES, 2020). Tais informações serão imprescindíveis para a categorização da condenação entre maus antecedentes e reincidência.

Não obstante, de acordo com a Súmula n. 636, “a folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência”, sanando a dúvida processual onde havia divergência procedimental sobre a emissão da certidão cartorária para fins de verificação de maus antecedentes e reincidência, já que em alguns Estados brasileiros não há o detalhamento do andamento processual na própria certidão criminal, de modo que a certidão cartorária se fazia imprescindível anteriormente.

2.1.3. Conduta social

No tocante à conduta social do agente, a norma penal não traz outros elementos informativos acerca do termo, de modo que sua análise necessita ser abrangida na doutrina e jurisprudência e, ainda, não há o tratamento do assunto de maneira categórica, pois a análise da pertinência quanto a aplicação dessa circunstância depende do caso concreto.

No entanto, há uma delimitação dos elementos que não podem ser considerados como conduta social, por meio de exclusão, já que tais elementos analisados que poderiam ser considerados como circunstância judicial serão utilizados em outras circunstâncias de maneira mais assertiva, seguindo o disposto no Código Penal e a principiologia criminal.

A conduta social tem íntima ligação com o comportamento adotado pelo indivíduo perante as diversas relações que estabelece na sociedade, através de sua vida social, familiar e profissional (ESTEFAM, GONÇALVES, 2020).

Assim, é certo que não se pode confundir a conduta social com os maus antecedentes ou reincidência, já que esses institutos tratam especificamente da vida pregressa criminal, sendo

que aquele trata do comportamento cotidiano do indivíduo. Portanto, na dosimetria da pena, a valoração da conduta social pautada nos maus antecedentes ou reincidência gera o *bis in idem*, não admitido no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal asseverou que:

Em conclusão de julgamento, a Segunda Turma deu provimento a recurso ordinário para determinar ao juízo de execução competente que redimensione a pena-base de condenado a quatro anos e onze meses de reclusão em regime inicial semiaberto, pela prática do delito de furto qualificado. Cuidava-se de “habeas corpus” no qual se alegava afronta ao princípio do “ne bis in idem”, uma vez que o tribunal de origem não poderia ter valorado a conduta social com elementos próprios e típicos dos maus antecedentes e da reincidência — v. Informativo 803. O Colegiado afirmou que a decisão impugnada teria considerado negativamente circunstâncias judiciais diversas com fundamento na mesma base empírica, qual seja, os registros criminais, a conferir-lhes conceitos jurídicos assemelhados. Apontou que, antes da reforma da parte geral do CP/1984, entendia-se que a análise dos antecedentes abrangeria todo o passado do agente, a incluir, além dos aludidos registros, o comportamento em sociedade. Com o advento da Lei 7.209/1984, a conduta social teria passado a ter configuração própria. Introduzira-se um vetor apartado com vistas a avaliar o comportamento do condenado no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Ou seja, os antecedentes sociais do réu não mais se confundiriam com os seus antecedentes criminais. Tratar-se-ia de circunstâncias diversas e, por isso mesmo, a exasperação da pena-base mediante a invocação delas exigiria do magistrado a clara demonstração de subsunção da realidade fática ao preceito legal, dentro dos limites típicos. Concluiu que teria havido indevida desvalorização plural de circunstâncias — as quais possuiriam balizas próprias — com justificativa na mesma base fática. (RHC 130132, rel. Min. Teori Zavascki, 10.5.2016. (RHC-130132))

Ainda, a conduta social se torna vaga quando analisada sob a perspectiva de sua aplicabilidade na prática, pois a aferição de tais informações se limita ao questionário respondido pelo próprio acusado em sede policial, nas informações colhidas em prova testemunhal (MASSON, 2019) e pelo magistrado durante a instrução do processo, especificamente na parte preliminar do interrogatório do réu, por força do artigo 187 do Código de Processo Penal, em que lhe é perguntado sobre residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade e se já foi preso ou processado alguma vez.

2.1.4. Personalidade do agente

Sob a mesma perspectiva suscitada na conduta social, a personalidade do agente é circunstância judicial para fixação da pena-base, porém, não existem elementos dentro da norma penal que determinem o modo pelo qual sua aferição deverá ser realizada no momento da dosimetria da pena. Em geral, nos manuais de Direito Penal o assunto não é aprofundado,

de modo que é limitado ao conceito genérico de personalidade, sem trazer, de fato, embasamento concreto para sua aplicação.

Segundo Cleber Masson (2019, p. 963), a personalidade do agente “é o perfil subjetivo do réu, nos aspectos moral e psicológico, pelo qual se analisa se tem ou não o caráter voltado à prática de infrações penais.”

Para Guilherme Nucci (2017, p. 477), por sua vez, “trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida.”

Ainda, Fábio Konder Comparato (2003, p. 28 e 42) pondera que:

A oposição entre a máscara teatral (papel de cada indivíduo na vida social) e a essência individual de cada ser humano – que veio a ser denominada como o termo personalidade – foi, em seguida, longamente discutida e aprofundada pelos estoicos (...) a essência do ser humano é evolutiva, porque a personalidade de cada indivíduo, isto é, o seu ser próprio, é sempre, na duração de sua vida, algo de incompleto e inacabado, uma realidade em contínua transformação.

No entanto, apesar do Código Penal não trazer elementos objetivos para aferição da referida circunstância judicial, o Superior Tribunal de Justiça delimitou a aplicação da circunstância de modo que:

Havendo registros criminais já considerados na primeira e na segunda fases da fixação da pena (maus antecedentes e reincidência), essas mesmas condenações não podem ser valoradas para concluir que o agente possui personalidade voltada à criminalidade. A adoção de entendimento contrário caracteriza o indevido *bis in idem*. (HC 165.089/DF, rel. Min. Laurita Vaz, 5.^a Turma, j. 16.10.2012).

2.1.5. Motivos

Os motivos são considerados como os precedentes psicológicos do indivíduo na infração penal, ou seja, quais fatores que desencadearam a ação delituosa cometida por esse indivíduo. No entanto, se tal motivação constituir uma qualificadora ou puder ser utilizada nas outras fases da dosimetria por força da lei, não será utilizada como circunstância judicial para aferir a pena-base (MASSON, 2019).

Esses precedentes psicológicos não estão ligados com a existência de dolo ou culpa na ocorrência do delito cometido pelo indivíduo, mas sim na perspectiva moral da conduta, que apontará maior ou menor valoração do bem jurídico a ser protegido, justificando sua avaliação para fins de fixação da pena (NUCCI, 2005).

2.1.6. Circunstâncias e consequências do crime

As circunstâncias do crime são traduzidas pelo *modus operandi* na execução do crime, podendo atribuir maior ou menor gravidade ao delito, mas não integram de fato o seu núcleo penal. Nesta circunstância serão considerados os instrumentos utilizados no crime, seu tempo de duração, local da infração, a forma de abordagem e o comportamento do agente em relação às vítimas (ESTEFAM, GONÇALVES, 2020).

Com relação às consequências do crime, será analisada a intensidade da lesão ao bem jurídico e danos deixados na vítima e nos indivíduos que indiretamente se sentirem lesados com a ação empreendida pelo indivíduo, pode se apresentar tanto de maneira física quanto psicológica (ESTEFAM, GONÇALVES, 2020).

Para o Supremo Tribunal Federal, “Não é possível a utilização de argumentos genéricos ou circunstâncias elementares do próprio tipo penal para o aumento da pena-base com fundamento nas consequências do delito”. (HC 165.089-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16/10/2012).

