



**Centro Universitário de Brasília - UniCEUB**  
**Faculdade de Ciências Jurídicas Sociais - FAJS**

**MARILEY BARBOSA XAVIER**

**A CONSIDERAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS NA FIXAÇÃO DA PENA**

**Brasília**  
**2016**

**MARILEY BARBOSA XAVIER**

**A CONSIDERAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS NA FIXAÇÃO DA PENA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Marcos Vinicius Reis Bastos.

**Brasília  
2016**

**MARILEY BARBOSA XAVIER**

**A CONSIDERAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS NA FIXAÇÃO DA PENA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Marcos Vinicius Reis Bastos.

Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

Banca Examinadora

---

Marcos Vinicius Reis Bastos.  
Orientador

---

Examinador (a)

---

Examinador (a)

## RESUMO

O presente trabalho monográfico analisa a consideração da circunstância judicial dos antecedentes criminais, presente na fixação da pena-base, conforme dispõe o art. 59 do Código Penal, em confronto com os princípios constitucionais. Será abordado o conceito de antecedentes, conforme dispõe os doutrinadores, diferença entre maus antecedentes, conduta social, personalidade, e reincidência e o entendimento predominante da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Após será feita a análise das normas do código penal que disciplinam a fixação da pena. Por último, será feita uma análise do peso das circunstâncias judiciais, previstas no art. 59, do CP, demonstrando os antecedentes em confronto com as demais circunstâncias judiciais, as possibilidades de sua elevação acima do mínimo legal e os julgados do STJ, STF e TJDFT acerca da matéria.

Palavras-chave: Direito Penal. Maus antecedentes. Antecedentes criminais. Etiquetamento social. Dosimetria da pena.

Dedico este trabalho a todos os operadores do Direito, bem como àqueles que buscam uma sociedade mais justa, com menos discriminação e mais igualdade social, para que possamos ter um melhor convívio em sociedade.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus professores do Curso de Direito do UniCEUB pelos seus ensinamentos, pelo aprendizado e formação acadêmica adquirida ao longo desses últimos cinco anos. Sem vocês eu jamais chegaria onde chegamos, muito menos superaria as dificuldades e desafios que foram e serão cada vez maiores, impostos por este ramo do conhecimento humano fascinante.

Ao meu orientador, Dr. Marcus Vinicius Reis Bastos, o meu muito obrigado; sem a sua orientação, dedicação e estímulo, eu jamais chegaria às conclusões que hoje estamos chegamos.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>1 ANTECEDENTES PENAIIS</b> .....	<b>10</b>
1.1 Circunstâncias judiciais do art. 59 do CP .....	14
1.2 Conduta social versus maus antecedentes .....	15
1.3 Personalidade do agente versus maus antecedentes .....	16
1.4 Reincidência versus maus antecedentes.....	17
1.5 Conceito de antecedentes na Jurisprudência .....	18
<b>2 DA FIXAÇÃO DA PENA</b> .....	<b>23</b>
2.1 Individualização da pena .....	24
2.2 Método de fixação da pena.....	27
2.3 Método trifásico.....	28
2.4 Classificação das circunstâncias judiciais .....	32
2.5 Principal diferença entre elementar e circunstância.....	33
2.6 Formas de aplicação das circunstâncias.....	34
<b>3 REPERCUSSÃO DOS ANTECEDENTES NA FIXAÇÃO DA PENA</b> .....	<b>37</b>
3.1 O peso das circunstâncias judiciais na fixação da pena - Art. 59, CP .....	37
3.2 Antecedentes em confronto com as demais circunstâncias judiciais .....	40
3.3 Antecedentes e elevação da pena acima do mínimo legal .....	44
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>56</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>60</b>

## INTRODUÇÃO

As circunstâncias judiciais advieram do Código Penal de 1940; dentre elas surgiu circunstância dos maus antecedentes que analisa a vida pregressa do acusado. Elas estão previstas no art. 59 do Código Penal, sendo aferidas na primeira fase da dosimetria da pena pelo magistrado, tendo por finalidade encontrar a pena-base atribuída indivíduo. Os maus antecedentes, como as demais circunstâncias judiciais, permitem que a pena seja elevada acima do mínimo legal admitido, o que resulta no aumento da pena na primeira fase da dosimetria.

O legislador, ao criar a circunstância judicial dos maus antecedentes, não definiu um rol claro do que realmente seria “maus antecedentes”. Além disso, não foi fixada um lapso temporal para que este instituto fosse aplicado e muito menos ficou definido quais tipos de condutas do indivíduo seriam consideradas como maus antecedentes. Os doutrinadores, juntamente com os tribunais, têm tentado dar uma resposta a essa questão, mesmo que os seus posicionamentos sejam muitas vezes divergentes.

Alguns entendem que maus antecedentes são todas as condutas praticadas pelo indivíduo, desde o inquérito policial até os processos em andamento. Já a doutrina majoritária possui o entendimento contrário dizendo não ser possível utilizar-se de registros policiais e processos em andamento para verificar os maus antecedentes. Neste caso, considera-se necessário que haja uma sentença condenatória em desfavor do indivíduo para que seja considerado os maus antecedentes. Consoante a esse entendimento o Superior Tribunal de Justiça criou a Súmula 444. Este entendimento preconiza que “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

O Código Penal, na linha do método trifásico de Nelson Hungria, estabelece que na segunda fase da dosimetria da pena deve-se analisar as circunstâncias agravantes e atenuantes, enquanto que a circunstância da reincidência é considerada uma agravante. Para o agente ser considerado reincidente é necessário que ele cometa novo crime no período de cinco anos a contar do trânsito em julgado da sentença condenatória. Porém, após esse lapso



temporal, se o réu cometer novos delitos, ou seja, se ele incorrer em condutas que se enquadram em fato típico ilícito e culpável, ele não será reincidente, mas será considerado portador de maus antecedentes. Ou seja, após esse período estabelecido pelo legislador o réu não será considerado reincidente, mas, contudo, continuará a carregar esse macula para efeito dos maus antecedentes.

Com base nos entendimentos apurados pela presente pesquisa nota-se que o legislador acabou se omitindo ao deixar de estabelecer um critério para aplicação dos maus antecedentes, abrindo portas para diversas interpretações, entre as quais aquelas que motivaram a violação de alguns princípios constitucionais.

Vale ressaltar que os aplicadores do direito têm recorrido de forma sistemática e desordenada à circunstância judicial. Isso tem possibilitado que sua aplicação seja feita sem critério objetivos, violando normas constitucionais e mesmo a súmula 444, instituída pelo o STJ.

Dessa forma, a presente pesquisa, no primeiro capítulo, buscou expor o conceito dos antecedentes, examinando entendimentos doutrinários do seu conteúdo, procurando analisar e demarcar a diferença dos antecedentes da conduta social, da personalidade, da reincidência do acusado, além do entendimento predominante da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

No segundo capítulo, verificamos de forma detalhada as normas do Código Penal que disciplinam a fixação das circunstâncias judiciais, buscando os fundamentos e as características do método trifásico e de como é regulado os seus três momentos.

Por fim, no terceiro e último capítulo, foi feita uma análise do peso das circunstâncias judiciais, prevista no art. 59 do CP, as quais são utilizadas para fixação da pena-base. Neste caso, foram demonstrados os antecedentes em confronto com as demais circunstâncias judiciais, desde a elevação da pena acima do mínimo legal até a sua impossibilidade, sempre acompanhada das

jurisprudências do STJ, do STF, além do entendimento do Senhor Desembargador João Batista Teixeira, membro da Terceira Turma Criminal do TJDFT.

## 1 ANTECEDENTES PENAIS

É do conhecimento de todos que a fixação da pena no direito penal brasileiro apresenta um caráter trifásico conforme se observa no art. 68 do Código Penal Brasileiro. Na primeira fase da dosimetria, a pena-base é elevada acima do mínimo legal em face de serem consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59, dentre elas os antecedentes do réu.<sup>1</sup>

A aplicação da sanção penal pressupõe a observância de diversos aspectos que são os responsáveis pela concretização do princípio da individualização da pena, prevista no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Esta pode ser entendido como a necessidade de personalização da condenação imposta ao sujeito o ativo da infração penal de acordo com as características de cada um, de modo que não haja um nivelamento de pessoas que estejam em situação diversa, sendo necessário que as penas sejam justas e proporcionais.<sup>2</sup>

A propósito da importância dessa aplicação da pena, a doutrina de Guilherme de Sousa Nucci, ensina que a pena deve possuir características que lhe são peculiares:

“É a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: a) geral negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.”<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

<sup>2</sup> NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de direito penal**: parte geral e parte especial. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 437.

<sup>3</sup> Ibidem, p. 437.

Os antecedentes são os fatos passados da vida do agente, que podem ser avaliados positivamente ou negativamente. Já os antecedentes criminais, que analisa sentença penal condenatória, com trânsito em julgado, referem-se às circunstâncias judiciais trazidas pelo artigo 59 do Código Penal, que são consideradas na primeira fase da dosimetria da pena.<sup>4</sup>

Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

“Por antecedentes devem-se entender os fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus. São maus antecedentes aqueles fatos que merecem a reprovação da autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade para com os imperativos ético-jurídicos. A finalidade desse modular, como os demais constantes do artigo 59, é unicamente demonstrar a maior ou menor afinidade do réu com a prática delituosa.”<sup>5</sup>

Ainda que os antecedentes busquem analisar o histórico criminal do indivíduo, é necessário salientar a respeito do princípio da não-culpabilidade, estabelecido pelo artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que diz ser considerado como maus antecedentes em desfavor do acusado as condenações anteriores com trânsito em julgado como estabelece a lei Penal.<sup>6</sup>

Dessa maneira, não são considerados como maus antecedentes as simples anotações de inquéritos policiais, absolvição por insuficiência de provas, processos criminais em curso ou qualquer outra anotação que não tenha ocorrido o trânsito em julgado, posto que violaria o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.<sup>7</sup>

Para Fragoso, o processo de fixação da pena se realiza no momento em que o juiz determina a sanção que será aplicada ao indivíduo no caso concreto, levando em conta os critérios estabelecidos por lei que são: “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as

---

<sup>4</sup> BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.694, de 2012. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 758. v. 1.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 758.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 758.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 758.

circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima, de acordo o art. 59, do Código Penal”.<sup>8</sup>

Desse modo, quando o juiz analisa os antecedentes ele deve considerar os fatos passados da vida do indivíduo, não levando em consideração a reincidência, a qual é observada em outra fase da aplicação da pena, para evitar o *bis in idem*. Entre os fatos passados da vida do agente não são considerados os processos judiciais que tenha acarretado a absolvição do acusado.<sup>9</sup>

Bitencourt segue na mesma linha de Fragoso, segundo o entendimento que os simples registros policiais e processos em curso sem sentença condenatória, não podem ser utilizados como maus antecedentes uma vez que são considerados inocentes todos aqueles que respondem por crime e não tiveram a seu respeito sentença condenatória transitada e julgada.<sup>10</sup>

Para eles as pessoas mais carentes, ou seja, aquelas desprovidas de recurso financeiro estão mais sujeitas ao envolvimento com o crime, em decorrência do ambiente em que elas convivem:

“Os antecedentes se confundem praticamente com a conduta social, que se refere às relações do acusado com sua família e sua adaptação ao trabalho, ao estudo e a um estilo de vida honesto ou reprovável. É uma lástima que nos processos penais essas informações sejam em geral fragmentárias e inconcludentes, de modo que faltam ao juiz, via de regra, elementos que lhe permitam avaliar a personalidade do réu e seus antecedentes.”<sup>11</sup>

No direito anglo americano os antecedentes, ou seja, a vida pregressa do indivíduo só é analisada após a sua condenação, o magistrado primeiramente condena ou absolve o réu. Caso ele seja considerado culpado, receberá uma pena e é estabelecido que seja analisado seus antecedentes e sua personalidade.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 2. ed. rev. atual. Forense: Rio de Janeiro 1991. p. 406.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 407.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 407.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 407.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 407.