2.1.7. Comportamento da vítima

Quando há o cometimento de um crime, o comportamento da vítima é um fator analisado na primeira fase da dosimetria da pena, notadamente se tal comportamento acabou estimulando ou influenciando negativamente o autor do crime a cometê-lo, de modo que se for identificado na ação, há uma redução da pena (ESTEFAM, GONÇALVES, 2020).

Tal circunstância mencionada no corpo do artigo 59 também é verificada como atenuante no artigo 65, inciso III, alínea “c”, do Código Penal, de modo que é considerada se houve o cometimento do crime sob a influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima. Assim, será considerada na segunda fase da dosimetria ou na primeira se houver algum requisito que afaste sua aplicação na segunda fase.

Ainda, sobre o comportamento da vítima, há de se observar que existem previsões normativas no artigo 121, §1º e artigo 129, §4º, do Código Penal, que reconhecem o cometimento do crime mediante violenta emoção logo seguida de injusta provocação da vítima, que nesse caso, será considerada na terceira fase da dosimetria.

Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “o comportamento da vítima apenas deve ser utilizado em benefício do réu, devendo tal circunstância ser neutralizada no

caso de não interferência do ofendido na prática do crime” (HC 284.951/MG, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5.^a Turma, j. 08.04.2014).

2.2. Segunda fase da dosimetria

Inicialmente, é importante salientar que no presente estudo, a análise da segunda fase está restrita às circunstâncias presentes apenas no Código Penal, mesmo havendo a existência de outras circunstâncias legais presentes na legislação penal especial.

Em consonância ao artigo 68 do Código Penal, após a fixação da pena-base de acordo com os critérios normatizados no artigo 59 do referido diploma legal, serão analisadas no caso concreto as circunstâncias agravantes e/ou atenuantes genéricas, quando não forem integrantes do núcleo do tipo penal ou qualificarem a conduta, sendo consideradas agravantes e/ou atenuantes específicas.

Nesta fase da dosimetria, o legislador adotou inúmeras circunstâncias genéricas para agravar ou atenuar a pena, de modo que foram elencadas as circunstâncias agravantes genéricas:

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

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

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

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

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

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

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

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

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

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

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

l) em estado de embriaguez preordenada.

Ainda, com relação às circunstâncias agravantes genéricas, o legislador também editou as circunstâncias a serem consideradas nos delitos especificamente cometidos com concurso de pessoas:

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

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

Observa-se que as circunstâncias agravantes genéricas estão elencadas em rol taxativo, portanto, não admitem a analogia *in malam partem* (ESTEFAM, GONÇALVES, 2020). Isso ocorre porque as agravantes genéricas são circunstâncias desfavoráveis ao réu.

Com relação as circunstâncias atenuantes, são elas:

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

- I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;
- II - o desconhecimento da lei;
- III - ter o agente:
 - a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
 - b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
 - c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
 - d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
 - e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

O Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento consolidado através da Súmula nº 231, no sentido de que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Ou seja, caso o réu supere a primeira fase da dosimetria da pena sem ostentar nenhuma circunstância que fixe a pena acima do mínimo legal e que ostente alguma circunstância atenuante na segunda fase, esta não poderá ser utilizada para minorar a pena abaixo do mínimo legal. Tal disposição impede que a pena culminada ao réu atinja a quantificação zero, a depender do caso concreto, evitando-se assim que o réu seja condenado por determinado crime sem precisar cumprir uma quantidade de pena restritiva de liberdade.

Ao contrário do que ocorre com as circunstâncias agravantes, nas circunstâncias atenuantes da pena, o rol existente no Código é exemplificativo, considerando que o artigo 66 traz a “circunstância relevante” como possibilidade de atenuante, sem delimitar qual circunstância poderá ser utilizada, de modo que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

2.3. Terceira fase da dosimetria

Por derradeiro, na terceira e última fase da dosimetria haverá a análise das causas de aumento e diminuição da pena, sendo certo que serão observadas tanto na parte geral do Código, quanto em cada tipo penal, ressalvados os crimes em que o legislador não faz menção de tais causas e, portanto, diante dessa ausência de previsão legal, não poderão ser aplicadas quando feita a dosimetria da pena de tais crimes.

Cabe mencionar que as causas de aumento e diminuição da pena estão dispostas na lei penal através de índices fracionários que devem ser somados ou multiplicados e reduzidos, respectivamente. Ainda, que tal cálculo matemático deverá ser feito com base na pena resultante da somatória das duas primeiras fases e que poderá exceder os limites de pena máxima descritos no tipo penal.

É importante frisar que o parágrafo único do artigo 68 do Código Penal normatiza que “No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”.

Desse modo, extrai-se da primeira parte do artigo a ideia de que havendo duas ou mais causas de aumento ou diminuição previstas na Parte Geral do Código e que sejam pertinentes ao caso, ambas deverão ser aplicadas, de modo que a primeira causa será calculada com base na pena resultante da segunda fase da dosimetria da pena e a segunda causa será calculada com base na pena resultante da primeira causa de aumento ou diminuição, evitando assim a ausência de quantidade da pena (MASSON, 2019).

Na segunda parte do referido artigo, extrai-se o entendimento de que caso haja duas ou mais causas de aumento ou diminuição previstas no tipo penal, mesmo sendo de aplicação obrigatória, o juiz poderá aplicar apenas um aumento e uma diminuição, prevalecendo a causa que mais aumente ou mais diminua.

Não obstante a previsão legal da realização de tal recurso nas casuísticas, frisa-se o verbo “poder” constante na oração, de modo que o legislador não vincula o magistrado em realizar sua aplicação, que pelas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, “a previsão do art. 68 do CP estabelecerá, sob o ângulo literal, apenas uma possibilidade de atuação” (STF: HC 110.960/DF, rel. Min. Luiz Fux, 1.^a Turma, j. 19.08.2014, noticiado no Informativo 712), ficando o magistrado, portanto, facultado em realizá-la.

Ainda, com relação a existência de uma causa de aumento e uma de diminuição, ambas deverão ser aplicadas, sem utilização da compensação. E caso haja a existência de duas causas

de aumento ou duas causas de diminuição, previstas uma na Parte Geral e outra no tipo penal, a causa específica deverá ser utilizada primeiro para modificar o *quantum* da pena.

2.4. Pena de multa

Assim como mencionado no capítulo 1, a pena de multa é uma modalidade de pena que coexiste com as penas privativas de liberdade e restritivas de direito e consiste no pagamento de uma quantia calculada em dias-multa, que será fixada na sentença condenatória, podendo ser aplicada com a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, desde que o tipo penal analisado no caso permita sua aplicação.

Entretanto, verifica-se que essa modalidade não está incluída no sistema trifásico de dosimetria da pena utilizado para quantificar a pena privativa de liberdade.

Ao contrário do modo pelo qual a pena privativa de liberdade é disposta no tipo penal, em que há a delimitação entre o mínimo e o máximo a ser fixado na pena-base, nos delitos e contravenções penais que dispõem essa modalidade de pena não há uma delimitação objetiva com relação a quantidade de multa a ser aplicada no tipo penal, apenas a menção limitada a palavra “multa”. Tal delimitação será realizada de maneira genérica a ser aplicada para todos os tipos penais que dispõem a pena de multa, o que aponta para outra subjetividade na aplicação da pena.