Nota-se que os antecedentes criminais não são utilizados como meio de prova para aferir a prática delituosa do agente, ao contrário, “o juiz procura ajustar a pena às condições pessoais do réu”.<sup>13</sup>

De acordo com Francisco Bissoli Filho “o que caracteriza os antecedentes criminais são a amplitude, a negatividade, a subjetividade, a relatividade e a perpetuidade.”<sup>14</sup>

No que concerne a amplitude é que ela vincula o indivíduo em sua história passada, em relação às demais características acima citadas, e traz consigo o seu histórico de vida, seja ele bom ou ruim, podendo assim ser considerado como antecedentes.<sup>15</sup>

Apesar dos antecedentes ter sua característica própria e ser mais extensivo, todavia, não pode considerar esses registros como absoluto, não podendo esquecer que relações reservadas não têm implicações para seara criminal.<sup>16</sup>

Em relação ao aspecto negativo, busca-se, no conceito de antecedentes criminais, o histórico passado da vida do agente, dando ênfase somente em fatos negativos da vida dele, não se leva em consideração nada que ele tenha feito de positivo em seu antepassado, nota-se, que são valorados apenas boletins policiais.<sup>17</sup>

Bissoli também explica o aspecto da subjetividade, visto que, para ele a análise dada a ela está inteiramente ligada aos antecedentes, mesmo levando em consideração avaliações feitas por padrões individuais ou sociais.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 2. ed. rev. atual. Forense: Rio de Janeiro 1991. p. 407.

<sup>14</sup> BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 64.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 64.

Considerando que todos os antecedentes criminais são colhidos na maioria das vezes com base em boletins policiais e judiciais do indivíduo, contudo não se pode afirmar que essa pessoa é detentora de maus ou bons antecedentes, tendo em vista que essas análises acabam sendo muito superficiais em relação ao histórico de vida do cidadão.<sup>19</sup>

De acordo com entendimento de Magalhães Noronha:

“Como elemento para aferir a capacidade de delinquir do agente, a lei menciona em primeiro lugar os antecedentes. São Tanto os bons como os maus, tanto os judiciais como os extrajudiciais. Aprecia-se, assim, o fato de haver o réu sido condenado anteriormente (abstraída a reincidência), de terem existido outros processos contra ele, de estar sendo processado por mais delitos, etc. Além disso, é mister ser examinada a sua conduta diante do esposo, filho, amigo, etc., ou seja, comportamento familiar e social. É a vida pregressa ou ante acta que deve ser investigada.”<sup>20</sup>

### 1.1 Circunstâncias judiciais do art. 59 do CP

De acordo com Fernando Capaz, as circunstâncias judiciais são aferidas de duas maneiras: subjetiva e objetivamente. Quando analisadas as circunstâncias judiciais sob o aspecto subjetivo é levado em consideração as característica da pessoa. Do modo que na análise objetiva se tem com base as características do fato em si.<sup>21</sup>

Ainda assim, quando o juiz avalia as circunstâncias judiciais do art. 59, CP, e leva em consideração os antecedentes, a personalidade, a conduta social, os motivos do crime, a reincidência, ele está analisando subjetivamente o indivíduo.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 65.

<sup>20</sup> NORONHA, Magalhães E. **Direito penal**: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 252. v. 1.

<sup>21</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 354.v. 1.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 354.

Do mesmo modo, quando ele busca o tempo, lugar e maneira em que foi cometido o delito, o magistrado está avaliando as circunstâncias em que foi cometido o crime, essas circunstâncias são denominadas características do fato.<sup>23</sup>

Dessa forma, são essas elementares responsáveis pelo aumento ou a diminuição da pena-base do indivíduo. Contudo, não havendo essas circunstâncias judiciais elas em nada interferem na existência do crime.<sup>24</sup>

## 1.2 Conduta social versus maus antecedentes

A conduta social refere-se a maneira de como o indivíduo se relaciona no meio em que ele vive, seja na familiar, no ambiente de trabalho, comunitário ou social. Em muitas das vezes o indivíduo tem conduta recusável nesses ambientes, mas não é portador de ficha criminal, não possui maus antecedentes, isso faz com que ocorra alteração na sua pena.<sup>25</sup>

Essa circunstância judicial é de suma importância para que o magistrado possa realizar a individualização da pena, sendo ela uma das mais importantes das circunstâncias Judiciais do art. 59, do CP. Durante a audiência de instrução, por meio do interrogatório, o magistrado faz perguntas ao acusado e as testemunhas, para que ele possa melhor conhecer o réu.<sup>26</sup>

Mesmo que o agente tenha como preocupação a manutenção de uma relação harmoniosa e uma boa conduta no seu círculo de convívio social, mesmo assim ele poderá não ser um bom pai ou um bom marido. Desse modo, as circunstâncias Judiciais, a conduta social do acusado pode ser observada de diferentes maneiras, às vezes negativa ou por vezes positivamente.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 354.v. 1.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 354.

<sup>25</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 760.

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 469.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 470.



Dessa forma, o princípio da individualização da pena é fundamental para garantir ao réu uma pena mais adequada, quando se tem uma apuração mais rigorosa em relação a sua conduta social.<sup>28</sup>

Em conformidade com entendimento de Bitencourt, a conduta social é aferida de acordo com o convívio social do indivíduo no seu convívio familiar e de estudo, no ambiente de trabalho e no meio social em que ele habita. Do outro lado, temos a circunstância judicial, dos maus antecedentes, que procura analisar a sentença penal condenatória, com trânsito em julgado:

“Por antecedentes devem-se entender os fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus. São maus antecedentes aqueles fatos que merecem a reprovação da autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade para com os imperativos ético-jurídicos. A finalidade desse modular, como os demais constantes do artigo 59, é unicamente demonstrar a maior ou menor afinidade do réu com a prática delituosa.”<sup>29</sup>

### 1.3 Personalidade do agente versus maus antecedentes

De acordo com Guilherme Nucci, a personalidade do agente “esta se faz em cinco fases bem caracterizadas: infância, juventude, estado adulto, maturidade e velhice”. Para ele essa característica é formada com base no meio em que o agente vive e a carga genética que ele carrega. Logo, uma parte da sua personalidade é formada ao longo sua da vida, enquanto a outra ele obtém do nascimento.<sup>30</sup>

Na lição de Bitencourt:

“Deve-se verificar a boa ou má índole sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu”. A personalidade é aferida a partir da

---

<sup>28</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 470.

<sup>29</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 760-761.

<sup>30</sup> NUCCI, op. cit., p. 470.

postura do individuo no meio em que ele vive, quais seja postura moral e social.”<sup>31</sup>

Enquanto a personalidade do agente é formada pelo o meio em que ele vive, juntamente com suas características genética que são formadas em várias etapas da vida, a contar da infância até a velhice, os antecedentes são todos os fatos bons ou maus da vida do indivíduo.<sup>32</sup>

#### 1.4 Reincidência versus maus antecedentes

O Código Penal, no art. 63, define o instituto da reincidência “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.<sup>33</sup>

Com esse entendimento é necessário existir condenação que seja anterior ao novo fato, com trânsito em julgado, nos termos da compreensão do ordenamento jurídico pátrio.

Conforme Masson:

“[...] O Código Penal não define a primariedade. Seu conceito, portanto, há de ser obtido negativamente: primário é toda pessoa que não é reincidente, ou seja, que não praticou novo crime depois de ter sido definitivamente condenado, no Brasil ou no exterior, por crime anterior (CP, art. 63). Lembre-se, ainda, que a condenação anterior só funciona como pressuposto da reincidência desde que não tenha decorrido o prazo de 5 (cinco) anos entre a data de cumprimento ou extinção da pena e a prática do novo crime (período depurador).”<sup>34</sup>

De acordo com Fragoso para ser caracterizada a reincidência não é necessário que a condenação anterior sofra execução, mas “quando o culpado volta a delinquir depois de haver expirado a pena”. Conquanto, o apenado tem a

---

<sup>31</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 760.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 760-761.

<sup>33</sup> MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte especial. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014. p. 214. v. 2.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 214.

faculdade de conservar sua primariedade, mesmo após ter sido sentenciado por outros delitos.<sup>35</sup>

Portanto, pode se notar uma grande diferença entre o conceito de antecedentes com o da reincidência, tendo em vista que a reincidência trás uma especificidade em razão de possuir uma natureza temporal, enquanto o antecedente não possui essa peculiaridade.<sup>36</sup>

Segundo Francisco Bissoli filho, que é crítico em relação essa diferença entre o antecedente e a reincidência, por considerar que os antecedentes não possuem um prazo de validade como a reincidência, isso faz com os antecedentes interfira na vida do agente por prazo indeterminado através de prontuários que registram fatos passados da vida do indivíduo.<sup>37</sup>

Conforme o autor, essa influência causa prejuízos ao indivíduo de maneira que os antecedentes sejam considerados perpétuos, tendo em vista que ao preservar os registros passados, a sociedade organizada pelo Estado mantém informações de qualquer ato praticado pelo agente.<sup>38</sup>

### 1.5 Conceito de antecedentes na Jurisprudência

De acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 110.191, transcorrido o prazo depurador, previsto no inciso I, do artigo 64 do Código Penal, o fato de existir condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes na fase de análise das circunstâncias judiciais na dosimetria da pena.

Dessa maneira dispõe a jurisprudência:

“Habeas corpus. 2. Homicídio qualificado-privilegiado. Condenação. 3. Aumento da pena em sede de recurso especial. Entendimento no sentido de que o período depurador de 5 anos estabelecido pelo art.

---

<sup>35</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 2. ed. rev. atual. Forense: Rio de Janeiro 1991. p. 415.

<sup>36</sup> BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 24.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 24.

64, I, do CP, refere-se à reincidência, mas, com relação ao registro de antecedentes, esses prolongam-se no tempo, devendo ser considerados como circunstâncias judiciais em desfavor do réu. 4. Registro de uma condenação anterior, por contravenção (dirigir sem habilitação), transitada em julgado em 28.6.1979. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade. 5. Ordem concedida para restabelecer a decisão proferida pelo TJ/RJ nos autos da Apelação n. 2006.050.02054, que manteve a pena-base fixada pelo Juiz-Presidente do Tribunal do Júri e, assim, reconheceu a prescrição da pretensão executória.”<sup>39</sup>

Desse modo, com base no entendimento dos julgadores da segunda turma do STF, conclui-se que ultrapassando o período de 5 anos, a contar da extinção da pena da condenação anterior, não se pode mais falar em reconhecimento da circunstância judicial, dos maus antecedentes, de modo que este venha ferir o princípio da razoabilidade.<sup>40</sup>

Em outro julgado da Suprema Corte, os doutos julgadores entenderam no mesmo sentido que não pode ser considerado como maus antecedentes a condenação definitiva, após o decurso do prazo de 5 anos, que é o prazo da reincidência.<sup>41</sup>

Conforme HC 126.315:

“TÓXICO - Crime de tráfico - Quadro probatório que se mostra seguro e coeso para evidenciar autoria e materialidade do delito - Inexistência de dúvida que justifica o decreto condenatório - Impossibilidade de desclassificação para o crime de posse de drogas para uso pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/06) - Condenação mantida - Dosimetria da pena - Não reconhecimento de maus antecedentes - Decurso do período depurador (art. 64, I, CP)- Fixação da pena-base no mínimo legal - Acusado que preenche todos os requisitos exigidos para aplicação da causa de diminuição (art. 33, § 4º) - Quantidade e variedade do tóxico que justifica a fixação do redutor na fração intermediária - Regime inicial fechado que decorre de expressa previsão legal - Recurso parcialmente provido.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC 110.191/RJ**. Ementa: [...] Relator: Min. Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 23 abr. 2013. DJ de 06.05.2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3741491>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

<sup>40</sup> Ibidem.

<sup>41</sup> Ibidem.

[...] Extrai-se da leitura do dispositivo transcrito que o período depurador de cinco anos tem aptidão de nulificar a reincidência, de forma que não possa mais influenciar no quantum de pena do réu e em nenhum de seus desdobramentos.

[...] Com efeito, é assente que a ratio legis consiste em apagar da vida do indivíduo os erros do passado, considerando que já houve o devido cumprimento da punição, sendo inadmissível que se atribua à condenação o status de perpetuidade, sob pena de violação aos princípios constitucionais e legais, sobretudo o da ressocialização da pena.<sup>42</sup>

Em referência ao Habeas Corpus, mencionado acima, conclui que no decorrer do período de 5 anos da última condenação o réu é considerado reincidente, como define o art. 64, I, do Código Penal. Porém, transcorrido este lapso temporal não se pode falar em maus antecedentes pelo fato do indivíduo possuir condenações passadas, “sob pena de violação aos princípios constitucionais e legais, sobretudo o da ressocialização da pena”.<sup>43</sup>

A Constituição Federal na alínea “b”, do inciso XLVII, do artigo 5º, faz referência as penas de caráter perpétuo, proibindo-as expressamente; tampouco ela permite que o condenado após cumprir sua pena sofra as consequências de uma pena perpétua. Como bem esclarece o entendimento exposto no julgamento do HC 126.315, pela Suprema Corte, não se pode falar em maus antecedentes, se já transcorreu o prazo exigido para considerar a reincidência, ou seja, após os 5 anos não se fala mais em reincidência, tampouco pode se falar em maus antecedentes.<sup>44</sup>

O Código Penal, no art. 63, define o instituto da reincidência “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença, que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC 126.315/SP**. Ementa: [...] Relator: Min. Gilmar Mendes. São Paulo, SP, 17 mar. 2015. DJ de 15.09.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9947298>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> Ibidem.