De acordo com o artigo 49 do Código Penal, o cálculo da pena de multa será realizado em dias-multa, sendo fixados entre dez e trezentos e sessenta dias-multa. Portanto, pode-se considerar que a pena de multa possui um sistema bifásico de fixação, de modo que na primeira fase serão fixados os dias-multa a serem pagos, e na segunda fase será fixado o valor de cada dia-multa.

O legislador fixou que “o valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário” e “a multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo”. Ainda, nos crimes previstos na Lei nº 9.279/1996 (Lei da Propriedade Industrial), Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) e Lei nº 7.492/1986 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), o valor poderá ser exacerbado até o décuplo.

Não obstante, ponderou que a situação econômica do réu é circunstância relevante para a quantificação do valor a ser pago por ele, isso porque o valor fixado como pena deverá se adequar a possibilidade do sentenciado em realizar seu efetivo pagamento, sem haver o

distanciamento da própria finalidade da aplicação da pena, que é uma ação punitiva do Estado frente ao descumprimento de uma norma e que deverá, portanto, ser sensivelmente onerosa para quem delinquir.

3. O CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A SUBJETIVIDADE PRESENTE NAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS ARTIGOS 59 E 66 DO CÓDIGO PENAL

O princípio da individualização da pena está normatizado no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988 e possui ligação intrínseca ao sistema trifásico de fixação da pena, isso porque um é meio e o outro é fim, ou seja, o sistema trifásico é o instrumento pelo qual o princípio da individualização é efetivamente aplicado, ou pelo menos deveria ser.

Tal relação simbiótica entre os dois institutos se deu pela própria disposição normativa constitucional que regulamentou a aplicação do referido princípio e atribuiu essa aplicação a outro dispositivo normativo, qual seja, o Código Penal.

O Código Penal, por sua vez, regulamentou a seguridade da individualização da pena através do sistema trifásico de fixação, conforme exposto no capítulo anterior, onde foi apresentada análise do sistema trifásico a partir da norma, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores.

Ainda que feita uma análise conjunta da doutrina e jurisprudência acerca da norma concernente ao instituto da dosimetria da pena, ao analisar o sistema trifásico, percebe-se que há elementos subjetivos nas circunstâncias judiciais para a fixação da pena, que ocorrem notadamente na primeira e segunda fase.

Na primeira fase, a maioria dos elementos presentes no artigo 59 são de difícil observação e muito se confundem com outros elementos de convicção do magistrado, além de possuírem significados alheios ao vocabulário jurídico que acabam por influenciar sensivelmente o sentido dado a eles em sua utilização como norma penal.

A proporcionalidade da subjetividade existente em cada circunstância judicial não é igualitária, sendo certo que a culpabilidade, antecedentes, motivos, circunstâncias e consequências do crime bem como o comportamento da vítima são vetores mais fáceis de serem valorados quando comparados com a conduta social e personalidade do agente. Tal facilidade se dá considerando que as primeiras circunstâncias possuem maior palpabilidade e observação no curso da investigação policial e instrução processual, através da colheita de provas que estão diretamente relacionadas ao fato objeto da ação penal, em contrapartida com as circunstâncias de caráter personalíssimo do réu, que se consubstanciam em elementos pregressos ao cometimento do fato em análise.

Na segunda fase, por sua vez, há especificamente no artigo 66 do Código, a atenuação inominada da pena por “circunstância relevante” não especificada, portanto, o magistrado poderá se utilizar de sua discricionariedade para a adoção do benefício.

De maneira inicial, cabe salientar que há uma distinção entre a subjetividade presente nas circunstâncias da primeira e a da segunda fase, considerando que na primeira, a dificuldade está vinculada ao sentido atribuído aos vocábulos “conduta social” e “personalidade do agente”, aliada a conseqüente divergência quanto a sua aplicação, que também reveste de subjetividade as outras circunstâncias judiciais, ainda que em menor grau. Já na segunda fase, o conflito está concentrado no fator meramente jurídico na aplicação da “circunstância relevante”.

As palavras contidas em qualquer norma jurídica, antes de serem consideradas jurídicas e imperarem regras, possuem sentidos próprios gramaticais e sentidos não literais, que remontam a uma ou mais definições comuns dessas palavras quando elas são utilizadas por si só em qualquer outro contexto fático da vida cotidiana.

Para Tércio Sampaio Júnior (2011, p. 220):

Ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam palavras, signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser. Esse uso oscila entre o aspecto onomasiológico da palavra, isto é, o uso corrente para a designação de um fato, e o aspecto semasiológico, isto é, sua significação normativa. Os dois aspectos podem coincidir, mas nem sempre isto ocorre. O legislador, nesses termos, usa vocábulos que tira da linguagem cotidiana, mas frequentemente lhes atribui um sentido técnico, apropriado à obtenção da disciplina desejada. Esse sentido técnico não é absolutamente independente, mas está ligado de algum modo ao sentido comum, sendo, por isso, passível de dúvidas que emergem da tensão entre ambos.

Em uma visão positivista, o objetivo principal da ciência do Direito não está ligado aos pormenores existentes na linguagem que viabiliza a existência da norma escrita, e sim nas normas jurídicas propriamente ditas, já que a conduta humana só será considerada se for pressuposto ou consequência da própria norma (KELSEN, 1998).

No entanto, não se pode deixar de levar em consideração os casos em que o significado transmitido pelas normas resta prejudicado pela imprecisão existente no próprio texto normativo, já que a ausência de elementos informativos sobre a aplicação exata da norma acaba por torná-la ineficaz.

Inclusive, há que se destacar que a conduta social e personalidade do agente são objeto de divergência jurisprudencial quanto a sua aplicação ante a ausência de outros elementos formadores de convicção do magistrado:

(...) Condenação mantida. PENA. Elevação de 2/3 reduzida para 1/5 com fundamento nas circunstâncias judiciais decorrentes das consequências do crime. Desconsideração da "conduta social" e da "personalidade" dos agentes dada a insuficiência da alusão aos antecedentes criminais. Compensação parcial entre a agravante da multirreincidência e a atenuante da confissão espontânea em favor do corréu FABIO. Preponderância da exasperante para elevar a sanção de apenas 1/10 avos. Causas especiais de aumento. Acréscimos sucessivos de 1/3 e 2/3 justificados pelas três majorantes reconhecidas. Concurso formal. Elevação de 1/6. Manutenção. Inocorrência de crime único. Lesão ao patrimônio de diversas vítimas mediante uma só ação. Inteligência do artigo 70, caput, do Código Penal. Sanções concretizadas em patamares distintos. Regime prisional fechado. Provimento parcial dos apelos defensivos.

(TJSP; Apelação Criminal 1500740-92.2020.8.26.0094; Relator (a): Otávio de Almeida Toledo; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Brodowski - Vara Única; Data do Julgamento: 25/06/2021; Data de Registro: 25/06/2021)

Percebe-se que não obstante haja entendimento consolidado de que a conduta social e personalidade do agente não devem ser confundidos com os antecedentes do infrator, é comum a fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da “personalidade voltada para o crime”:

APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – RECURSO DA DEFESA PRETENDENDO O AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – IMPOSSIBILIDADE – Tendo a qualificadora do rompimento de obstáculo sido comprovada pela prova oral e documental, incabível seu afastamento. Inteligência do artigo 167 do Código de Processo Penal. Desaparecimento dos vestígios por motivação genuína. Ausência de laudo pericial que pode ser suprida por outros meios de provas idôneas. RECURSO MINISTERIAL VISANDO À FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E AO ESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL FECHADO – PROVIMENTO – Constando dos autos condenações definitivas aptas a configurar os maus antecedentes e a personalidade voltada para a prática de crimes, à exceção daquela considerada para fins de reincidência, de rigor a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Sendo o réu reincidente, inclusive por crime da mesma espécie, e possuindo ele maus antecedentes e personalidade voltada para a prática de crimes, já tendo sido condenado definitivamente à pena de reclusão, em regime semiaberto e fechado, e voltado a delinquir, resta evidenciada a necessidade de fixação do regime prisional mais gravoso. Recurso da Defesa não provido e recurso Ministerial provido, para fixar a pena-base acima do mínimo legal e afastar a circunstância atenuante da confissão espontânea, majorando-se as penas e fixando o regime inicial fechado.

(TJSP; Apelação Criminal 0008090-86.2016.8.26.0082; Relator (a): Luis Augusto de Sampaio Arruda; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Boituva - 1ª Vara; Data do Julgamento: 01/11/2023; Data de Registro: 01/11/2023)

Além da análise casuística, a análise semântica presente na conduta social e personalidade do agente é o elo que confere maior carga subjetiva de interpretação dentro do dispositivo. Diante disso, ainda que toda sentença deva ser fundamentada, sob pena de nulidade, tal situação causa insegurança jurídica, posto a presença destes elementos que fogem à análise objetiva das circunstâncias judiciais e que conferem ao magistrado margem para atuar com discricionariedade em cada caso concreto, ficando a cargo dos Tribunais Superiores reformar a

sentença caso haja discricionariedade injustificada pelo magistrado, o que por vezes pode não ocorrer, conforme observado anteriormente.

A subjetividade existente no artigo 59 do Código Penal está consubstanciada no conflito entre o aspecto onomasiológico e semasiológico da “conduta social” e “personalidade do agente”, citado por Tércio Sampaio Júnior (2011, p. 220), isso porque além de estarem inseridas nos diversos contextos da vida cotidiana, a conduta social e personalidade de um indivíduo também estão inseridas de maneira técnica em outras áreas científicas além da área jurídica, notadamente na psicologia, que considera as características mentais dos indivíduos como objetos centrais de estudo. Inclusive, dentro da própria psicologia há controvérsias quanto às definições imutáveis dos fenômenos psicológicos existentes na mente humana.

Segundo o psicólogo norte-americano Burrhus Frederic Skinner (1981, p. 27):

O comportamento é uma matéria difícil, não porque seja inacessível, mas porque é extremamente complexo. Desde que é um processo, e não uma coisa, não pode ser facilmente imobilizada para observação. É mutável, fluido e evanescente, e, por esta razão, faz grandes exigências técnicas de engenhosidade e energia do cientista.

Além da inserção na ciência psicológica, também há o estudo de tais condições na área sociológica, que estuda e analisa os fenômenos sociais que estão direta ou indiretamente ligados ao comportamento do indivíduo, assim como verificado na exploração da existência do contrato social de Rousseau (2017), que trouxe impacto direto à existência das penas como forma de sopesamento das vontades íntimas de cada indivíduo em sua convivência na sociedade.

Com relação à conduta social, para Aguiar Júnior (2013), deve-se averiguar o papel exercido pelo réu na sociedade, no trabalho, em sua família etc., a fim de avaliar o modo pelo qual o réu conduz suas relações, para então concluir se o delito foi apenas um simples episódio ou se há uma propensão do réu para o mal.

Não se pode olvidar que todas as relações estabelecidas através da conduta social do agente estão correlacionadas com sua personalidade, pois a conduta é a externalização da personalidade, de modo que não há nenhuma manifestação do ser humano que não esteja revestida por sua personalidade (BLEGER, 1989), ainda que uma tente limitar a outra.

A definição do que é a personalidade e sobre quais técnicas podem traçar de maneira concreta e palpável a personalidade do indivíduo demandam um estudo complexo e longo sobre o tema.

Segundo a American Psychological Association (APA), a personalidade pode ser definida como:

Personalidade refere-se às características e comportamentos duradouros que compõem o ajustamento único de uma pessoa à vida, incluindo os principais traços, interesses, pulsões, valores, autoconceito, habilidades e padrões emocionais. Várias teorias explicam a estrutura e o desenvolvimento da personalidade de diferentes maneiras, mas todas concordam que a personalidade ajuda a determinar o comportamento.

O campo da psicologia da personalidade estuda a natureza e a definição da personalidade, bem como seu desenvolvimento, estrutura e construtos de traços, processos dinâmicos, variações (com ênfase nas diferenças individuais duradouras e estáveis) e formas desadaptativas.

Ainda que haja uma definição não tão clara sobre o que é personalidade, o senso comum utiliza a palavra personalidade para designar diferentes características dos indivíduos nas diversas situações da vida, como designar habilidades sociais, algum traço marcante do indivíduo ou a presença marcante de algum indivíduo (SANTOS, VIEIRA, 1999).

Para Nucci (2005), a personalidade “trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida”.

É certo que o cerceamento da atividade jurisdicional no tocante ao afastamento da análise dos critérios subjetivos presentes da dosimetria de pena seria uma violação ao princípio constitucional da individualização da pena, vez que cresce a padronização da pena ante a restrição de critérios (NUCCI, 2005), porém, do mesmo modo, a aplicação de tais critérios subjetivos que são sopesados tão somente com a discricionariedade do juiz, fere o princípio da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena se for realizada *in malam partem*, mesmo que revestida de justificativa.

Com relação a subjetividade existente na “circunstância relevante” do artigo 66, o conflito existente está consubstanciado em fator meramente jurídico, pois a circunstância trazida pela norma foi amplamente exemplificada através dos artigos 61 e 65, portanto, não há inexistência no significado da palavra, pois existe uma ideia exemplificativa do que poderá ser considerada pelo magistrado como circunstância atenuante fora daquelas trazidas pelo rol do artigo 65.

No entanto, o tipo de conduta a ser considerada como relevante para atenuar a pena pode confundir-se com as convicções pessoais do magistrado, já que há uma abrangência de situações relacionadas ao crime não especificadas no rol do artigo 65 e que podem ser consideradas como circunstância atenuante. Portanto, vê-se a subjetividade delineada tão somente na discricionariedade do magistrado, que pode ser balizada, em partes, pelas circunstâncias já existentes no Código, mas ainda assim haverá margem para a adoção de outras situações benéficas.

Nota-se que a aplicação do dispositivo é uma faculdade do magistrado, conforme se observa na exposição de motivos da Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984, “(...) Instituiu-se, finalmente, no artigo 66, circunstância atenuante genérica e facultativa, que permitirá ao juiz considerar circunstância relevante, ocorrida antes, durante ou após o crime, para a fixação da pena”. Portanto, diferentemente do que ocorre com as circunstâncias agravantes e atenuantes contidas nos artigos 61 a 65 do Código Penal, a circunstância do artigo 66 é facultada porque o legislador mencionou a palavra “poderá” no corpo do texto de uma e não fez a mesma menção no corpo das outras, motivo qual o vincula apenas na aplicação das circunstâncias constantes nos artigos 61 a 65 do Código.