<sup>45</sup> MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte especial. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014. p. 214-293. v. 2.

Consoante Bitercourt, os antecedentes criminais referem-se a sentença penal condenatória, com trânsito em julgado, e não devem levar em consideração os boletins policiais e processos em andamento.<sup>46</sup>

Para o Superior Tribunal de Justiça esse entendimento já está pacificado, de modo que “inquéritos policiais ou ações penais em andamento, e condenações sem certificação do trânsito em julgado, não podem ser levados à considerações de maus antecedentes”.<sup>47</sup>

Assim, entendeu o STJ no julgamento do Agravo Regimental no HC 218.037/SC:

“AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. CRIMES AMBIENTAIS. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E PROCESSOS EM ANDAMENTO PARA CONSIDERAR NEGATIVA A CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. SANÇÃO REDIMENSIONADA. DECISÃO AGRAVADA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE SODALÍCIO. RECURSO IMPROVIDO.

Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais em andamento e condenações sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes,

Má conduta social ou má personalidade para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste STJ.

Evidenciando-se que a decisão agravada espelha o entendimento firmado por este Sodalício sobre a matéria impugnada, deve a mesma ser mantida, pelos seus próprios fundamentos.

[...] E assim o fazendo incorreu em constrangimento ilegal, pois, segundo a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, inquéritos policiais ou ações penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes, **má**

---

<sup>46</sup> BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.694, de 2012. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 758. v. 1.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 758.

**conduta social** ou personalidade desajustada, sob pena de violação ao princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.”<sup>48</sup>

Nesse sentido, o STJ criou a súmula 444 que veda expressamente a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para majorar a pena-base.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **HC 218.037/SC**. Ementa: [...] Relator: Ministro Jorge Mussi. Rio Grande do Sul, SC, 18 mar. 2013. DJ de 02.04.2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25033476/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-nohc-218037-sc-2011-0214809-7-stj/inteiro-teor-25033477>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

<sup>49</sup> Ibidem.

## 2 DA FIXAÇÃO DA PENA

No período da Idade Média o “aplicador da justiça” era escolhido por imposições políticas, sendo ele o responsável pela aplicação das sanções penais que não tinham limites previamente definidos. Nesta época as penas eram bastante rigorosas e se baseavam nos delitos praticados.<sup>50</sup>

Logo, com o surgimento do direito moderno, a primeira atitude a se tomar em relação aos tempos medievais foi acabar com tal poder do arbítrio judicial, aderindo-se ao regime de pena fixa. Naquela época os aplicadores do direito exerciam um poder desmedido e provocavam grandes prejuízos ao Direito Penal.<sup>51</sup>

Nas palavras de Cesare Beccaria, naquele período, seguindo o conceito de Montesquieu, “ao juiz não deveria sequer ser admitido interpretar a Lei, mas apenas aplicá-la em seus estritos termos”.<sup>52</sup>

Com o surgimento do Código Penal Francês, em 1791, surgiu o debate sobre um severo sistema de aplicação do texto normativo, tendo como objetivo fazer com que o juiz cumprisse o que estava escrito na Lei, de maneira bem técnica.<sup>53</sup>

Em seguida percebeu-se que esse sistema também não era eficaz, uma vez que a rigidez na aplicação das normas prejudicaria o indivíduo, impossibilitando o juiz de adequar o delito ao agente, diante daquele fato. No período medieval o direito teve como complicador a arbitrariedade na forma de como era conduzido o processo judicial, pois a maneira de como a pena era aplicada acabava ferindo frontalmente os direitos fundamentais dos condenados.<sup>54</sup>

Após essas diversas tentativas de aplicar uma pena aos fatos delitivos, nasce uma nova solução, em 1810, com o Código Penal Francês. Esta foi uma ideia inovadora porque, no momento da aplicação da pena ao condenado, o

---

<sup>50</sup> BECCARIA apud BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.694, de 2012. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 758. v. 1.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 755.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 755.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 756.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 756.



juiz passou-a ter maior liberdade na sua definição, podendo dosar um limite mínimo ou máximo, de acordo com sua convicção, adequando cada ao fato uma determinada pena.<sup>55</sup>

A individualização da pena se faz em três etapas: a individualização legislativa, a individualização judicial e, por último, a individualização executória.<sup>56</sup>

Na primeira etapa, denominada fase da individualização legislativa, trata-se da fase em que é escolhida a conduta criminosa que será punida, a qual servirá como parâmetro para o magistrado regular a aplicação da pena.<sup>57</sup>

A individualização judicial é de responsabilidade do juiz quando ele profere a sentença, “é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais”. Por último temos a individualização executória que consiste na efetivação da aplicação da sanção.<sup>58</sup>

## 2.1 Individualização da pena

A individualização da pena acontece na fase final do processo, ela ocorre no momento em que o juiz vai proferir a sentença. Nessa fase o juiz estabelece qual sanção penal o réu irá receber. Quando o juiz vai realizar a individualização da pena, ele leva em consideração questões relacionadas ao indivíduo, até porque a pena é de caráter individual e não pode ultrapassar a pessoa do réu.<sup>59</sup>

Dessa forma, a aplicação da reprimenda não deve possuir um conteúdo genérico mas, sim, ela deve se aproxima o quanto possível da conduta do condenado e da pena que lhe foi conferida. Porém, cabe ressaltar que a individualização da pena vai além da sua fixação, devendo aquela levar em consideração as “causas de isenção da Pena (concessão de perdão e escusas

---

<sup>55</sup> BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.694, de 2012. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 756. v. 1.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 756.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 756.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 756.

<sup>59</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 317. v. 1.

absolutórias etc.), bem assim a aplicação de medidas de segurança e dos efeitos secundários decorrentes da condenação”.<sup>60</sup>

Dentre as diversas fases do processo, como de aplicação das normas aos fatos provados, o de maior importância ocorre no momento da individualização da pena, sendo esta uma fase decisória, cabendo ao magistrado, ao realizá-la, buscar orientar-se por meio de critérios objetivos, deixando de lado questões que não estejam vinculadas aos fatos.<sup>61</sup>

O Código Penal está voltado para punir pessoa natural, o indivíduo, razão pela qual, em seu art. 59, onde são tratadas as circunstâncias judiciais, não é feita alusão a pessoa jurídica. Porém, as ilicitudes praticadas em razão da pessoa jurídica são tratadas em legislações específicas, como ocorre, por exemplo, com a Lei de Crimes Ambientais, Lei nº 9.605/98, no seu art. 6º:

“Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará: I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente; II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; III - a situação econômica do infrator, no caso de multa”.<sup>62</sup>

O magistrado ao realizar a individualização da pena desempenha uma importante função a qual ele deve ter muita cautela, não podendo deixar de lado os princípios constitucionais da proporcionalidade, ofensividade, legalidade e humanidade, entre outros, que norteiam a aplicação das penas e que serve como parâmetro para os juízes. Eles têm como principal objetivo dá ao indivíduo uma pena que mais se aproxima a lesividade do delito, sem permitir nenhum tipo de injustiça.<sup>63</sup>

A pena é aplicada de forma individual, para cada caso concreto, sendo específica para cada indivíduo. Não cabe ao aplicador do direito usar decisões aplicadas em um caso para penalizar o indivíduo em outro caso, como, também, não tem sentido aplicar a pena como modelo de prevenção de futuros

---

<sup>60</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 317. v. 1.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 317.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 317.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 317.

delitos. Apenas tem o objetivo fazer justiça quando aplicada de forma correta, sempre procurando respeitando as normas prevista em lei.<sup>64</sup>

O art. 59, do Código Penal, estabelece que a pena deve ser aplicada de maneira preventiva e da forma mais adequada para alcançar seu objetivo, sendo essa prevenção aplicada para cada indivíduo: a pena é individual, cabendo ao juiz cumprir as exigências legais que a determina, procurando fazer a distinção na hora de sua da individualização.<sup>65</sup>

As circunstâncias Judiciais que são adotadas pelo Código Penal, na hora da fixação da pena, contrariam o que define a Constituição Federal, art. 5º, XLVI. Sabemos que a vigência do Código Penal Brasileiro é anterior a Constituição Federal, porém ela é obrigatoriamente uma referência à ser seguida pelo legislador, uma vez que o Estado Democrático de Direito, pilar do nosso ordenamento jurídico, tem adota o direito penal do fato como elemento balizador da conduta do indivíduo; ou seja, o réu é penalizado pelo que faz, ou, em alguns casos, quando ele deixa de fazer, pois o que se leva em conta são as suas condutas, sejam elas omissivas ou comissivas. Portanto, o indivíduo nunca deverá ser responsabilizado criminalmente pelo que ele é ou deixou de ser.<sup>66</sup>

Para Salo de Carvalho o uso das circunstâncias, da reincidência e dos maus antecedentes, mesmo sendo reconhecida, na hora da aplicação da pena, seve para qualificar ou para impedir o exercício de alguns direitos do réu. Outrossim, as avaliações que são feitas na primeira e segunda fase da dosimetria da pena, violam expressamente o que se defende no direito penal do fato, vez que a avaliação delas são feitas de forma subjetiva, considerando a conduta moral do indivíduo, ao invés de fazer uma análise objetiva do fato em si.<sup>67</sup>

Segundo Ferrajoli:

“O Estado não tem o direito de forçar os cidadãos a não serem malvados, mas só o de impedir que se danem entre si, razão pela a

---

<sup>64</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 317-318. v. 1.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 318.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 317.

<sup>67</sup> CARVALHO, Saulo apud Ibidem, p. 320.

qual tampouco tem o direito de alterar (reeducar, redimir, recuperar, ressocializar ou outras ideias semelhantes) a personalidade dos réus. E o cidadão, embora tenha o dever jurídico de não cometer fatos delitivos, tem o direito de ser interiormente malvado e de seguir sendo o que é.”<sup>68</sup>

Portanto, o magistrado deve priorizar a Constituição Federal na hora da aplicação da pena, sendo que tanto o Código Penal, como as outras leis, servem como ferramentas secundárias pela busca da justiça, posto que a Constituição Federal, através dos seus princípios constitucionais, permite a aplicação de uma pena mais adequada sem cometer nenhuma injustiça.<sup>69</sup>

## 2.2 Método de fixação da pena

Conforme a Constituição Federal, em seu art. 93, inciso IX, o julgador deverá realizar a individualização da pena de maneira fundamentada, evidenciando de forma objetiva os motivos que constituem sua decisão, devendo ele se valer do método trifásico de aplicação de pena, prevista no art. 68, do CP. Esse método deve ser rigorosamente cumprido pelo juiz para que sua manifestação e motivação não gere nulidade de sua decisão.<sup>70</sup>

Após a fixação da pena-base, nos termos do art. 59, *caput*, do CP, segue a definição da pena provisória para, em último momento, ser composta pena definitiva. Na primeira fase da fixação da pena, chega-se ao patamar inicial que é conhecido como pena-base, que é colhida através da análise das circunstâncias judiciais, elencadas no art. 59, *caput*. Após esta fase da dosimetria, são analisadas as circunstâncias atenuantes e agravantes, conhecida como segunda fase da fixação da pena, para, por fim, serem aferidas as causas de aumento e diminuição de pena. Nessa última fase o juiz fixará o regime inicial de cumprimento da pena, definindo se o réu iniciará a reprimenda no regime fechado, semiaberto ou aberto e, se possível for a substituição a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> FERRAJOLI, Luigi apud QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 317. v. 1.

<sup>69</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 317. v. 1.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 317.

<sup>71</sup> Ibidem, p. 327.

### 2.3 Método trifásico

Advinda o pensamento iluminista e das conquistas da Revolução Francesa, a individualização da pena conquistou seu espaço na Constituição Federal do Brasil, tendo previsão no art. 5º, inciso XLVI, com o seguinte redação: “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”. O objetivo da Constituição é que essas medidas de “garantias criminais repressivas” sejam legalmente fundamentadas.<sup>72</sup>

Ainda que, o método de individualização da pena trazido pelo legislador ofereça ao magistrado certo poder de decisão na hora de efetuar o cálculo da pena, ainda assim, fica ele obrigado a cumprir o que está na lei, como bem declarou Nelson Hungria: “o que se pretende é a individualização racional da pena, adequação da pena ao crime e à personalidade do criminoso, e não a ditadura judicial, a justiça de *cobra-cega*”.<sup>73</sup>

Logo, o legislador foi bem claro em exigir que, tudo aquilo que não for exato, deverá ser fundamentado, deixando bem evidente cada circunstância averiguada, para assim facilitar a compreensão de valorações positivas e/ou negativas.<sup>74</sup>

Contudo, no que pese a individualização da pena, a Constituição Federal, no seu art. 5º, incisos XXXIX e XLVI, deixou consignado que a imputação de pena tem que, necessariamente, ter previsão legal, pois sem esta cominação não há crime. Do outro lado, a individualização da pena é condição para aplicação da reprimenda. A inobservância desses e de outros preceitos se configuram

---

<sup>72</sup> BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.694, de 2012. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 767. v. 1.