Na doutrina existe a chamada teoria da coculpabilidade, defendida por Zaffaroni e Pierangeli (2007), na qual o artigo 66 do Código Penal dá abrangência para a aplicação da atenuante para o indivíduo infrator que é, em regra, pobre e marginalizado, e acaba delinquindo ante a falta de oportunidades para conferir-lhe bem-estar como ser humano, que deveriam ter sido ofertadas pela sociedade e pelo Estado.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça não admite a aplicação da referida teoria, pois “a teoria da coculpabilidade não pode ser erigida à condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida.” (STJ: AgRg no REsp n. 1.770.619/PE, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 6/6/2019, DJe 18/6/2019).

Ainda, tal circunstância pode ser considerada uma atenuante de clemência, pois:

88. Atenuante inominada: trata-se de circunstância legal extremamente aberta, sem qualquer apego à forma, permitindo ao juiz imenso arbítrio para analisá-la e aplicá-la. Diz a lei constituir-se atenuante qualquer circunstância relevante, ocorrida antes ou depois do crime, mesmo que não esteja expressamente prevista em lei. Alguns a chamam de atenuante da clemência, pois o magistrado pode, especialmente o juiz leigo no Tribunal do Júri, levar em consideração a indulgência para acolhê-la. Um réu que tenha sido violentado na infância e pratique, quando adulto, um crime sexual (circunstância relevante anterior ao crime) ou um delinquente que se converta à caridade (circunstância relevante depois de ter praticado o delito) podem servir de exemplos. (NUCCI, 2017, p. 540)

Como já mencionado, a “circunstância relevante” não possui seus limites objetivamente delineados, motivo que a torna passível de interpretações que extrapolem a norma, já que há o fator discricionário do magistrado em sua aplicação.

4. A EDIÇÃO DO “RELATÓRIO GT DOSIMETRIA DA PENA” PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Em resumo, a dosimetria da pena no Brasil está baseada no sistema trifásico de fixação, de modo que após a submissão do caso concreto e do indivíduo a cada uma das três fases, tem-se o *quantum* da pena medido e ela é aplicada. Ocorre que, na primeira fase há subjetivismo jurídico na análise das oito circunstâncias judiciais componentes da pena-base, ainda que em maior ou menor grau a depender da circunstância. Tal subjetivismo prejudica a observação e aplicação das circunstâncias, notadamente as referentes à conduta social, personalidade do agente e motivos, pois são elementos que demandam análise mais aprofundada e íntima sobre o indivíduo, que muitas vezes resta prejudicada durante o curso da ação penal devido a vários fatores, como o distanciamento existente entre o indivíduo e os elementos informativos constantes nos autos da ação, que estão sob a baila da necessidade do Estado em garantir a celeridade processual, que acaba por mecanizar todo o processo.

Diante desse cenário, o Poder Judiciário representado pelos magistrados que, por sua vez, atuam como figuras personificadas do Estado, ao dosarem e aplicarem a pena, foram colocados num conflito procedimental entre a aplicação da norma penal da maneira pela qual se encontra no ordenamento jurídico, vinculados ainda à observância do princípio constitucional da individualização da pena em contrapartida com a imprecisão da norma acerca da valoração de todas as circunstâncias formadoras do *quantum* de pena presentes nas fases da dosimetria.

Ainda, é possível observar imprecisões não somente com relação aos elementos interpretativos essenciais da norma, mas também quantitativos, onde não há fixação dos valores reais a serem considerados nas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, bem como em relação às circunstâncias atenuantes/agravantes ou causas de aumento/diminuição, apenas havendo a fixação da pena mínima e máxima para a prática de determinado delito e para alguns delitos há fixação de um intervalo de fração a ser considerado como causa de aumento ou diminuição da pena.

À baila de tais problemas, aliado ao fato de que a jurisprudência não é uniforme em relação ao tratamento dado a todas as circunstâncias judiciais presentes nos artigos 59 e 66 do Código Penal, o que dificulta ainda mais a aplicação procedimental do direito penal material, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu um Grupo de Trabalho (GT), através da Portaria

CNJ nº 207/2021, para a elaboração de diretrizes acerca da dosimetria da pena no Brasil, que foram compiladas numa espécie de cartilha que denominaram “Relatório GT da dosimetria da pena”.

Em sua apresentação, o Relatório ressalta que a instrumentalidade da aplicação integral dos artigos relativos ao processo dosimétrico da pena restou prejudicada, considerando que

A eventual aplicação de penas significativamente díspares para pessoas condenadas criminalmente pela mesma infração penal e que se encontrem em circunstâncias idênticas, apenas em razão da adoção injustificada de critérios distintos e em desacordo com a jurisprudência consolidada e os precedentes (*stricto sensu*) fixados, pode vilipendiar o direito fundamental de igualdade substancial (art. 5º, CRFB/1998). (CNJ, 2021, p. 07).

Assim, buscando a obtenção de um panorama geral do processo dosimétrico no Brasil, foi realizada pesquisa empírica através do envio de formulários eletrônicos para todas as 6.115 varas criminais (incluindo varas únicas), das quais 1.732 magistrados realizaram a pesquisa entre o período de 11 de outubro de 2021 a 1º de dezembro de 2021. (CNJ, 2021, p. 10)

4.1. Os resultados da pesquisa elaborada pelo Grupo de Trabalho (GT)

O formulário contava com doze perguntas relacionadas diretamente com a análise da primeira fase da dosimetria da pena. Em resumo, foi questionado aos magistrados sobre a utilização de frações para valorar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal; a discriminação do aumento realizado em cada circunstância judicial; a valoração negativa dos antecedentes em casos de ações penais em curso ou com a pena extinta há mais de cinco anos; a valoração da personalidade do agente e comportamento da vítima e, por fim, sobre a utilização das frações nas penas dos crimes contidos na Lei nº 11.343/2006 e a quantidade de droga apreendida.

A primeira pergunta relacionou-se “com que frequência o magistrado costuma utilizar frações para valorar os oito vetores previstos no art. 59 do CP”, tendo sido respondido por 56% dos magistrados que sempre utilizam frações para valorar cada uma das circunstâncias judiciais, 25% responderam que utilizam frequentemente, 6,6% raramente e 12,4% nunca utiliza fração como referência (CNJ, 2021, p. 14).

A segunda pergunta foi direcionada aos que nunca utilizam frações como referência, tendo sido perguntado a razão pela qual não o fazem, sendo que 61,8% responderam que possuem “total discricionariedade para valorar cada circunstância judicial, sem vinculação a

critérios meramente matemáticos”, 31,62% asseveraram “não haver previsão legal de utilização do cálculo matemático nessa fase da dosimetria” ou sopesaram a “importância da análise do caso a caso, dada a subjetividade dessa fase” e 6,58% reputaram “burocrático e trabalhoso realizar operações matemáticas na dosimetria” (CNJ, 2021, p. 16).

A terceira pergunta trouxe “quanto à fração empregada para valoração de cada uma das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal”, 50,3% dos magistrados responderam que utilizam a fração de $1/8$ (um oitavo) para valorar cada uma das oito circunstâncias judiciais do artigo, enquanto 28,2% empregam a fração de $1/6$ (um sexto) (CNJ, 2021, p. 16).

A quarta pergunta indagou sobre “a frequência em que tal fração é aplicada” e dos que aplicam a fração de $1/8$, 27,3% sempre aplicam a mesma fração, 30,4% eventualmente aplicam frações distintas, a depender do caso concreto e 2,6% frequentemente aplicam frações distintas a depender do caso concreto. Aos que aplicam a fração de $1/6$, 45,3% sempre aplicam a mesma fração, 20,6% eventualmente aplicam frações distintas e 2,8% frequentemente aplicam frações distintas a depender do caso concreto (CNJ, 2021, p. 17).

A quinta pergunta indagou “Relação entre a fração utilizada e a adequação de sua incidência”. Para 50,7%, as frações devem incidir sobre a pena mínima cominada e para 44,6% as frações devem incidir sobre o intervalo entre a pena mínima e máxima cominada em abstrato (CNJ, 2021, p. 18).

A sexta pergunta fez referência “Discrimina o aumento realizado para cada circunstância judicial?”, sendo que 53,2% fixam o aumento de cada vetor reconhecido apenas no final da primeira fase e os outros 46,8% indicam o aumento de cada vetor negativo reconhecido (CNJ, 2021, p. 23).

A sétima pergunta relacionou-se “Na primeira fase da dosimetria, considera condenações criminais em outros processos como antecedentes, independentemente do trânsito em julgado das respectivas ações penais?”. Foi respondido por 84,2% que não consideram, ao passo que 15,8% responderam que consideram como antecedentes (CNJ, 2021, p. 24).

A oitava pergunta trouxe “Na primeira fase da dosimetria, reconhece como antecedentes condenações criminais cujas penas impostas já tenham sido extintas há mais de cinco anos?” e 62% dos magistrados responderam que sim, em contrapartida de 38% que não reconhecem condenações extintas há mais de cinco anos como circunstância dos antecedentes (CNJ, 2021, p. 24).

A nona pergunta se deu “Na primeira fase da dosimetria, valora a personalidade do réu?”, sendo que 50,3% dos magistrados valoram, enquanto 49,7% não valoram (CNJ, 2021, p. 25).

A décima pergunta trouxe “Na primeira fase da dosimetria, valora o comportamento da vítima?”. Foi respondido por 37,3% que não, 32,6% que sim, mas com a ressalva de apenas valorarem para reduzir a pena e 30,1% responderam que valoram (CNJ, 2021, p. 26).

Com relação à dosimetria da pena dos crimes relacionados à Lei de Drogas, a décima primeira pergunta foi relacionada ao “Critério considerado mais adequado para valoração de cada circunstância judicial no caso da Lei de Drogas” e 30,8% informaram a utilização da fração de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância judicial, enquanto 26,3% apontaram a utilização da fração de 1/6 (um sexto). Ainda, foi aportado que 23,9% não utilizam fração e 11,4% utilizam a fração de 1/10 (um décimo), possivelmente em razão da existência dos vetores relacionados a quantidade e natureza da droga (CNJ, 2021, p. 26).

A décima segunda pergunta relacionou a “valoração negativa relacionada à natureza da droga”, sendo que 68,2% dos magistrados responderam que aumentam a pena-base de forma proporcional à quantidade de droga apreendida, 25,8% aplicam sempre o mesmo aumento e 6,1% não valoram negativamente a quantidade de droga apreendida (CNJ, 2022, p. 29).

4.2. Diretrizes para a dosimetria da pena de acordo com o Relatório GT

Observa-se que diante da pesquisa realizada pelo Grupo de Trabalho, houve a constatação de algo que já era evidente: a dosimetria de pena no sistema penal brasileiro abre margem para a atuação discricionária do magistrado, considerando que possui diretrizes gerais sobre a quantificação e aplicação das penas, porém, não há normatização dos critérios matemáticos que as compõem.

Essa falta de balizamento matemático das circunstâncias judiciais acaba por resultar em entendimentos divergentes na quantificação da pena e impacta de maneira direta em como a punição é dada nas áreas jurisdicionais onde cada magistrado atua, inclusive nos próprios Colégios Recursais que são responsáveis pela revisão da pena quando há seu questionamento. Tal evidência se mostra presente nos próprios resultados obtidos pela pesquisa, ainda que não tenha sido feita sobre a valoração das circunstâncias judiciais propriamente ditas.

Diante de tais incongruências, o relatório supracitado estabeleceu diretrizes para a dosimetria da pena, onde abrangeu as oito circunstâncias judiciais presentes no artigo 59 do Código Penal com um compilado jurisprudencial sobre cada circunstância, porém, não trouxe a abordagem de possíveis critérios matemáticos a serem considerados na quantificação da pena, que foi objeto da pesquisa realizada pelo Grupo.

Apenas as diretrizes inerentes as circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade do agente serão abordadas na análise, considerando que dentre as oito circunstâncias do artigo 59, são as circunstâncias que mais apresentam subjetivismo jurídico pelos motivos já expostos no capítulo anterior. Os motivos do crime também serão abordados pois apesar de terem a observação menos dificultosa e subjetiva, sua análise está subordinada primariamente às circunstâncias do caso concreto.

4.2.1. Conduta social

Foram reunidos trinta acórdãos referentes a recursos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça entre os anos de 2015 e 2022.

De maneira geral, o conceito de conduta social se trata das relações estabelecidas pelo réu em seu ambiente familiar e em sociedade, notadamente no grupo comunitário onde vive, seja no trabalho ou na vizinhança onde sua residência está localizada. Nota-se que o conceito de conduta social restou uníssono em todos os excertos dos acórdãos.

Em relação à existência de comunicação entre a conduta e os antecedentes, foi sinalizado que através o tema repetitivo nº 1077, foi pacificado entendimento de que condenações criminais transitadas em julgado e que não são consideradas como reincidência, só poderão ser valoradas como antecedentes criminais e não como desabono da conduta social ou personalidade do agente (STJ. REsp 1.794.854/DF, Relatora: Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 23/6/2021, DJe de 1/7/2021).

Nas relações estabelecidas pelo réu em seu ambiente familiar, se o comportamento criminoso do réu for contra os próprios membros da família, fica configurada a exasperação da pena-base pela má conduta social.

Nas relações estabelecidas em sociedade, se houver provas de que o réu é conhecido como pessoa perigosa e temida pelos indivíduos que os cercam, também deve haver a exasperação da pena-base.

A habitualidade do réu na ebriedade e drogadição, abandono dos filhos, desrespeito às instalações do Poder Judiciário pela prática de crime dentro nas dependências do local, também são elementos balizadores da majoração da pena-base.

Sopesou-se que nos crimes regidos pela Lei de Drogas, a mera menção de que o réu possuía envolvimento com o tráfico de drogas não serve como valoração da idoneidade da conduta social do agente.

4.2.2. Personalidade do agente

Foram reunidos vinte e seis acórdãos referentes a recursos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça entre os anos de 2014 e 2022.

Para caracterizar a personalidade do agente, a mensuração negativa deverá ser aferida a partir de uma análise pormenorizada de elementos concretos dos autos sobre a insensibilidade, desonestidade e modus operandi do infrator (STJ. HC 472.654/DF, Relatora: Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 21/2/2019, DJe 11/3/2019).

Em entendimento consolidado pelo STJ, para a valoração da personalidade do agente não é necessário laudo técnico confeccionado por especialistas nos ramos da psiquiatria ou da psicologia.

Com relação aos antecedentes e a personalidade, a existência de condenações definitivas anteriores não pode ser utilizada como argumento de que a personalidade do agente é voltada para o crime (STJ HC 472.654-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, por unanimidade, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019).

A existência de evidências de que o réu faz parte de lideranças criminosas ou comete crimes prevalecendo-se de relações domésticas, tanto contra a mulher ou familiar, ou ainda comete crimes com extrema agressividade, egoísmo, possessividade, frieza e ciúme descontrolado também são motivos para valorar negativamente a personalidade do agente.