<sup>73</sup> Apud Ibidem, p. 767.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 758.

inconstitucionalidade. Outro aspecto importante é a necessidade de se “aplicar os atenuantes legais”, mesmo em casos em que não fizer necessário.<sup>75</sup>

A fixação da pena, que é realizada pelo método da dosimetria da pena, também conhecida como “método de Hungria”, está prevista no art. 68, *caput*, do CP. Ela é dividida em três etapas ou três fases distintas: primeira fase, que fixa a pena-base, prevista no art. 59 do Código Penal. Nesta fase o juiz deve considerar as oito circunstâncias judiciais: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, consequências e circunstâncias do crime e o comportamento da vítima, sendo que a partir dessa análise encontra-se a pena provisória do réu.<sup>76</sup>

De acordo com Paganella, para se encontrar a pena-base devem ser seguidos todos os passos dispostos no art. 59, do CP; ou seja, é na primeira fase da dosimetria da pena que se chega na pena inicial, estabelecida em lei, que é a pena em abstrato.<sup>77</sup>

Em seguida, realizar-se-á a segunda fase da dosimetria da pena, partindo-se da pena provisória que sofrerá a incidência das circunstâncias atenuantes e agravantes. Por último, na terceira fase da dosimetria da penas, serão analisadas as causas de aumento e de diminuição da pena.<sup>78</sup>

Desse modo, na segunda fase o legislador não estabeleceu quais seriam as circunstâncias favoráveis ou desfavoráveis ao apenado, deixando a critério do magistrado fazê-la através do processo instrucional, na fase probatória, de acordo com o conteúdo dos fatos e suas circunstâncias.<sup>79</sup>

Cabe ressaltar, a diferença entre majorantes e minorantes, além das denominadas qualificadoras.

---

<sup>75</sup> BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.694, de 2012. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 767. v. 1.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 767.

<sup>77</sup> PAGANELLA apud *Ibidem*, p. 768.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 768.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 768.

“As qualificadoras constituem verdadeiros tipos penais, tipos derivados, estabelecendo novos limites, mínimo e máximo de fixação da pena, enquanto as majorantes e minorantes, como simples causas modificadoras da pena, somente estabelecem a sua variação. Ademais, as majorantes e minorantes funcionam como modificadora na terceira fase do cálculo da pena, o que não ocorre com as qualificadoras, que estabelecem limites mais elevados, dentro dos quais será calculada a pena base.”<sup>80</sup>

Em contrapartida temos também as majorantes e minorantes que não se misturam com as agravantes e as atenuantes genéricas, tendo cada uma delas suas particularidades e denominadas funções.<sup>81</sup>

O Código Penal se organiza da seguinte maneira: na parte geral ficam as atenuantes e as agravantes genéricas, previstas nos arts. 61,62,65 e 66; já as majorantes e as minorantes encontram-se na parte geral e na parte especial, estando elas descritas nos tipos penais.<sup>82</sup>

No entanto, as agravantes e as atenuantes não estabelecem uma quantidade de aumento ou de diminuição, missão esta que fica a critério do juiz, desde que respeite o quantum necessário, que não deve alcançar um sexto da pena para ambas, que é o marco mínimo das majorantes e minorantes. Logo, as majorantes e as minorantes, por seu turno, constituem um valor fixo ou variável, pré-definido em Lei.<sup>83</sup>

Na primeira fase, levam-se em consideração as circunstâncias Judiciais, do art. 59, CP, de modo que, se todas elas forem favoráveis ao réu, isto faz com que a reprimenda fique no mínimo legal, quando da definição da pena base. Porém, se for considerada uma ou mais circunstâncias desfavoráveis, isto será suficiente para elevar a pena base acima do mínimo legal nesta fase da dosimetria. No entanto, quanto mais circunstâncias desfavoráveis, elencadas no art. 59 do

---

<sup>80</sup> BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.694, de 2012. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 766. v. 1.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 766.

<sup>82</sup> Ibidem, p. 766.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 766.

Código Penal, estiverem presentes contra o réu, na primeira fase da dosimetria, mais distante ficará a sua pena do patamar mínimo legal.<sup>84</sup>

A pena provisória, também conhecida como segunda fase da dosimetria da pena, que é aferida pelas agravantes e atenuantes, é verificada logo após encontrada a pena base, na primeira fase. Nesta segunda fase, as circunstâncias agravantes e atenuantes são aferidas e levadas sem consideração tão somente enquanto circunstâncias legais genéricas, não deixando de destacar os casos das preponderantes que aparecem quando as atenuantes competem com as agravantes.<sup>85</sup>

Na terceira fase da dosimetria da pena é tratada a pena definitiva, que acontece na por ultimo, dando início ao cálculo final do método trifásico. Nessa fase avalia-se as causas de aumento e diminuição da pena, tendo as mesmas incidência sobre as penas que foram fixadas nas fases anteriores, tanto nas atenuantes e agravantes, quanto na pena-base. Neste caso, a pena-base pode, ainda, sofrer acréscimo em função da incidência das circunstâncias atenuantes e agravantes, próprias da segunda fase. Essas duas primeiras fases são pressupostos para se chegar a pena definitiva, na terceira fase da dosimetria da pena.<sup>86</sup>

Todavia, a pena-base pode tornar-se definitiva se sobre ela não ocorrer aumento da pena provisória, partido o magistrado direto para a pena definitiva. No momento da pena definitiva o magistrado poderá, na presença de uma ou mais causas majorantes ou minorantes, aumentar ou diminuir somente uma delas, com base no que diz o art. 68, CP, em seu parágrafo único, lembrando-se que essa opção, cabe somente nos casos previstos na Parte Especial do Código.<sup>87</sup>

Diante dos esclarecimentos de Bittencourt, e a luz do entendimento de Capez, as circunstâncias judiciais são analisadas de maneira subjetiva e objetiva. São consideradas circunstâncias subjetivas, aquelas voltadas a examinar o agente em si e não o fato; são elas: os antecedentes, a personalidade, a conduta social, os

---

<sup>84</sup> BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.694, de 2012. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 768. v. 1.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 769.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 773.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 773.



motivos do crime, a reincidência etc. Do outro lado, as circunstâncias objetivas trata do fato em si, como o tempo, o lugar e o modo em que o crime foi cometido.<sup>88</sup>

Dessa forma, os elementos objetivos e subjetivos são circunstâncias elementares que qualificam o crime, mesmo porque na sua ausência o crime continuar a existir, sua função é justificar o aumento ou diminuição da fixação da pena base.<sup>89</sup>

Para os doutrinadores Zaffaroni e Pierangeli:

“Um importantíssimo capítulo do Direito Penal é o da quantificação ou individualização da pena, que se encontra bastante descuidado pela doutrina, pelo menos nestes últimos anos, resultado que é do exagero desenvolvimento que envolveu a teoria do delito, em detrimento deste capítulo, e que, lamentavelmente, compromete tanto as garantias individuais como a segurança jurídica. Um deficiente desenvolvimento do mesmo, sem princípios claros, leva invariavelmente ao campo da arbitrariedade, quando as margens penais apresentam exagerada amplitude e convertem o arbítrio em verdadeira arbitrariedade.”<sup>90</sup>

A Lei nº 7.209/84 deu origem a reforma penal, já o (Decreto-Lei nº 2.848/40), deu surgimento à Parte Geral do Código Penal, e o que se nota é que o legislador teve a intenção de prestigiar o aplicador da lei, tendo em vista o que se observa na Exposição de Motivos.<sup>91</sup>

## 2.4 Classificação das circunstâncias judiciais

As circunstâncias Judiciais como citado anteriormente, podem ser objetivas e subjetivas: as objetivas, também denominadas como reais, são a que se refere a maneira e o meio que o crime foi cometido, tais como o tempo, lugar, ocasião e qualidade da vítima. (CP, Italiano, art. 70, n, 2).<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 354. v. 1.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 354.

<sup>90</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 85.

<sup>91</sup> Ibidem, p. 85.

<sup>92</sup> Apud JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 600. v. 1.

No que referem as circunstâncias subjetivas, elas tratam de características pessoais do indivíduo, não faz nem uma alusão a concretude do crime e nem a pessoa do ofendido. (CP, Italiano, art. 70, n.2).<sup>93</sup>

Para o autor Damásio, as circunstâncias, que se encontra no art. 59, *caput*, CP, podem ser analisadas sob uma outra visão:

- “1º) circunstâncias Judiciais;
  - 2º) legais, que se subdividem em:
    - 2.1. Gerais, comuns ou genéricas, que são:
      - 2.1.1 agravantes (circunstâncias qualificativas);
      - 2.1.2 atenuantes;
      - 2.1.3) causas de aumento e de diminuição de pena
    - 2.2. Especiais ou específicas, que podem ser:
      - 2.2.1 qualificadoras:
      - 2.2.2 causas de aumento ou diminuição da pena
- As circunstâncias legais, previstas especificamente pelo Código Penal, estão contidas na parte Geral e na Parte Especial. Quando prevista na Parte Geral, denominam-se circunstâncias gerais, comuns ou genéricas. Quando descritas na Parte Especial, chamam-se específicas.
- As circunstâncias legais ou genéricas podem ser:
- Agravantes, prevista nos arts. 61 e 62, CP;
  - Atenuantes, previstas no art. 65, CP;
  - Atenuantes inominadas, descritas no art. 66, CP;
  - Causas de aumento ou de diminuição da pena (exs.: arts, 26 § único, e 60, § 1º, CP).
- As circunstâncias legais especiais ou específicas, prevista na Parte Especial do CP, podem ser:
- Qualificadoras (exs.: arts. 121, § 2.º; 155, § 4.º; 157, §3.º etc)
  - Causas de aumento ou diminuição da pena (exs.: arts. 121, §§ 1.º e 4.º; 129, § 4.º; 141, III; 155, § 1.º etc.).”<sup>94</sup>

## 2.5 Principal diferença entre elementar e circunstância

As elementares são figuras imprescindíveis no tipo penal, sem elas não se pode falar em crime, ou mesmo, se retira-la o crime deixa de existir ou passa a ser a outra tipificação. Por exemplo, o Código Penal em seu art. 121, diz: “matar alguém”, é crime.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> Apud JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 600. v. 1.

<sup>94</sup> JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 600-601. v. 1.

<sup>95</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 480. v. 1.

No entanto, se retirarmos o verbo “matar” não se pode mais falar em crime; desse modo, nota-se que a elementar está presente na tipificação sendo o componente principal para tipificar o crime e está localizada no *caput* dos artigos.<sup>96</sup>

Em relação às circunstâncias, elas são tudo aquilo que agrega o tipo penal, mas a sua ausência em nada influencia na tipificação do crime, sua função é somente agravar ou reduzir a pena, e se encontram descritas nos parágrafos do artigo.<sup>97</sup>

As circunstâncias são classificadas da seguinte maneira:

a) de forma objetivas ou reais: no que se refere as condições voltadas para o fato típico, como por exemplo; onde o crime foi cometido, o meio e o *modus operandi* para realizar o crime e outras questões relacionada a ele.

b) subjetivas ou pessoais: buscam analisar questões voltadas ao réu, tais como sua conduta perante o meio social em que vive, não levando em consideração questões voltadas ao crime.<sup>98</sup>

## 2.6 Formas de aplicação das circunstâncias

**a) judiciais:** elas não estão previstas em lei; são fixadas de forma independente pelo o magistrado, com base no que estabelece o art. 59, do CP.

**b) legais:** está prevista no Código Penal, sendo obrigatória a sua aplicação por parte do julgador.

**c) agravantes ou qualificativas:** são as elencadas nos arts. 61 e 62, CP.

**d) atenuantes:** estão no rol dos arts. 65 e 66, CP.

---

<sup>96</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 480. v. 1.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 480.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 480.