Ponderou-se que a mera menção de qualquer motivo para valorar negativamente a conduta social não é considerada como argumento válido para fundamentar a sentença. Nesse sentido, deve haver o apontamento do fato que deu causa a valoração negativa da personalidade. Ainda, o fato de o acusado mentir sobre sua autoria delitiva durante a instrução probatória não é elemento suficiente para caracterizar personalidade negativa, pois tal conduta está intimamente ligada ao desejo de se defender (STJ. AgRg no AREsp 1.804.475/SP, Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/4/2021, DJe de 13/4/2021).

4.2.3. Motivos do crime

Foram reunidos vinte e dois acórdãos referentes a recursos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça entre os anos de 2013 e 2022.

Os motivos do crime são fatores psíquicos que levaram o agente a praticar a infração penal e não se pode confundir com o dolo ou culpa, já que os motivos estão desvinculados do tipo penal, sendo dinâmicos e mutáveis, revelando apenas os desejos do agente infrator,

enquanto o dolo culpa estão vinculados estaticamente ao tipo penal, sendo utilizados para apenas para caracterizá-lo.

Nota-se que dentre todas as circunstâncias judiciais analisadas, os motivos do crime é a circunstância que possui maior grau de necessidade da apuração do caso concreto para verificar sua ocorrência, conquanto essa análise esteja intimamente ligada ao tipo penal cometido pelo agente.

Diante disso, o relatório trouxe a questão do cometimento de crime por político que, se aproveitando da condição de pessoa pública e influente, apresentou documentação falsa junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para obter concessão de aposentadoria para um eleitor, a fim de comprar seu voto. Ainda com relação à política, a prática infracional em decorrência da transformação da rivalidade política entre candidatos em um embate aético e desmedido, enfraquecendo e desrespeitando o ambiente democrático também é causa para valoração negativa da circunstância judicial.

A intenção de enriquecimento mediante extorsão de pessoas carentes ou busca por dinheiro fácil na hipótese da infração do artigo 325 do Código Penal, a exposição da intimidade e ameaças proferidas à vítima motivada pelo término do relacionamento entre ela e o réu também são causas para o aumento da pena-base.

O relatório trouxe inúmeros exemplos de inidoneidade da valoração negativa dos motivos se consubstanciada na “busca por dinheiro fácil”, isso porque tal obtenção de vantagem econômica é largamente utilizada como elemento dos tipos penais inerentes aos crimes contra o patrimônio.

4.3. A força vinculativa do relatório

A edição do Relatório GT Dosimetria da pena destacou além do compilado jurisprudencial acerca do tema, também os dados estatísticos sobre a atuação dos magistrados na aplicação do sistema dosimétrico da pena, especialmente sobre as controvérsias procedimentais que permeiam essa aplicação.

Não obstante a relevância do documento, as diretrizes expostas no relatório não possuem força vinculativa aos magistrados quanto à sua aplicação, ainda que seu conteúdo possa ser utilizado como fundamentação na sentença penal, considerando que o Conselho Nacional de Justiça é uma instituição pública que visa o aperfeiçoamento do trabalho realizado pelo Poder Judiciário brasileiro, especialmente no tocante ao “controle e à transparência administrativa e

processual”² e, portanto, seus atos não estão vinculados ao Poder Legislativo, que é o ente detentor do poder de criação das leis que vinculam a atuação do Poder Judiciário dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Vale lembrar que de acordo com o artigo 22, inciso I e parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, cabe ao Poder Legislativo da União, e excepcionalmente, dos Estados, legislar sobre a matéria penal. Portanto, apenas a norma penal consagrada pelo Poder Legislativo é fonte formal primária das regras que imperam no Direito Penal.

A doutrina entende que a Constituição Federal, jurisprudência, doutrina, tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, costumes, princípios gerais do Direito e atos administrativos atuam como fontes formais secundárias do Direito (MASSON, 2019). No entanto, essas fontes não têm condão de vincular o processo decisório do magistrado, apenas serve como elementos argumentativos lógicos das decisões.

Com relação a jurisprudência, em regra, as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores não vinculam os magistrados a aplicá-las, salvo com relação às hipóteses previstas no artigo 927 do Código de Processo Civil:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II – os enunciados de súmula vinculante;
- III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Apesar da regra estar inserida no Código de Processo Civil, por analogia, também se aplica em matéria penal.

Em consulta ao Portal da Câmara dos Deputados, foi realizada uma pesquisa³ sobre a existência de Projetos de Lei que tratassem sobre a temática e não foram localizados projetos que buscassem sanar a omissão legislativa referente à adoção de critérios matemáticos para aferição da quantidade de pena. Já com relação a subjetividade do próprio conteúdo normativo do artigo 59 do Código Penal, houve a apresentação de quatro Projetos nos anos de 2007, 2015 e 2023.

² Definição dada no site do Conselho Nacional de Justiça na aba “Quem somos”.

³ Na aba de “pesquisa avançada”, foi inserido no campo “assunto” as palavras “artigo 59 do Código Penal”, “art. 59 do Código Penal”, “dosimetria da pena” e “fixação da pena”, sendo realizada filtragem em todo o acervo da Câmara dos Deputados.

O primeiro projeto apresentado (PL 1519/2007) previa a adição da escolaridade como critério objetivo na fixação da pena-base e verificou-se que o projeto está sem andamento desde 2017. No segundo projeto (PL 938/2007), houve a tentativa de estabelecer a obrigatoriedade da observação dos antecedentes infracionais do agente na fixação da pena-base. O PL foi arquivado, porém, nota-se que há entendimento atual dos Tribunais Superiores para a adoção de tal circunstância na quantificação da pena-base.

O terceiro projeto (PL 3457/2015) foi apensado ao primeiro (PL 1519/2007), sendo que também está sem andamento e prevê a supressão da personalidade do agente do rol de critérios para fixação da pena. Já o último projeto apresentado (PL 2798/2023) propõe a adoção do princípio da proporcionalidade na avaliação da culpabilidade ao agente, sendo que atualmente está em fase inicial de análise, aguardando designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Portanto, constata-se que o sistema trifásico de fixação da pena é permeado por subjetivismo interpretativo e matemático, no entanto, a atuação do Poder Legislativo mostrou-se ineficaz para sanar tais problemas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou a temática relacionada à dosimetria de pena na seara da justiça criminal brasileira, considerando a relevância do instituto da pena dentro do processo penal e da sociedade, já que o processo penal é o meio legal pelo qual a infração é apurada e a pena é aplicada, para que assim possa haver a punição do indivíduo infrator em concomitância à prevenção do cometimento de novos crimes.

Além da previsão legal de condutas consideradas delituosas e tipos de penas a serem aplicadas, o ordenamento jurídico brasileiro instituiu o sistema trifásico de fixação da pena, que abrange a análise de três fases dentro de seu processo dosimétrico, para que ao fim se possa fixar uma quantidade de pena.

Durante a abordagem desse sistema, foi possível observar a existência de incongruências durante a análise das fases, notadamente na primeira e segunda fase, considerando que na primeira fase devem ser consideradas oito circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base, no entanto, tais circunstâncias judiciais são revestidas de subjetividade, notadamente às referentes a “conduta social” e “personalidade do agente”, que são permeadas de subjetivismo, tanto do ponto de vista jurídico, quanto ao relacionado ao próprio significado dos termos. Já na segunda fase, a “circunstância relevante” que poderá atenuar a pena e que está inserida no artigo 66 do Código Penal traz à baila a discricionariedade indiscriminada do magistrado ao adotar tal benesse, ainda que revestida de argumentos no corpo da sentença penal.

Ainda, há que se destacar que além do subjetivismo existente no conteúdo penal normativo propriamente dito, ou seja, na análise da aplicabilidade de determinada circunstância dada ao caso concreto, ainda há relativismo diante da ausência de critérios matemáticos que quantifiquem de maneira exata e previsível o valor da pena a ser majorada ou atenuada.

Tal subjetivismo jurídico é evidenciado pelas sentenças díspares proferidas pelos magistrados que, amparados pela ausência de norma penal regulamentadora, aliada à discricionariedade advinda dessa ausência, amplifica a liberdade de atuar mediante suas convicções em todo o processo dosimétrico da pena, revestidos pela justificativa de aplicação do princípio da individualização da pena.

A existência dessas sentenças díspares estimulou o Poder Judiciário, através do Conselho Nacional de Justiça, a elaborar diretrizes para a aplicação do processo dosimétrico da pena, no entanto, a edição dessas diretrizes não se mostra suficiente para a resolução do

problema, tanto em relação ao significado dado às circunstâncias judiciais subjetivas, quanto a quantificação da pena dentro dos limites estabelecidos pelo tipo penal do caso concreto.

A ineficiência das diretrizes elaboradas no relatório do CNJ é observada já que o ordenamento jurídico brasileiro vincula a atuação do Poder Judiciário, especificamente em matéria penal, apenas àquelas normas editadas pelo Poder Legislativo da União, e excepcionalmente, dos Estados. Inclusive, em razão da adoção do sistema *civil law* no Brasil, ainda que haja precedentes em determinada matéria, em regra, se não forem vinculantes ou de entendimento sumulado, não obrigam o magistrado a aplicá-los.

Isto posto, a reformulação do sistema trifásico de fixação da pena se mostra medida necessária para que haja a efetiva aplicação do sistema em todas as suas fases, inclusive para a estrita observância do princípio da individualização da pena. Tal reformulação deve acontecer através da atuação direta do Poder Legislativo para delinear mudanças no Código Penal, que até o presente momento ficou inerte na adoção de mudanças e complementações efetivas sobre o tema na legislação.

Dada a imprescindibilidade da mudança, cabe questionar em que medida essa reformulação do sistema deverá estar condicionada. Diante da análise do sistema como um todo, percebe-se que a subjetividade na aplicação das circunstâncias deverá ser sanada com a sua exclusão ou sua complementação, ainda que a complementação seja de difícil observação, dada a quantidade de situações que teriam de ser analisadas para sua valoração e inclusão no Código.

De um lado, tem-se o binômio principiológico da individualização da pena *versus* segurança jurídica, onde deve-se analisar com cautela a exclusão das circunstâncias consideradas subjetivas, que acabaria por trazer maior segurança jurídica ao processo, porém, limitaria a aplicação do princípio da individualização da pena pois excluiria fatores personalíssimos inerentes ao agente infrator, quedando à padronização da pena.

Por outro lado, tem-se a ideia de complementação das disposições já existentes dentro do sistema trifásico de dosimetria da pena com a modulação do que será considerado pelo legislador como elementos balizadores das circunstâncias judiciais. A modulação deve ser realizada com relação ao significado de cada circunstância e na quantificação de cada uma delas. Tal medida parece ser a mais assertiva já que preserva a ideia inicial do legislador em individualizar a pena, ainda que a modulação dos termos leve em consideração o paradigma do “homem médio”, ou seja, acabe limitando o campo comportamental dos indivíduos através do preestabelecimento de atitudes esperadas e exigíveis.

Portanto, a atuação do Poder Legislativo na edição das mudanças necessárias no Código é a medida mais eficaz dentro do ordenamento jurídico atual, que trará vinculação às sentenças dos magistrados, e conseqüentemente, a segurança jurídica necessária durante todo o processo.

REFERÊNCIAS

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. Personalidade. Disponível em: <https://www.apa.org/topics/personality>. Acesso em: 17 set. 2023.

ARISTÓTELES. *Política*. 1. ed. Universidade de Brasília, 1997.

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

BLEGER, José. *Psicologia da conduta*. 2. ed. São Paulo: Artes Médicas, 1989.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 938/2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=394172>. Acesso em: 18 nov. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. PL 1519/2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=358752>. Acesso em: 18 nov. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. PL 2798/2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2365293>. Acesso em: 18 nov. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. PL 3457/2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2025587>. Acesso em: 18 nov. 2023.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 mar. 2023.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/>. Acesso em: 12 out. 2023.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Relatório GT Dosimetria da pena, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v5.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2023.

_____. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 03 out. 2023.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 mar. 2023.

_____. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm. Acesso em: 17 set. 2023.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 23 mar. 2023.

_____. Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaoodemotivos-148879-pl.html>. Acesso em: 17 set. 2023

_____. Depen divulga relatório prévio de estudo inédito sobre reincidência criminal no Brasil. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil>. Acesso em: 07 nov. 2023.

_____. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm. Acesso em: 17 set 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg nos EDcl nos EDcl no Agravo Em Recurso Especial nº 2240802/SC. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203455320&dt_publicac=11/09/2023. Acesso em: 07 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1.770.619/PE. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802607416&dt_publicac=18/06/2019. Acesso em: 17 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 506. Direito penal. Dosimetria da pena. Registros criminais. Bis in idem. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/informjurisdata/issue/view/705/showToc>. Acesso em: 17 set. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 241. A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula241.pdf. Acesso em: 17 set. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf. Acesso em: 02 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=444>. Acesso em: 07 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 636. A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%28%40NUM+%3E%3D+%22601%22+E+%40NUM+%3C%3D+%22651%22%29+OU+%28%40SUB+%3E%3D+%22601%22+E+%40SUB+%3C%3D+%22651%22%29&tipo=%28SUMULA+OU+SU%29&l=100&ordenacao=%40NUM>. Acesso em: 17 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 712. ECA: fotografia de atos libidinosos e causas especiais de aumento de pena – 1. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo712.htm>. Acesso em: 17 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 825. Conduta social e dosimetria. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo825.htm#Conduta%20social%20e%20dosimetria>. Acesso em: 09 out. 2023.

CÍCERO, Marco Tulio. *Da República*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: parte geral*. Coord. Pedro Lenza. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. 14. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2022.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESUS, Damásio. *Direito Penal: Parte Geral*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. 13. ed. Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: Método, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. A análise da personalidade do réu na aplicação da pena. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, 13 de agosto de 2005. Disponível em: <http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim153.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2023.

_____. *Código Penal comentado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: Princípios do Direito Político*. São Paulo: Edipro, 2017.

SANTOS, P. S.; VIEIRA, M. L. A. Análise da personalidade para fixação da pena: contradições e ilegalidades no artigo 59 do Código Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4.ed. São Paulo: Medeiros, 2000.

SKINNER, Burrhus Frederic. *Ciência e comportamento humano*. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

STOCO, Tatiana de Oliveira. *Culpabilidade e medida da pena: delimitações no âmbito de uma pena proporcional ao fato*. 2018. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. DOI:10.11606/T.2.2018.tde-06112020-120517. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-06112020-120517/pt-br.php>. Acesso em: 22 mar. 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: Parte geral*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1, p. 525.