**e) Causas de aumento e diminuição:** previstas nos arts.14 parágrafo único, 28, § 2º, 70 e 71, parágrafo único, CP.<sup>99</sup>

Conforme mencionado por Capez, ao longo texto, e por outros autores, que procuraram explicar o método trifásico, criado por Néelson Hungria, se encontra disposto no art. 68, do CP.<sup>100</sup>

Esse método consiste na individualização da pena, e defende que ela seja aplicada da seguinte maneira:

1º) o juiz fixa a pena base de acordo com as circunstâncias judiciais;

2º) o juiz leva em conta as circunstâncias agravantes e atenuantes legais;

3º) o juiz leva em conta as causas de aumento ou de diminuição de pena.<sup>101</sup>

De acordo com art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, que exige que a lei institui a individualização da pena, esse sistema terá que ser obedecido pelo o magistrado ao ser realizado o cálculo da reprimenda, no momento da sentença condenatória.<sup>102</sup>

Vale ressaltar que o julgador no momento da fixação da pena, deverá analisar se tem ou não qualificadoras, elas servem como base para o juiz, saber qual seu ponto de partida para iniciar a dosimetria da pena, se a pena será fixada entre o mínimo ou o máximo prevista na tipificação penal.<sup>103</sup>

É extremamente relevante o juiz analisar se o crime é simples ou qualificado, tendo em vista, que a partir dessa informação, ele irá proceder de tal forma. Por exemplo, se o crime cometido for um homicídio simples, a pena

---

<sup>99</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 481. v. 1.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 482.

<sup>101</sup> Ibidem, p. 482.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 482.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 482.

começará entre o mínimo de 6 anos e o máximo de 20 anos, porém, se existir alguma qualificadora, muda-se o “ponto de partida”, o magistrado aplicará a pena entre o mínimo de 12 e máximo de 30 anos.<sup>104</sup>

Em suma, o juiz ao aplicar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do CP, não é suficiente apenas que ele faça alusão a elas, mas é necessário que ele especifique cada uma de forma concreta. Além do mais, nesta etapa o julgador não pode fixar a reprimenda aquém do mínimo legal, nem além do máximo. Dessa maneira as agravantes e atenuantes, por não estar descrita em lei o quanto deve majorar, fica a critério do magistrado o valor que deve aumentar ou diminuir.<sup>105</sup>

A Súmula 231, do STJ, firmou o entendimento de que o juiz não pode ultrapassar o limite mínimo, e nem o máximo, na hora da fixação da reprimenda; ou seja, se o réu não preencher nenhuma circunstância judicial prevista no art. 59, CP, mesmo, assim, sua pena deve manter-se no mínimo legal, não podendo reduzi-la em função disso.<sup>106</sup>

No entanto, o apenado não poderá ter sua pena reduzida aquém do mínimo, em função de não preencher nenhuma circunstância legal, nem poderá ter sua reprimenda aumentada além do máximo, em face de haverem sido consideradas desfavoráveis todas as circunstâncias judiciais.<sup>107</sup>

---

<sup>104</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 482. v. 1.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 485.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 485.

<sup>107</sup> Ibidem, p. 485.

### 3 REPERCUSSÃO DOS ANTECEDENTES NA FIXAÇÃO DA PENA

#### 3.1 O peso das circunstâncias judiciais na fixação da pena - Art. 59, CP

Ao tratar desse tema ao logo da pesquisa, pude comprovar que o Estado, na figura do juiz, tem como objetivo fiscalizar e julgar os infratores da lei assegurando à sociedade a garantia da ordem jurídica e da paz social.<sup>108</sup>

As fases processuais são ferramentas essenciais para esclarecer o que de fato ocorreu quando do fato delitivo e analisar, ao longo deste processo, o grau de responsabilidade do réu. O objetivo é resgatar o que forma ocorreu com a conduta do apenado, o que deu ensejo a essa conduta, para assim iniciar a ação penal, a partir da formulação de uma denúncia do acusado.<sup>109</sup>

Sabemos também que é na sentença que o Juiz dará o veredito final. Partindo dela não se fala mais em fase probatória, pois o magistrado teve a sua convicção formada. Com a conclusão de todo o processo o magistrado já está apto à atribuir ao réu o peso de sua culpa.<sup>110</sup>

O desfecho final do processo é sintetizado em um documento conclusivo, contida nesta decisão, denominado de sentença, limitado aos preceitos legais, deixando o magistrado de lado as suas convicções pessoais, o qual deve obrigá-lo agir de forma imparcial.<sup>111</sup>

Dessa maneira, a fixação da pena ocorre tendo como fundamento a dosimetria da pena, partindo da pena base, fixada na sua primeira fase, que será responsável pelas fases posteriores onde resultará um quantitativo de pena, como

---

<sup>108</sup> CAMPOS, Mariana Lemos de; TORRES, Nina Ribeiro Batista; CROCHES, Rodrigo Gama. **Formalismo jurídico**: uma análise sobre o artigo 59 do código penal e sua aplicação na sentença penal condenatória. Disponível em: <<http://www.fundamentosdodireito.fadir.ufu.br/anais/Mariana%20Lemos%20e%20outros%20-%20GT%2003%20e%2004.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

<sup>109</sup> Ibidem.

<sup>110</sup> Ibidem.

<sup>111</sup> Ibidem.

resultado final da sentença condenatória. É a partir da pena base que o magistrado chegará ao mínimo ou ao máximo legal da reprimenda.<sup>112</sup>

Dessa forma, é imperioso citar o julgamento do HC 69.141, do Supremo Tribunal Federal:

“O juiz deve demonstrar como chegou à pena que impôs e explicar como a individualizou, não sendo suficientes meras referências genéricas às circunstâncias abstratamente elencadas no art. 59 do CP.

Não basta que o juiz afirme serem desfavoráveis as condições do art. 59, CP, sendo imperiosos que ele destaque, motivadamente, os fatores que explicam o aumento da pena acima do mínimo legal.

É indispensável, sob pena de nulidade, a fixação da pena-base, com apreciação e fundamentação das circunstâncias judiciais, sempre que a pena for aplicada acima do mínimo legal.

No mesmo sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: A simples referência à letra do art. 59 do CP, sem análise das circunstâncias nele contidas, é insuficiente para se considerar motivada a adequação da pena fixada acima do mínimo legal, mesmo porque fica o condenado impedido de conhecer as razões da reprimenda imposta.”<sup>113</sup>

No tocante das circunstâncias judiciais, trazida pelo o art.59, do CP, são elas: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, conseqüências do crime e comportamento da vítima, totalizando-se em 8 (oito) as circunstanciais, sendo que cada uma delas possuem uma função específica na análise da conduta do agente.<sup>114</sup>

Diante da omissão por parte do legislador para tratar especificamente do peso de cada circunstância judicial foi deixado a critério do

<sup>112</sup> CAMPOS, Mariana Lemos de; TORRES, Nina Ribeiro Batista; CROCHES, Rodrigo Gama. **Formalismo jurídico**: uma análise sobre o artigo 59 do código penal e sua aplicação na sentença penal condenatória. Disponível em: <<http://www.fundamentosdodireito.fadir.ufu.br/anais/Mariana%20Lemos%20e%20outros%20-%20GT%2003%20e%2004.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

<sup>113</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **HC 69.141/RJ**. Ementa: [...] Relator: Min. Celso de Mello. DJ de 28.08.1992. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6479521/apelacao-crime-acr-1559660-pr-0155966-0/inteiro-teor12591435>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

<sup>114</sup> Ibidem.

magistrado essa função de relacionar os elementos contidos no art. 59, CP, com a conduta do agente.

No entanto, o julgador, com o intuito de ser justo e evitar uma possível anulação da sentença que proferiu, baseia-se em um cálculo para conseguir chegar no resultado final da pena base. Esse cálculo é um critério subjetivo e objetivo, usado por cada julgador e segue a seguinte forma: “deve realizar a divisão de três anos (ou seja, 36 meses) por oito circunstâncias, o que dará o total de quatro meses e quinze dias para cada circunstância”.<sup>115</sup>

Cabe ressaltar, que o magistrado no primeiro momento analisa o tipo de crime que o réu cometeu, e conseqüentemente ele saberá qual o limite mínimo e máximo fixado no tipo penal. Após esta análise, o juiz deve diminuir a reprimenda máxima da mínima, por exemplo, o art. 121, caput, do CP, diz: reclusão de 06 (seis) a 20 (vinte) anos, logo, o magistrado deve trabalhar com o intervalo de 14 (quatorze) anos ao examinar as circunstâncias judiciais.<sup>116</sup>

Nesse sentido, o julgamento da APR 20060110084713, do acórdão número 408.700 do TJDF, a qual decidiram da seguinte maneira:

“Para se verificar a correta fundamentação da dosimetria da pena não é necessário que o magistrado indique o quantum estipulado para cada circunstância analisada desfavoravelmente de forma exaustiva, sendo suficiente demonstrar a motivação que o levou ao patamar estipulado.”<sup>117</sup>

Diante da citação acima, conclui-se que esse critério utilizado pelos juízes para avaliar as circunstâncias não é de caráter obrigatório, visto que, o legislador não criou regras para sua aplicação. Por isso, devem ser levados em

---

<sup>115</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **HC 69.141/RJ**. Ementa: [...] Relator: Min. Celso de Mello. DJ de 28.08.1992. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6479521/apelacao-crime-acr-1559660-pr-0155966-0/inteiro-teor12591435>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

<sup>116</sup> Ibidem.

<sup>117</sup> Idem. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 1ª Turma Criminal. **Acórdão 408.700**. Ementa: [...] Relator: Edson Alfredo Smaniotto. Brasília, DF, 28 jan. 2010. DJ de 28.01.2010. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 17 set. 2016.



consideração outros fatores que deixam claro para o apenado o que foi levado em consideração para o resultado da pena aplicada na sentença.<sup>118</sup>

### 3.2 Antecedentes em confronto com as demais circunstâncias judiciais

Conforme já discutido, ao longo da pesquisa, é oportuno ressaltarmos do art. 59 do CP e a importância da primeira fase da aplicação da pena, devendo o magistrado se atentar para alguns dos critérios na aplicação dos requisitos deste artigo. Muito embora ele não seja exclusivamente um critério objetivo, também subjetivo, o aplicador do direito deve estar atento e obedecer os fundamentos que norteiam os requisitos contidos no método.<sup>119</sup>

Na aplicação das circunstâncias judiciais, advinda do art. 59, do CP, não basta apenas o juiz mencioná-las, é preciso demonstrar os seus elementos concretizadores, previsto em cada uma delas, visto que a simples alusão a elas não é suficiente para sua aplicação.<sup>120</sup>

O Código Penal, no art. 59, traz a seguinte redação:

“O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]”<sup>121</sup>

A culpabilidade é a primeira circunstância judicial descrita no rol do art. 59, CP, embora esta expressão não tenha sido a melhor expressão definida pelo legislador, porque ela retrata um “juízo de reprovação exercido sobre o autor de um fato típico e ilícito”. Esse é um requisito essencial para aplicação da sanção.<sup>122</sup>

---

<sup>118</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 1ª Turma Criminal. **Acórdão 408700**. Ementa: [...] Relator: Edson Alfredo Smaniotto. Brasília, DF, 28 jan. 2010. DJ de 28.01.2010. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 17 set. 2016.

<sup>119</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 484. v. 1.

<sup>120</sup> Ibidem, p. 484.

<sup>121</sup> BRASIL. **Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2016.

<sup>122</sup> CAPEZ, op. cit., p. 485.

No entanto, para o indivíduo responder por um crime é necessário que sua conduta tenha incorrido na culpabilidade, sendo ela um pressuposto para que o réu responda por determinado fato. Dessa forma, se a conduta do apenado não enquadra-se nos requisitos da culpabilidade, para o Código Penal Brasileiro esse indivíduo não cometeu crime e nem será condenado.<sup>123</sup>

Cabe ressaltar que o legislador procurou valorizar a intensidade da culpabilidade do indivíduo e não apenas a sua caracterização, como um fato típico e ilícito, visto que o grau de culpabilidade é um fator determinante para a quantificação da pena do réu.<sup>124</sup>

Contudo, não só a proporção da culpa e a intensidade do dolo mensura a pena do réu, mas, também, outras circunstâncias pessoais e sociais do agente, como os atos exteriores por ele praticados, sua vontade no cometimento do crime, seu perfil ético e moral diante da sociedade e da comunidade em que vive. Todos esses são quesitos considerados pelo magistrado na fase da fixação da pena.<sup>125</sup>

Para Capez os antecedentes referem-se ao histórico da vida pregressa do indivíduo. Nele é analisado se ele teve bom ou mau comportamento, durante todo o seu histórico de vida antes de cometer o crime. Esse conceito era mais amplo, porque fazia alusão também “ao comportamento social, relacionamento familiar, disposição para o trabalho, padrões éticos e morais perante etc.”<sup>126</sup>

Com o advento da nova lei penal, surgiu um novo entendimento acerca dos antecedentes e acabou criando uma nova circunstância judicial, denominada conduta social. Conseqüentemente, o conceito de antecedentes mudou de vertente e seu significado restou somente em ocorrências policiais e processos criminais.<sup>127</sup>

---

<sup>123</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 485. v. 1.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 485.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 485.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 485.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 486.

Entretanto, a definição de maus antecedentes passou a ser “os delitos que o condenado praticou antes dos motivos que geraram a sua condenação. Os delitos praticados posteriormente não concretizam os maus antecedentes”.<sup>128</sup>

No que diz respeito ao posicionamento jurisprudencial, ainda está bem indefinido o conceito de bons antecedentes. O entendimento da corrente majoritária é que os inquéritos policiais e ações penais em andamento não são considerados como fundamentos, capaz de caracterizar maus antecedentes.<sup>129</sup>

O Superior Tribunal de Justiça em alguns julgados entendeu da seguinte maneira:

“PENAL. PROCESSUAL. TOXICOS. RÉU QUE RESPONDEU SOLTO AO PROCESSO. DIREITO DE APELAREM LIBERDADE. CPP, ART. 594.

1. O réu primário e de bons antecedentes, que respondeu solto a todo o processo, tem o direito de aguardar solto o resultado do julgamento da apelação.

2. Primariedade não se confunde com bons antecedentes. O réu é primário se não teve condenação criminal anterior. Tem bons antecedentes se ostenta vida pregressa limpa, bom conceito social, reputação ilibada, nenhum envolvimento com o crime.

3. Recurso conhecido, mas improvido.”<sup>130</sup>

A conduta social foi incluída no art. 59, CP, com a reforma penal e passou a ser conceituada em uma perspectiva mais ampliada. Sua análise é feita com base nas atividades relacionadas ao trabalho do indivíduo, seu comportamento no meio familiar e social, dentre outros lugares de seu convívio.<sup>131</sup>

“O Supremo Tribunal Federal teve ocasião de afirmar que antecedentes criminais não se confundem com conduta social. Conduta social supõe avaliação do “comportamento do condenado no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com

---

<sup>128</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 486. v. 1.

<sup>129</sup> BASTOS, Marcus Vinicius Reis. **Anotações da disciplina Processo Penal III**, curso de Direito, Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Brasília: 2016.

<sup>130</sup> Apud Ibidem.

<sup>131</sup> CAPEZ, op. cit., p. 489.

os outros indivíduos”. (RHC nº 130.132-MS, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavaski, unânime, julg. em 10.05.2016).<sup>132</sup>

Com relação à personalidade do indivíduo, esta faz uma análise relacionada a sua índole, o seu comportamento psicológico e moral. Essa definição é de responsabilidade da área da psicologia e de psiquiatria. Não cabe ao profissional do direito esse tipo de investigação. Isso ocorre porque o estudo da personalidade do indivíduo exige um conhecimento técnico, uma investigação desde sua infância, sua capacidade de interagir no meio em que vive, seu histórico psíquico e se ele sofreu algum trauma psicológico ao longo de sua vida.<sup>133</sup>

Contudo, se o agente tem a índole voltada para atos de brutalidade, frieza na sua conduta, violência e não demonstra arrependimento, não se sentindo culpado pelo o que fez, isso caracteriza no indivíduo uma personalidade negativa.<sup>134</sup>

Os motivos do Crime são causas conhecidas como motivadoras do crime, que tem uma característica psicológica que leva o indivíduo a realizar determinada conduta. É na hora da aplicação da pena que essas considerações influenciam na quantificação e definição da pena porque leva-se em conta se o crime foi cometido por algum motivo que seja relevante, ou se possui uma maior ou menor justificativa.<sup>135</sup>

Circunstâncias e conseqüências do crime são analisadas de forma genérica, possuindo duas características: uma objetiva e outra subjetiva, sendo que não houve a discussão desta última em nenhum dispositivo do Código Penal. As circunstâncias são analisadas com base no tempo em que o agente levou para cometer o crime, se ele demonstrou maior coragem para praticar o ato, aferindo, assim, sua afinidade com a conduta, se ele foi ou não frio com a vítima.

A análise do comportamento da Vítima é muito importante para o juiz. É aqui que se verifica se o crime foi cometido mediante contribuição da vítima,

---

<sup>132</sup> Apud BASTOS, Marcus Vinicius Reis. **Anotações da disciplina Processo Penal III**, curso de Direito, Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Brasília: 2016.

<sup>133</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 489. v. 1.

<sup>134</sup> Ibidem, p. 489.

<sup>135</sup> Ibidem, p. 486.

sendo este um motivo para abrandar a reprimenda do condenado. Apesar de não existir no Direito Penal a responsabilização por culpas da vítima, porém, se a vítima contribuiu para o crime a pena do réu pode ser reduzida.<sup>136</sup>

Existem estudos que relatam os casos de “vitimologia”, sendo estes aquelas situações que ocorrem quando a própria vítima leva o indivíduo a cometer o crime. Por exemplo, “a jovem de menor pudor pode induzir o agente de estupro pelas suas palavras, roupas e atitudes imprudentes; as prostitutas e os marginais, também, são vítimas em potencial” dos crimes que os acometem. Embora o comportamento do acusado não justifica o crime, ela será utilizado pelo juiz em favor do apenado para reduzir o grau de reprovação do mesmo.<sup>137</sup>

### 3.3 Antecedentes e elevação da pena acima do mínimo legal

No que concerne a aplicação da pena existem regras no Código Penal Brasileiro que devem ser seguidas pelo magistrado, devendo este analisar “*ab initio*” qual a modalidade do crime, se o crime foi cometido de maneira simples ou de forma qualificada. Assim, o magistrado saberá de onde começar à aplicação da pena.<sup>138</sup>

É necessário o juiz iniciar a dosimetria da pena sempre pelo mínimo legal, justificando a presença de cada circunstância considerada desfavorável ou favorável ao apenado. A ausência de justificativa dos motivos da aplicação da pena por parte do magistrado gera, obrigatoriamente, a sua nulidade.<sup>139</sup>

Na primeira fase da dosimetria da pena o legislador não criou possibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo legal, mesmo se todas as circunstâncias judiciais forem consideradas favoráveis ao réu. Do outro lado, o juiz

---

<sup>136</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 490. v. 1.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 490.

<sup>138</sup> Ibidem, p. 484.

<sup>139</sup> Ibidem, p. 484.

não pode aumentá-la acima do máximo legal mesmo que todas as circunstâncias sejam desfavoráveis ao apenado.<sup>140</sup>

Em relação à circunstância judicial dos maus antecedentes, existem diversos entendimentos na doutrina: para uns é possível, enquanto que para outros é impossível, considerar a elevação da pena base, acima no mínimo legal, em decorrência do agente possuir maus antecedentes, mesmo após o esgotamento do prazo de cinco anos do trânsito em julgado da sentença condenatória, se possível, com a utilização, dos inquéritos policiais e dos processos em andamento para fins de avaliação dos antecedentes.<sup>141</sup>

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou acerca da utilização de inquéritos policiais e processos em andamento, no seguinte sentido:

“PENAL. PROCESSUAL. TOXICOS. RÉU QUE RESPONDEU SOLTO AO PROCESSO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. CPP, ART. 594.

1. O réu primário e de bons antecedentes, que respondeu solto a todo o processo, tem o direito de aguardar solto o resultado do julgamento da apelação.

2. Primariedade não se confunde com bons antecedentes. O réu é primário se não teve condenação criminal anterior. Tem bons antecedentes se ostenta vida pregressa limpa, bom conceito social, reputação ilibada, nenhum envolvimento com o crime.

3. Recurso conhecido, mas improvido. (RHC nº 4.965/SP, 5ª Turma, rel. Min. Edson Vidigal, unânime, DJU I de 18.03.96, p. 7.586)

CRIMINAL. ESTELIONATO. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. CONSIDERAÇÃO DE INQUÉRITOS E PROCESSOS NÃO FINDOS COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE AUTORIA. SÚMULA 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FUNDAMENTOS NÃO IMPUGNADOS. SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...] É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça referente à impossibilidade de, em respeito ao princípio da presunção

<sup>140</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 484. v. 1.

<sup>141</sup> BASTOS, Marcus Vinicius Reis. **Anotações da disciplina Processo Penal III**, curso de Direito, Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Brasília: 2016.

da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), inquéritos e processos em andamento serem considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base.

[...] É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles." (Súmula do STF, Enunciado nº 283)

5. Recurso não conhecido. (RESP nº 278.187/TO, 6ª Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, unânime, DJU I de 27.08.01, p. 425).<sup>142</sup>

Em outro julgado, diferentemente, a Corte Superior entendeu da seguinte maneira:

“PENAL. INQUÉRITOS E PROCESSOS E MANDAMENTO. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. PENA. EXACERBAÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. AGRAVAÇÃO.

1 – Ainda que seja o réu tecnicamente primário, no sentido de que não conta com nenhuma condenação passada em julgado, a existência de inquéritos e ações penais em andamento são determinantes de maus antecedentes, tendo influência direta na exacerbação da pena e/ou na agravação do regime prisional. Precedentes do STF e desta Corte.

2 –Ordem denegada.”<sup>143</sup>

Nota-se que nas citações acima o Superior Tribunal de Justiça teve entendimentos diferentes. Em um dos julgados ele entende ser impossível utilizar-se dos recursos de inquéritos policiais, bem como os processos investigatórios em andamento, considerados como maus antecedentes, para aumentar a pena-base do indivíduo. No entendimento do STJ, ao utilizar desses meios o legislador estaria

---

<sup>142</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC 79966/SP**. Ementa: [...] Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 04 fev. 2000. DJ de 14.02.2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14827050/habeas-corpus-hc-79966-sp-stf>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

<sup>143</sup> Idem. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **HC 14.133/SP**. Ementa: [...] Relator: Ministro Fernando Gonçalves. São Paulo, SP, 13 fev. 2001. DJ de 12.03.2001. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8056810/habeas-corpus-hc-14133-sp-2000-0083548-0-stj>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

violando o Princípio da Presunção de Inocência, preceito inscrito no inciso LVII, art. 5º, Constituição Federal.<sup>144</sup>

Em outro momento, o STJ vai se manifestar de forma diferente, se posicionou a favor da utilização dos inquéritos policiais, e dos processos em andamento, para aumentar à pena-base, considerando que esses recursos são fundamentais para aplicação da pena.<sup>145</sup>

A Suprema Corte do País, o STF, por sua vez, entendeu da seguinte maneira a utilização dos antecedentes na fixação da pena do réu:

“PENAL. HABEAS CORPUS. PENA BASE. REU DE MAUS ANTECEDENTES.

I. Pena base fixada tendo em consideração a circunstância, dentre outras, de ser o réu de maus antecedentes, já que respondia a outros processos e já sofrera condenação criminal.

II. Habeas corpus indeferido.”<sup>146</sup>

Diante do exposto, percebe-se que são divergentes os entendimentos entre os Ministros do STF sobre o juízo negativo de maus antecedentes, por meio do uso de Inquéritos Policiais instaurados, ou de processo penais em curso, conforme mostra o julgado abaixo:

“HABEAS CORPUS. INJUSTIFICADA EXACERBAÇÃO DA PENA COM BASE NA MERA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS OU DE PROCESSOS PENAIS AINDA EM CURSO. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII). PEDIDO DEFERIDO, EM PARTE.

O princípio constitucional da não-culpabilidade, inscrito no art. 5º, LVII, da Carta Política não permite que se formule, contra o réu, juízo negativo de maus antecedentes, fundado na mera instauração de inquéritos policiais em andamento, ou na existência de processos

---

<sup>144</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **HC 14.133/SP**. Ementa: [...] Relator: Ministro Fernando Gonçalves. São Paulo, SP, 13 fev. 2001. DJ de 12.03.2001. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8056810/habeas-corporus-hc-14133-sp-2000-0083548-0-stj>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

<sup>145</sup> Ibidem.

<sup>146</sup> Apud BASTOS, Marcus Vinicius Reis. **Anotações da disciplina Processo Penal III**, curso de Direito, Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Brasília: 2016.



penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso, revelando-se arbitrária a exacerbação da pena, quando apoiada em situações processuais indefinidas, pois somente títulos penais condenatórios, revestidos da autoridade da coisa julgada, podem legitimar tratamento jurídico desfavorável ao sentenciado. Doutrina. Precedentes. (HC nº 79.966-SP, 2ª Turma, rel. p/acórdão Min. Celso de Mello, maioria, DJU I de 29.08.2003).<sup>147</sup>

A grande discussão refere-se se está correto ou não a utilização dos inquéritos policiais e processos em andamento para considerá-los como maus antecedentes no momento do cálculo da pena. Visto que, hoje, não existe um posicionamento único, com base nos entendimentos dos tribunais, pois não se tem uma decisão específica, de modo que cada tribunal tem o seu entendimento acerca da discussão.<sup>148</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, publicou a súmula nº 444 expressamente definido que: “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.<sup>149</sup>

Para os que defendem o uso dos inquéritos policiais e processos em andamento no cálculo da pena, além de ferir o princípio da presunção de inocência, ainda incorrem no risco de no final da ação penal atribuir ao agente uma culpa que reconhecidamente não será dele, quando de sua absolvição no momento da prolação da sentença condenatória. Além disso, a utilização destes poderá acarretar outras consequências na vida do indivíduo, inocentado pela justiça.<sup>150</sup>

Cabe ressaltar, ainda, que há uma diferença entre o conceito de maus antecedentes em relação ao conceito de reincidência. Enquanto que a reincidência possui seu próprio conceito, no caso dos maus antecedentes o legislador não o definiu. Deste modo, se o apenado comete um novo crime entre o

---

<sup>147</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 3ª Turma Criminal. **APR 2009.01.1.041389-8**. Ementa: [...] Relator: João Batista Teixeira. DJ de 20.02.2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117696113/apelacao-criminal-apr-20090110413898/inteiro-teor-117696129>>. Acesso em: 05 set. 2016.

<sup>148</sup> Ibidem.

<sup>149</sup> Ibidem.

<sup>150</sup> Ibidem.

período depurador de cinco anos, com sentença transitada em julgado, em tese, ele é considerado reincidente.<sup>151</sup>

Mas o apenado nem sempre é considerado reincidente se for condenado novamente, antes de completar os cinco anos, a contar do trânsito em julgado da sentença.<sup>152</sup> Visto que, se o indivíduo possui mais de uma reincidência, neste intervalo de cinco anos, uma será tida como reincidência e a outra com maus antecedentes; mas, a mesma “folha”, ou mesmo fato, não pode ser computado simultaneamente para o mesmo fim: como reincidência e como maus antecedentes. Nesta hipótese haveria o risco de submeter o réu à pena de *bis in idem*.<sup>153</sup>

A respeito do assunto, o Superior Tribunal de Justiça, tem se posicionado de diferentes maneiras, ao deparar com réu com mais de uma “folha” de reincidência, vez entendido que uma deve ser considerada como maus antecedentes e a outra reincidência. Mas há precedentes com entendimento de forma contrária, que aposta na impossibilidade do desmembramento entre as diversas “folhas” de reincidência do réu.<sup>154</sup>

Cabe destacar algumas minúcias em relação as divergências de como se deve aplicar a reincidência e os maus antecedentes no momento da aplicação da pena. Neste sentido, se mostra necessário observarmos o entendimento do senhor Desembargador João Batista Teixeira, da Terceira Turma Criminal, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.<sup>155</sup>

Segundo ele o aumento da pena na primeira fase da dosimetria, em razão dos maus antecedentes, a mais de cinco anos, caracteriza pena perpétua, vez que, o art. 64, inciso I, do CP, trás em sua redação o prazo prescricional de cinco anos, na face da reincidência. Para ele, esse prazo deve ser aplicado por analogia

---

<sup>151</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 3ª Turma Criminal. **APR 2009.01.1.041389-8**. Ementa: [...] Relator: João Batista Teixeira. DJ de 20.02.2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117696113/apelacao-criminal-apr-20090110413898/inteiro-teor-117696129>>. Acesso em: 05 set. 2016.

<sup>152</sup> BASTOS, Marcus Vinicius Reis. **Anotações da disciplina Processo Penal III**, curso de Direito, Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Brasília: 2016.

<sup>153</sup> Ibidem.

<sup>154</sup> Ibidem.

<sup>155</sup> Ibidem.

aos antecedentes porque a Constituição Federal veda, expressamente, as penas de caráter perpétuo, como está definido no art. 5º, XLVII.<sup>156</sup>

Julgamento da Apelação Criminal: APR 20090110413898 da terceira Turma Criminal, do TJDF, acerca do tema, assim decidiu o relator presidente Senhor Desembargador João Batista Teixeira:

“PENAL. PROCESSO PENAL. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PROVA SUFICIENTE. APREENSÃO DA ARMA DE FOGO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CONDENAÇÃO ANTERIOR. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. REINCIDÊNCIA. NÃO CABIMENTO. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES. VIABILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA.

Da exclusão da valoração desfavorável dos antecedentes Pleiteia a defesa a fixação da pena-base no mínimo legal, afastando-se a valoração desfavorável dos antecedentes do réu, uma vez que, a título de reincidência, as condenações são desconsideradas após cinco anos, o que também deveria ocorrer em relação à citada circunstância judicial, a qual não pode se perpetuar de forma eterna. Acrescenta que a Constituição Federal veda as penas de caráter perpétuo.

Razão lhe assiste: [...].<sup>157</sup>

Assim, entendeu não ser possível usarem as condenações anteriores quando a pena estiver sido extinta a mais de cinco anos, para considerar como aumento da pena base se utilizando dos maus antecedentes.<sup>158</sup>

Conforme o art. 64, inciso I, do Código Penal, diz não ser possível após cinco anos da data do cumprimento ou extinção da pena imposta pela condenação anterior, a reincidência não poderá mais ser considerado, porque e

---

<sup>156</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 3ª Turma Criminal. **APR 2009.01.1.041389-8**. Ementa: [...] Relator: João Batista Teixeira. DJ de 20.02.2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117696113/apelacao-criminal-apr-20090110413898/inteiro-teor-117696129>>. Acesso em: 05 set. 2016.

<sup>157</sup> Ibidem.

<sup>158</sup> Ibidem.

perde sua força e não será vista como reincidência, caso o agente volte a delinquir, será considerado tecnicamente primário.<sup>159</sup>

O legislador quis eliminar a mácula referente a reincidência, por esse motivo criou um lapso temporal, não permitindo que se utilize de condenações anteriores para causar prejuízo ao acusado, porque as condenações remanescentes estão desprovidas de qualquer efeitos jurídicos.<sup>160</sup>

Tendo em vista que a Constituição Federal reprime com veemência a perpetuação dos efeitos da condenação penal com base na alínea “b” do inciso XLVII do art. 5º, coibindo as penas de “caráter perpetuo”, a qual também fere os princípios do Direito Penal Contemporâneo, que busca a ressocialização do indivíduo.<sup>161</sup>

Dessa forma, quando a pena for cumprida ou extinta em período maior de cinco anos, e, mesmo assim, o acusado ter sua pena aumentada em razão de sido considerado desfavorável qualquer circunstância judicial, isso que dizer que os efeitos de uma condenação seguirá o réu por toda sua vida, com uma inquestionável violação ao princípio constitucional supracitado.<sup>162</sup>

Por outro lado, ao fazer um análise desfavorável das circunstâncias judiciais, demonstra uma clara violação do direito a liberdade, na forma em que provoca o aumento na fixação da pena-base, elevando-a a patamar acima do mínimo previsto em lei, dessa forma, mesmo que a fixação da pena seja realizada com certa discricionariedade pelo magistrado, isso não é absoluto, deve ser respeitado os princípios constitucionais e os legais.<sup>163</sup>

Cabe ressaltar, que a vedação ou qualquer outra limitação dos direitos fundamentais de caráter individual, seja através de avaliação desfavorável

---

<sup>159</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 3ª Turma Criminal. **APR 2009.01.1.041389-8**. Ementa: [...] Relator: João Batista Teixeira. DJ de 20.02.2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117696113/apelacao-criminal-apr-20090110413898/inteiro-teor-117696129>>. Acesso em: 05 set. 2016.

<sup>160</sup> Ibidem.

<sup>161</sup> Ibidem.

<sup>162</sup> Ibidem.

<sup>163</sup> Ibidem.

dos maus antecedentes ou qualquer outra circunstância judicial, baseada em condenação anterior que já tenha tido a pena cumprida ou extinta a mais de cinco anos, é imprescindível o apoio em texto constitucional ou legal, sob pena de violar o princípio constitucional da legalidade.<sup>164</sup>

Permitir que a imputação dos maus antecedentes seja considerado como circunstância judicial desfavorável ao acusado sem definir um lapso temporal, é uma afronta ao princípio da legalidade, extinguindo o direito fundamental à liberdade e violando preceitos legais.<sup>165</sup>

No entanto, se o legislador não definiu um intervalo de tempo para considerar os maus antecedentes na hora da fixação da pena, em razão do cumprimento do princípio da liberdade “e sob pena de fugir das barreiras imposta pela legalidade, não cabe o intérprete fazê-lo”.<sup>166</sup>

“[...] assim, àqueles que, após condenação, cumpriram ou tiveram extintas suas penas, há mais de cinco anos, não pode ser fixada mácula destinada a persegui-los, de forma indiscriminada e irrestrita, por toda a vida. Este, definitivamente, não foi o intuito do constituinte, que vedou a determinação de penas de caráter perpétuo, e tampouco do legislador que, não sem propósito, não fixou prazo para a possibilidade de se analisar os antecedentes de maneira desfavorável, o que faz presumir a prevalência do direito à liberdade e impõe ao intérprete a sua concretização.”<sup>167</sup>

Dessa forma, se a condenação precedente não serve para considerar a reincidência como forma de agravar a pena do réu, na segunda fase da dosimetria, por já ter se expirado pelo decurso de tempo superior a cinco anos, tampouco servirá para considerar os antecedentes, tendo esse vista, que esse instituto deverá ser aplicado por analogia conforme ao art. 64, inciso I do Código

---

<sup>164</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 3ª Turma Criminal. **APR 2009.01.1.041389-8**. Ementa: [...] Relator: João Batista Teixeira. DJ de 20.02.2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117696113/apelacao-criminal-apr-20090110413898/inteiro-teor-117696129>>. Acesso em: 05 set. 2016.

<sup>165</sup> Ibidem.

<sup>166</sup> Ibidem.

<sup>167</sup> Ibidem.

Penal, na primeira fase da aplicação da pena prevista no art. 59, do Código Penal, na análise da circunstância judicial do maus antecedentes.<sup>168</sup>

Assim, o que se extrai desse julgado é o claro entendimento a respeito aos princípios constitucionais, da legalidade, da não-culpabilidade e da presunção de inocência, visto que a Constituição Federal combate com veemência a pena de caráter perpétuo, visando atender o objetivo do “Código Penal”, e sua interpretação contemporânea, que tem como propósito a ressocialização do criminosos e sua inserção social.<sup>169</sup>

Em outro ponto, o magistrado deixou bem claro a omissão do legislador em não estabelecer um prazo para a fixação dos maus antecedentes. Porém, segundo ele, se o legislador não estabeleceu esse prazo para considerá-lo como maus antecedentes, não cabe ao julgador interpretá-lo em desfavor do apenado, considerando-o eterno, por simplesmente não estar expresso na legislação.<sup>170</sup>

Ainda sobre o julgado, o magistrado também criticou a maneira em que os maus antecedentes são interpretados, sem qualquer limitação temporal, quando considerado como circunstância judicial desfavorável ao réu, desprovido de qualquer fundamento legal, excedendo o limite da legalidade.<sup>171</sup>

Em suma, o julgador entende que se já ultrapassou o período depurador de cinco anos, não se pode falar em reincidência e tampouco em maus antecedentes.<sup>172</sup>

Conforme estabelece o art. 64, inciso I, do CP:

---

<sup>168</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 3ª Turma Criminal. **APR 2009.01.1.041389-8**. Ementa: [...] Relator: João Batista Teixeira. DJ de 20.02.2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117696113/apelacao-criminal-apr-20090110413898/inteiro-teor-117696129>>. Acesso em: 05 set. 2016.

<sup>169</sup> Ibidem.

<sup>170</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **HC 119.200/RS**. Ementa: [...] Relator: Min. Dias Toffoli. Paraná, RS, 11 fev. 2014. DJ de 24.08.2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5399966>>. Acesso em: 05 set. 2016.

<sup>171</sup> Ibidem.

<sup>172</sup> Ibidem.

“Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional.”<sup>173</sup>

Se essa anotação na folha do agente não serve para ser aferida como circunstância agravante da reincidência, não faz nenhum sentido utilizá-la como maus antecedentes, devendo o magistrado aplicá-la por analogia em conformidade ao dispositivo supracitado.<sup>174</sup>

Neste sentido se posicionou o Supremo Tribunal Federal, com o voto do Min. Luiz Fux:

“RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA OMISSÃO CONTIDA NO ARESTO IMPUGNADO. NÃO OCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA CAUSA DECIDIDA. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. RAZOABILIDADE DA ADOÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO EM 1/6 A TÍTULO DE REINCIDÊNCIA

[...] Penso que eventuais deslizes na vida pregressa do sentenciado que não tenha, há mais de cinco anos, contados da extinção de pena anterior que lhe tenha sido impostos, voltados a delinquir, não podem mais ser validamente sopesados como circunstâncias judiciais desfavoráveis (CP, art. 59), sob pena de perpetuação de efeitos que a lei não prevê e que não se coadunam com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e do caráter socializador da reprimenda penal.”<sup>175</sup>

O indivíduo não pode ser responsabilizado eternamente por falhas ocorridas na sua vida pretérita, sendo, por isso, penalizado por crime que ele já tenha cumprido sentença. Tendo o indivíduo o “direito ao esquecimento”, não tem sentido que os efeitos de uma condenação já extinta perdurem infinitamente.<sup>176</sup>

Portanto, o legislador criou um prazo delimitador para a reincidência, que perfaz um período de cinco anos, fazendo com que os seus efeitos percam a validade após este período. Se o efeito da sentença perde sua validade com a

<sup>173</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **HC 119.200/RS**. Ementa: [...] Relator: Min. Dias Toffoli. Paraná, RS, 11 fev. 2014. DJ de 24.08.2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5399966>>. Acesso em: 05 set. 2016.

<sup>174</sup> Ibidem.

<sup>175</sup> Ibidem.

<sup>176</sup> Ibidem.

reincidência após esse período, com muito mais razão esses efeitos deveriam, também, se estender aos maus antecedentes, já que o mesmo possui uma menor gravidade em nosso ordenamento jurídico.<sup>177</sup>

Em seu voto, o Ministro Relator Luiz Fux, acabou citando o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, em relação ao seguinte julgamento:

“[...] Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade. 5. Ordem concedida para restabelecer a decisão proferida pelo TJ/RJ nos autos da Apelação n. 2006.050.02054, que manteve a pena-base fixada pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri e, assim, reconheceu a prescrição da pretensão executória.”<sup>178</sup>

No que pese o entendimento acima, ficou bem evidente que existem pressupostos constitucionais que condicionam a maneira de como se deve interpretar os antecedentes criminais, principalmente quando avocado o princípio da dignidade da pessoa humana, o que implica a impossibilidade da aplicação de uma pena em caráter perpétuo.<sup>179</sup>

No entanto, não há justificativas plausíveis em se punir eternamente um indivíduo que já tenha cumprido sua pena, pois isto significa que o mesmo estaria sendo novamente punido pelo o mesmo crime. Com isso, busca-se estabelecer limites para que a pena não se perpetue no tempo. Prova disto foi o entendimento do legislador que definiu um prazo limite máximo de cinco anos para supressão dos efeitos da reincidência, criando uma ruptura entre o passado e o futuro, buscando, com isso, a possibilidade de ressocialização do apenado.<sup>180</sup>

---

<sup>177</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **HC 119.200/RS**. Ementa: [...] Relator: Min. Dias Toffoli. Paraná, RS, 11 fev. 2014. DJ de 24.08.2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5399966>>. Acesso em: 05 set. 2016.

<sup>178</sup> Ibidem.

<sup>179</sup> Ibidem.

<sup>180</sup> Ibidem.



## CONCLUSÃO

A primeira fase da dosimetria, que é a fase da aplicação da pena-base, como dispõe o art. 59 do Código Penal, busca aplicar ao réu uma pena mais justa e que seja proporcional ao crime cometido.

Contudo, o Código Penal Brasileiro, no art. 59, possui um rol de oito circunstâncias Judiciais que são aplicadas pelo juiz, de forma objetiva e subjetiva, no momento da dosimetria da pena. Os antecedentes são analisados pelo magistrado possuindo um aspecto negativo para o réu por ser uma circunstância que irá perdurar na vida dele de forma perpétua.

Todavia, o uso da circunstância dos maus antecedentes afronta alguns princípios constitucionais. Para uma melhor compreensão e até mesmo uma conclusão acerca desse tema, apesar das discordâncias conceituais de alguns doutrinadores que defendem penas mais longas e regimes mais duros. Conclui-se que o instituto dos antecedentes criminais é analisado com base na vida pregressa do acusado, oriundo de tudo aquilo que constar nas certidões dos seus antecedentes penais, resultante das sentenças condenatórias com transito em julgado.

A discussão sobre o instituto dos antecedentes vem evoluindo e se afinando desde seu surgimento com o Código Penal de 1940. Prevaleceu o entendimento doutrinário de Nelson Hungria que definiu os maus antecedentes criminais como os acontecimentos progressos da vida do acusado, sendo estes tudo aquilo de ruim que ele poderia ter praticado. Este processo inquisitório utilizava-se de inquéritos policiais, dos processos judiciais em andamentos, mesmo aqueles que não estivessem transitado e julgados, além dos procedimentos administrativos de investigação policial. Eram quase que um amontoado de antecedentes, sem critérios hierárquicos ou legais, somando-se em um conjunto de circunstâncias desfavoráveis das condutas do acusado, importantíssimo para definição da pena do réu, que seriam levados em consideração pelo magistrado no processo de aferição da circunstância judicial dos maus antecedentes.

Nota-se que as circunstâncias judiciais foram inseridas ao Código Penal pelo legislador que objetivava a melhoria dos critérios no momento da aplicação da pena. Na intenção, os que elaboraram a Lei não tinham o intuito de prejudicar o acusado, mas, no entanto, o que se observou ao longo dos anos foi que o critério “dos maus antecedentes” acabou causando mais transtorno para vida do réu, tendo em visto a violação dos seus direitos, da sua dignidade e de vários princípios vigentes, hoje, em nossa Constituição, como o princípio da legalidade, do contraditório e da ampla defesa. Neste sentido o legislador errou a criar critérios muito amplos e marcadamente subjetivos, limitando, assim, a capacidade de defesa do acusado.

A súmula 444 do STJ veda expressamente a utilização de inquéritos policiais e processos em andamento para aferição de maus antecedentes do acusado. Para o Superior Tribunal de Justiça o uso dessas anotações fere o “princípio constitucional da presunção de inocência”, não sendo admitido que até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória não se pode falar em maus antecedentes, pois sem condenação penal definitiva, para todos os efeitos, o acusado desse ser considerado inocente.

A amplitude e a forma ilimitada do conceito que estabeleceu o instituto dos maus antecedentes permitem ao acusado, que não é mais reincidente na sua conduta, que seja o mesmo considerado um sujeito portador de maus antecedentes. Por isso mesmo, o critério definido pelo art. 59 do Código Penal acaba violando vários preceitos constitucionais, tais como o princípio previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, como o princípio da presunção da não-culpabilidade ao consagrar “que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença”.

O inciso II, do art. 5º, é marcado pelo princípio da legalidade em que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A ausência de critérios objetivos fundador de um rol de condutas que caracterizam os maus antecedentes do réu, faculta ampla subjetividade por parte do juiz, permitindo-lhe, ao seu critério, escolher condutas que possam ser considerada

antecedentes penais que venham influenciando gravemente na definição da pena do acusado quando da avaliação de sua conduta anterior.

A Constituição Federal no art. 5º, inciso XLVII, alínea “b”, define que “não haverá pena de caráter perpétuo”. Não é isto que preconiza o Código Penal, no seu art. 59. Pelo contrário, o que se conclui é que a perpetuidade sempre irá prevalecer na vida do acusado que possui antecedentes criminais, isto porque aquele indivíduo que já possui maus antecedentes nunca terá a sua pena-base considerada no mínimo legal, sendo esta influenciada e aumentada pela prática de delitos anteriores á conduta do acusado.

Ou seja, a circunstância judicial dos antecedentes criminais se apresenta como um paradoxos que confrontam este critério do art. 59, do CP, com os princípios de garantia dos direitos fundamentais, definidos na Carta Magna, utilizando-se de forma mais dura e menos justa de tal circunstância, ferindo o princípio constitucional da proporcionalidade quando da aplicação da pena, tornando-a mais gravosa e menos justa.

Objetiva-se com a presente pesquisa monográfica analisar a utilização dos antecedentes criminais vislumbrando-o como mais uma forma de rotular o agente que se encontra estigmatizado. Esta condição imposta ao acusado o coloca em uma situação de um delinquente incondicional, mesmo na visão de muitos juízes, incapaz de se recuperar e se ressocializar, em função dos condicionantes do paradigma adotado pelo Código Penal.

Nesse sentido a utilização da circunstância dos antecedentes criminais, além de violar os princípios constitucionais penais, permite que o indivíduo seja rotulado como da “pessoa do mau”, o que prejudica ainda mais sua reinserção social, dificultando sua ressocialização. É necessário que se busque outra maneira de melhor individualização da pena, no que refere aos antecedentes, para que não sejam violados os direitos fundamentais dos cidadãos, contido no art. 5º da Constituição Federal, em especial os direitos e a dignidade humana do acusado.

Hoje, há uma clara divisão por parte da doutrina acerca do uso dos antecedentes na análise das circunstâncias judiciais. Alguns doutrinadores entendem que as ocorrências policiais e os processos em andamento podem ser considerados como maus antecedentes no momento da aferição das circunstâncias judiciais; outros pensadores entendem que isto não deveria ocorrer porque tal hipótese só poderia ser considerada a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Existe outra questão de grande debate na doutrina: a consideração dos maus antecedentes após o lapso temporal da reincidência. A divergência se fundamenta no fato do condenado, após o lapso temporal dos cinco anos, que caracteriza o fim da reincidência, o mesmo indivíduo continua ainda sendo penalizado pelos maus antecedentes,

Assim, essa pesquisa buscou sustentar a negatividade do uso dos maus antecedentes na vida do apenado, pois a utilização deste instituto faz com que o acusado seja condenado de forma perpétua, o que dificulta ainda mais a sua reinserção no meio social.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Marcus Vinicius Reis. **Anotações da disciplina Processo Penal III**, curso de Direito, Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Brasília: 2016.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal**: parte geral. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.694, de 2012. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1v

BRASIL. **Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **HC 218.037/SC**. Ementa: [...] Relator: Ministro Jorge Mussi. Rio Grande do Sul, SC, 18 mar. 2013. DJ de 02.04.2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25033476/agravo-regimental-no-habeas-corporus-agrg-nohc-218037-sc-2011-0214809-7-stj/inteiro-teor-25033477>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **HC 14.133/SP**. Ementa: [...] Relator: Ministro Fernando Gonçalves. São Paulo, SP, 13 fev. 2001. DJ de 12.03.2001. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8056810/habeas-corporus-hc-14133-sp-2000-0083548-0-stj>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **HC 119.200/RS**. Ementa: [...] Relator: Min. Dias Toffoli. Paraná, RS, 11 fev. 2014. DJ de 24.08.2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5399966>>. Acesso em: 05 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **HC 69.141/RJ**. Ementa: [...] Relator: Min. Celso de Mello. DJ de 28.08.1992. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6479521/apelacao-crime-acr-1559660-pr-0155966-0/inteiro-teor12591435>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC 110.191/RJ**. Ementa: [...] Relator: Min. Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 23 abr. 2013. DJ de 06.05.2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3741491>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC 126.315/SP**. Ementa: [...] Relator: Min. Gilmar Mendes. São Paulo, SP, 17 mar. 2015. DJ de 15.09.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9947298>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC 79966/SP**. Ementa: [...] Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 04 fev. 2000. DJ de 14.02.2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14827050/habeas-corpus-hc-79966-sp-stf>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 1ª Turma Criminal. **Acórdão 408700**. Ementa: [...] Relator: Edson Alfredo Smaniotto. Brasília, DF, 28 jan. 2010. DJ de 28.01.2010. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 17 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 3ª Turma Criminal. **APR 2009.01.1.041389-8**. Ementa: [...] Relator: João Batista Teixeira. DJ de 20.02.2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117696113/apelacao-criminal-apr-20090110413898/inteiro-teor-117696129>>. Acesso em: 05 set. 2016.

CAMPOS, Mariana Lemos de; TORRES, Nina Ribeiro Batista; CROCHES, Rodrigo Gama. **Formalismo jurídico**: uma análise sobre o artigo 59 do código penal e sua aplicação na sentença penal condenatória. Disponível em: <<http://www.fundamentosdodireito.fadir.ufu.br/anais/Mariana%20Lemos%20e%20outros%20-%20GT%2003%20e%2004.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. 1v

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1v

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 2. ed. rev. atual. Forense: Rio de Janeiro 1991.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1v

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte especial. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014. 2v

NORONHA, Magalhães E. **Direito penal**: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1999. 1v

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de direito penal**: parte geral e parte especial. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **Código penal comentado**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1v

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.